UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DO CONTRATO AO CONTATO: UM ESTUDO SOBRE AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO

CURITIBA

MARÇO – 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

HUGO CREMONEZ SIRENA

DO CONTRATO AO CONTATO: UM ESTUDO SOBRE AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

CURITIBA

MARÇO – 2013

TERMO DE APROVAÇÃO

DO CONTRATO AO CONTATO: UM ESTUDO SOBRE AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO

HUGO CREMONEZ SIRENA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Prof. Orientador _____

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Prof. _____

Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Prof. _____

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Rusyk

CURITIBA

MARÇO - 2013

À Mayara, por não haver obviedade maior.

“Ao jurista não é consentido o consolo da nostalgia, nem a serena tristeza de quem contempla o crepúsculo; ele tem o iniludível dever de compreender, de recompor, entre as ruínas do passado e os indecisos ou incertos sinais do futuro, a lógica do próprio tempo.” (Orlando GOMES).

AGRADECIMENTOS

Parece que foi ontem (mas já se vão mais de dois anos) que este mesmo computador servia a traçar algumas linhas de agradecimento àqueles que contribuíram na feitura do trabalho monográfico de conclusão de curso. Agora, prestes a submeter à apreciação da banca esta dissertação, muitos daqueles nomes já não mais preenchem estas linhas (certo que apenas por uma questão de economia espacial, já que devem sempre ser lembrados por tudo o que me fizeram e me vem fazendo até aqui); outros surgiram e só agora figuram por aqui; outros, ainda, permaneceram por dois anos aqui, da mesma forma com que permanece, como Saramago, a (nova) tentativa de escrever "coisas que nunca se poderão explicar por palavras."

Como pressuposto óbvio, cujas honrarias todas são poucas para demonstrar a gratidão que sinto, os agradecimentos vão ao papai e à mamãe, fontes de inspiração (que às vezes me custa vir), de apoio (que nunca é demais receber), de direção (que é indispensável para alguém inconsequente como eu) e de juízo (que tenho menos do que deveria, mais do que esperava): obrigado pelo *tudo*.

Ao Netão, irmão, os agradecimentos vão em forma de pouquíssimas palavras, mas de muita admiração: obrigado pelos conselhos imprudentes de alguém que conta com um ano e sete meses a mais de experiência neste mundo complicado – o que faz toda a diferença.

À Mayara, que, se não é a *musa inspiradora do planeta terra* de Gullar (embora eu ache que os versos de "*Pergunta e Resposta"* só foram feitos para Cláudia Ahimsa porque o poeta não conhecia a musa do *meu planeta*), é suficiente em meu mundo, incentivadora de plantão e iluminadora das minhas trevas diuturnas: obrigado por não me deixar desistir.

Aos companheiros de luta do Popp&Nalin Advogados (sem esquecer os insubordinados e inconsequentes – mas fundamentais – estagiários), com quem iniciei a minha vida profissional, aprendi a enfrentar os primeiros passos da advocacia e construí os sonhos que carrego comigo: obrigado pela paciência.

Ao indispensável e persistente professor Nalin, que, seja assumindo a diuturna condição de chefe, seja nas também frequentes intervenções acadêmicas, tornou-se um caro amigo, responsável por muito do que pouco ainda sei: obrigado pelo direcionamento acadêmico, pelos conselhos valorosos e por me ajudar a crescer intelectual e humanamente.

À professora Renata Steiner, veterana de faculdade, companheira de discussões, incansável pesquisadora, que me plantou a semente fecunda deste tema e que foi decisiva na revisão científica deste trabalho: obrigado por insistir em mim.

À professora Dra. Roxana Borges e ao professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski, por terem, gentilmente, aceito ao convite de tomar parte junto à banca examinadora deste trabalho de dissertação e conclusão do curso de mestrado da UFPR.

Aos meus grandes e fiéis amigos, responsáveis pelo fôlego intermitente das horas de pausa: obrigado por não me deixarem esquecer a parte boa da vida. Especialmente, aos meus novos sócios (e antigos amigos) Eduardo e Gustavo, com quem assumi o compromisso de embarcar em uma viagem promissora e aventureira: obrigado por me devolverem o fôlego para (re)acreditar em um dos meus muitos sonhos.

A toda a minha família, que torce pelo meu dia-a-dia e sabe do que preciso, quando, onde e por quê.

Todos vocês são a prova de que nenhum homem vive só.

Obrigado...

RESUMO

O presente trabalho se lança por um ponto central de estudos dividido em duas frentes de análise: as relações contratuais de fato, concebidas sob o ponto de vista da evolução histórica do instituto dos contratos, de um lado, e sob a ótica do *contato social* enquanto figura sociológica. As relações contratuais, sob a acepção clássica, fundam-se na vinculação pautada pela autonomia da vontade, o que, verdadeiramente, se mostra insuficiente à explicação da origem de grande parte dos liames contratuais mantidos hodiernamente. Há hipóteses concretas em que se vinculam contratos sem a expressa manifestação volitiva ou, mais além, mesmo com a vontade externada em sentido contrário à formação do contrato. Tais relações não são explicáveis pela teoria tradicional do contrato, mas, sim, a partir de uma nova perspectiva adotada para o estudo deste instituto jurídico: o reconhecimento das relações contratuais de fato derivadas do *contato social.* A complexidade e a dinamicidade das relações na sociedade contemporânea fazem sucumbir a íntima relação que existia entre as figuras do contrato e da vontade. Portanto, é preciso reconhecer novos contornos conceituais e substanciais a este indispensável instituto jurídico, principalmente a partir da incidência fundamental do princípio da boa-fé enquanto norteador das relações interprivadas. Especialmente pautado nas teorizações de G. HAUPT, K. LARENZ e C. do COUTO E SILVA, o presente estudo busca reconhecer soluções jurídicas efetivas para problemas condizentes à sociedade em que se inserem, tendo sempre os mandamentos constitucionais como eixo central.

Palavras-chave: contato social; relações contratuais de fato; autonomia da vontade; contrato pós-moderno

ABSTRACT

This study dissertation takes a main goal that is analyzed through two points of view: on one hand, there are the factual contracts, which are studied from the historical evolution of contract and, on the other hand, there is the sociologic figure of *social contact.* Classical contractual relations are based on freedom of contract and, because of that, they are not adequate to explain most of contracts held nowadays. There are concrete hypotheses in which contracts are concluded without the manifestation of will or even with an explicit manifestation against the formation of the contract. Thus, factual contracts are not adequately explained by the traditional theory of contract. Actually, they are recognized by a new perspective adopted by this study: the factual contracts derived from *social contact.* The complexity and the dynamism of relationships held in contemporary society are responsible for breaking the close link between contracts and will. Therefore, it is necessary to form new contours for the essential legal institute of contract, mainly from the fundamental incidence of the principle of good faith which guides personal relationships. Especially based on the theories of G. HAUPT, K. LARENZ and C. do COUTO E SILVA, this study seeks to identify effective solutions to social problems, always maintaining the constitutional commandments as the centerpiece.

Key words: social contact; factual contracts; freedom of choice; postmodern contract

SUMÁRIO

0.1 PRELÚDIO 13
1. NOTAS INTRODUTÓRIAS 16
2. DO CONTRATO CLÁSSICO À RELAÇÃO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO: UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ENTRE O *CODE* E OS MICROSSISTEMAS 25

2.1 A acepção clássica do contrato 26

2.1.1 A origem clássica do contrato a partir da codificação francesa: *quem fala em contrato, fala em justo* 27

2.1.1.1 "O contrato é um acordo..." 27
2.1.1.2 "... pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam..." 31
2.1.1.3 "... perante um ou mais sujeitos..." 34
2.1.1.4 "... a dar, fazer ou não fazer alguma coisa." 36

2.1.2 A relação contratual como expressão máxima do liberalismo e a recepção da lógica individualista pelo ordenamento brasileiro 37

2.1.2.1 A influência lusa e a herança franco-germânica do contrato brasileiro 38
2.1.2.2 A autonomia da vontade e a liberdade: dogmas da relação contratual 43
2.1.2.3 Os contornos brasileiros do instituto liberal-volitivo dos contratos 46
2.1.2.4 A autonomia da vontade e o interesse exclusivo dos contratantes: a relatividade dos efeitos 48
2.2 A concepção contemporânea de contrato 50

2.2.1 Os novos contornos do contrato *funcionalizado* e a realidade jurídico-social brasileira 52
2.2.2 A autonomia privada e a superação da manifestação estrita de vontade: há, ainda, um contrato? 57
2.2.3 O "contrato constitucional" e o princípio da boa-fé 62
2.2.4 A obrigatoriedade e o real propósito do contrato 66

3. A TEORIA DO CONTATO SOCIAL: DA ABSTRAÇÃO SOCIOLÓGICA À CONCRETUDE JURÍDICA 72

3.1 O contato social sob a ótica sociológica 72

3.1.1 A teoria da associação de Leopold Von WIESE e o sistema social em Talcott PARSONS 73

3.1.2 As relações sociais como elementos geradores de responsabilidade 78

3.1.3 Os vínculos em sociedade e os efeitos práticos do convívio 81

3.2 O contato social sob a ótica jurídica 84

3.2.1 A doutrina germânica e a experiência brasileira: de HAUPT e LARENZ a COUTO E SILVA. 84

3.2.2 Os contratos de fato e a responsabilização especial fundada na teoria da confiança 87

3.2.3 As condutas socialmente típicas e o tráfego de massa: a superação da dogmática pelos fatos 91

4. AS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DO CONTATO SOCIAL 94

4.1 As condutas sociais típicas como fontes de relações contratuais 94

4.1.1 Os contornos conceituais e a exigibilidade dos *contratos fáticos* 100

4.1.2 A boa-fé como elemento criador de obrigações e a leitura principiológica dos contratos fáticos 107

4.1.2.1 Os contratos fáticos em espécie – a aberração contratual 108

4.1.2.2 A boa-fé 117

4.1.3 Os contratos sem negócio jurídico e a experiência jurisprudencial no direito comparado 124

4.1.3.1 Alemanha – o berço *do contrato fático* 124

4.1.3.2 Itália – a consolidação da teoria das relações contratuais de fato 128

4.1.3.3 Portugal – o refinamento da doutrina dos contratos fáticos 131

4.1.3.4 O sistema do common law *e a contratação de fato* 135

4.2 A Responsabilidade Civil derivada das condutas socialmente típicas 138

4.2.1 A manutenção da dicotomia responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual: o contato social como terceira via? 139
4.2.2 A hipótese da *culpa in contrahendo* e os casos da jurisprudência brasileira 145
4.2.3 A natureza jurídica da responsabilidade derivada do contato social 149

5. CONCLUSÃO(ÕES) 154
6. BIBLIOGRAFIA 159
7. ANEXOS 168

7.1. Página 28, n. 29 168
7.2 Pág. 62, n. 124 169
7.3 Pág. 79, n. 172 170
7.4 Pág. 145, n. 338 171
7.5 Pag. 145, n. 339 171

0.1 PRELÚDIO

Um pouco de... nada

> *"Qualquer caminho é apenas um caminho e não constitui insulto algum – para si mesmo e para os outros – abandoná-lo quando assim ordena o seu coração. (...) Olhe cada caminho com cuidado e atenção. Tente-o tantas vezes quantas julgar necessárias... Então faça a si mesmo e apenas a si mesmo uma pergunta: possui esse caminho um coração? Em caso afirmativo, o caminho é bom. Caso contrário, esse caminho não possui importância alguma"*[1].

Em um trabalho científico da natureza do que aqui se enfrenta não é comum que se desenvolvam prelúdios. Introduções, no bom e velho direcionamento das normas técnicas, já soam suficientes (e mais adequadas), até mesmo porque *prelúdios* mais bem se ajustam a obras musicais, do roque de Raul Seixas, para quem "sonho que se sonha só é só sonho que se sonha só", à canção popular brasileira do mestre Vinícius de Moraes e seu "Samba em Prelúdio", passando pelo eruditismo de Bach e Chopin. Mesmo assim, o meu *prelúdio* teima em figurar neste trabalho e tem uma razão de *ser* (ou de *estar*) aqui, que, na verdade, são duas.

O primeiro dos motivos que encontro para justificar a presença dessa *introdução* pretérita à própria *introdução* (esta técnica, aquela poética) é, em sinceridade, um pretexto que construí para, de alguma forma, poder expressar a palavra em *primeira pessoa* e, assim, personificar este trabalho. A ordem técnica dos trabalhos científicos é a de que se use, sempre, a voz passiva pronominal e seus muitos *faz-se, constrói-se, fala-se, diz-se* etc., etc., ou, então, que se pronuncie na primeira pessoa do plural, como se o "opinar-*se*" ou a "*nossa* opinião" fossem dotados de maior credibilidade do que o *meu* juízo ou o *seu.* Por

[1] CASTANEDA, Carlos. The teaching of Don Juan. *Apud.* BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz,* p. 57.

isso, essa talvez seja a única oportunidade real em que se poderá ouvir um pouco do *eu* neste trabalho, embora essa *real* oportunidade seja, em verdade, artificial e, em certa medida, imprudente em aqui estar, servindo mais (ou somente) para apaziguar a ansiedade deste aviltado pesquisador (embora essa *ansiedade* pareça soar mais como sinônimo de *egocentrismo*, o que tornaria o adjetivo acima, dado ao pesquisador, uma letra apagada).

Mesmo que o *eu* não tenha muito o que falar, ele (eu) quer(o) falar. E a saída foi criar esse in(digesto)comum preâmbulo, para traçar algumas linhas, linhas essas que me levam ao segundo motivo pelo qual essa *introdução da introdução* está aqui (em condições normais de cientificidade, essas linhas *nos levariam* ou *levar-se-iam*, mas, por ora, apenas *me* levam).

A secundária razão (secundária em apresentação, não em importância) é um pouco menos egocêntrica e mais útil: serve o prelúdio para justificar o caminho eleito por que o trabalho, em sua essência, irá prosseguir (e, de certa forma, para demonstrar como essa rota irá guiar-*me*, guiar-*nos*, guiar-*se* por ele).

Todo caminho já é, em si, uma constante chegada. E é nesse ponto que a citação posta no início deste prólogo ganha sentido em figurar por estas bandas. A escolha da disposição dos temas da dissertação que virão adiante não foi feita como uma navegação às cegas em mar revolto. Pelo contrário, por mais que se assuma (ou que eu me assuma) um marinheiro de primeira viagem, todas as próximas páginas passaram pela orientação bussolar de uma nau que se lança a uma jornada (relativamente) incerta, e que, por isso, clama segurança.

Esse caminho (que se fosse no interior do texto científico, ganharia o pomposo nome de *metodologia*), por toda a sua complexidade, já seria em si um excelente e extenso objeto de estudos para um trabalho da dimensão do que se avizinha. Observar a direção que adotei diz muito do que espero nesta jornada. A experiência alcançada até aqui já dá a, ainda que vaga, noção do que esperar adiante, embora alguém tenha dito, em certa oportunidade, que a experiência é como um carro com os faróis voltados para trás: *é muito boa para iluminar o que se passou, mas não garante, em nada, a previsibilidade do futuro.*

O tema que preencherá as próximas páginas (e, principalmente, o *caminho* pelo qual as próximas páginas serão preenchidas), eu o escolhi com o *coração.* Assim foi feito para que o caminho seja bom e para que a jornada valha a pena. Dessa forma procedi para que o trabalho não fique incompleto e perca o fôlego em sua marcha e, sobretudo, para que a ida não seja vã, porque mais importante do que chegar é, efetivamente, cumprir bem o percurso.

Talvez as palavras que até aqui foram ditas não signifiquem nada, ou, o que é pior, traduzam uma tentativa inoportuna de dizer o que aqui não deve ser dito, mas que, agora, dito está. Talvez, as palavras dessa tentativa (ou as tentativas dessas palavras) não tenham valido a pena. Mesmo assim, tudo bem, porque o mestre Saramago, em su´*A Caverna*, já antes me consolara ao dizer que "a vida é assim, está cheia de palavras que não valem a pena, ou que valeram e já não valem, cada uma que formos dizendo tirará o lugar a outra mais merecedora, que o seria não tanto por si mesma, mas pelas consequências de tê-la dito"[2].

Pois, então, que assim seja. Que o prelúdio valha menos pelo que disse e mais pelo fato de ter dito. A minha pretensão é, na verdade, pretensão nenhuma. É manifestação livre de alguém que passará a próxima centena de páginas preso a tecnicismos e normatizações que não se desprendem do trabalho científico (e nem o poderiam fazer, sob pena de descientificizar a obra). É licença poética em um ambiente formal. É ousadia em um contexto cerimonial. É, enfim, cor em um mundo cinza...

[2] SARAMAGO, José. *A Caverna,* p. 47.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Um ferramental metodológico e a paradoxal evolução "para trás" do Direito

A missão do Direito é a de *servir a vida.*

É a partir dessa constatação, truísta ao primeiro olhar, que António PINTO MONTEIRO desenvolve, de forma sóbria e bem amarrada, um quadro evolutivo do Direito, voltado especificamente ao âmbito do Direito Privado, ou, ainda mais especificamente, às *cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*[3].

A ciência jurídica, enquanto construção humana, surge como um sofisticado mecanismo de pacificação dos problemas concretos da vida real, modificando-se e renovando-se juntamente com as modificações e renovações experimentadas pela própria sociedade. Ainda que experimentando as mesmas alterações, entretanto, é certo que o Direito está sempre um passo atrás da evolução social, posicionando-se continuamente em um momento anterior ao atual *momento social.*

O progresso do Direito pode ser marcado por algumas fases históricas, que, embora não totalmente estanques e dispostas em uma escala evolutiva linear, podem ser assim apresentadas, ainda que para fins meramente didáticos. Neste momento do trabalho que ora se inicia, marcar-se-ão tão-somente dois desses momentos, que, em verdade, convencionaremos denominar de *eras*: a era da codificação e a era da microssistematização.

Reduzindo a pesquisa, propositalmente, ao plano espaço-temporal da Europa do início do século XIX até os presentes dias, cuja análise, consequentemente, trará à tona a lógica jurídica imperante no Brasil, haja vista a

[3] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil.* Introdução: "o problema e as suas coordenadas jurídico-sociais".

hereditária relação mantida por esta em relação àquela, é certo que o Direito foi uma ciência reconhecidamente reduzida aos códigos.

O *Code* Napoleônico e o BGB, concebidos como os legítimos representantes da fase eminentemente codificada da ciência jurídica, traduziram, na sua essência, uma tendência do Direito da época que considerava possível contemplar e prever todas as circunstâncias da vida por meio de poucos e genéricos enunciados normativos. Nesta fase, que experimentou o seu auge na sociedade europeia do século XIX, a ordem era a de que quanto mais perene e imutável fosse um código, melhor ele era; quanto mais universal e abrangente, com melhores olhos se lhe via.

A lógica das grandes codificações era a de que a sistematização legislativa guardava em si uma perfeita coerência, com a total ausência de antinomias e suficiente em seus próprios limites. A corrente positivista, justificada por um Estado ausente, *não interventor*, contemplava na codificação uma autojustificação à sua legitimidade: a lei bastava em si, não havendo que se conceberem inconsistências, lacunas ou imperfeições de qualquer natureza no sistema normativo[4].

A codificação era de tal forma autossuficiente[5] que, em anedota passagem reproduzida por diversos autores, diz-se que, ao receber a notícia de que haviam publicado o primeiro *Comentários* ao *Code*, Napoleão teria exclamado: "*Mon Code est perdu*"[6].

Gradativamente, porém, viu-se que a concepção de imutabilidade e impermeabilidade da ordem jurídica não mais conseguia se justificar. As mudanças históricas e econômicas passaram a reclamar a criação de um "direito

[4] Nas palavras de Paolo GROSSI, extraídas da lição de Michel de Montaigne, a máxima imperante neste período era a de que "as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis". *In.: Mitologias jurídicas da modernidade,* p. 43.

[5] Para uma dimensão mais palpável da ideia de *completude* e *autossuficiência* das grandes codificações, *vide* PATTI, Salvatore. *Diritto Privato e Codificazioni Europee,* especialmente item 2 (*Tradizione civilistica e codificazione*) do capítulo 1 (*Tradizione Civilistica e Codificazioni Europee*).

[6] Nesse sentido, *vide* COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo,* p. 66.

vivo e permanentemente *aberto* aos novos valores e necessidades sociais"[7]. O Direito que era *factum* passou a ser *in fieri*, buscando aproximar-se, ainda que de forma tímida, à realidade concreta do cotidiano. Nesse sentido, se a ciência jurídica é uma criação artificial do homem para resolver o que há de mais natural no ser humano, qual seja, o conflito social, é certo que ela deve estar em uma constante evolução, em um incansável redefinir-se, atendendo, sempre, às circunstâncias sociais em que está inserida.

Assim, a era das codificações acabou por dar lugar à efervescência dos *microssistemas*[8] [9]. O que se viu foi uma verdadeira "revolta dos factos contra os códigos"[10], que acabavam por sucumbir em sua própria inconsistência. Não se está, aqui, a decretar a extinção da legislação codificada, até mesmo porque fazê-lo seria negar a própria natureza do sistema normativo, que, embora gradativamente remodulando-se, ainda os mantém vigente em quase todos os sistemas de herança da *civil law*[11]*.* Pelo contrário, então, o que se está a constatar

---

[7] PINTO MONTEIRO, A. *Cláusulas limitativas...*, p. 31.

[8] Com relação a esse tema, emblemática é a obra de IRTI, Natalino. *La Edad de la Descodificación.*

[9] Neste ponto, cabe estabelecer um diálogo bibliográfico entre a obra supra citada de Natalino IRTI e a *Codice Civile e Società Politica*, do mesmo autor. Em que pese o presente estudo destaque a posição histórica apresentada pelo autor, nesta última obra há uma clara revisão de seu pensamento, a partir da adoção de novas premissas, antes refutadas. De qualquer sorte, faz-se imperioso destacar o posicionamento do autor quanto à manutenção da unidade do sistema: ainda que haja uma efervescência legislativa, fruto direto do processo de *descodificação* no ordenamento jurídico, é preciso garantir a unicidade sistêmica do ordenamento, a partir do papel central da Constituição Federal: "*i principi unificanti, capaci di integrare i gruppi e di stringere insieme i singoli, sono custoditi e difesi nelle norme costituzionali; il codice civile può ben cedere il primato, ed intorno ad esso formarsi ed agitarsi la pluralità dei micro-sistemi. La Constituzione prende su di sé l´onere della garanzia e la responsabilità dell´unità. La 'decodificazione' del diritto civile trova compenso nella 'costituzionalizzazione' dei valori collettivi.*" *In.: Codice Civile e Società Politica*, p. 07.

[10] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da Posição Contratual,* p. 09.

[11] Esse fenômeno de *descodificação* traz imbricado, em si, não a lógica de superação da vigência da legislação positivada, mas, sim, a de adequabilidade do sistema legal à ordem social afeta. Nesse sentido, cabe pontuar que "*somente um louco poderia pensar em prescindir da presença de normas imperativas gerais ou mesmo de Códigos. O que não precisamos, ao invés, é do instrumento pernicioso que se constitui em leis e Códigos que, com a minúcia de uma pormenorizada regulamentação da vida econômica e social, correm o risco de permanecer letra morta no momento seguinte à promulgação, por serem rejeitados pela comunidade dos utentes ou, pior ainda, terminam por amordaçar as comunidades, impedindo-as de se expressarem segundo o*

é um movimento que já era sinalizado por Orlando GOMES desde a segunda metade do século passado, para quem o grande código (ou, no exemplo adotado pelo autor, especificamente o Código Civil) "funciona agora como direito residual, a reger unicamente os casos não-regulados nas leis especiais, tendo perdido a sua função de direto comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares"[12].

Ao que se vislumbra, os *microssistemas* surgem, então, para suprir a necessidade de preencher uma lacuna deixada pela lógica das grandes codificações: legislar para o sujeito concretamente concebido, superando-se os regramentos impessoais, de pretensão universalista. Efetivamente, há quem não veja com bons olhos essa tendência de *inflação legislativa*[13], até mesmo porque, em tese, diferentes (micros)sistemas normativos acabariam por tratar de forma desigual e aplicar de maneira disforme um mesmo instituto jurídico[14]. Seja como for, esta parece ser uma tendência (salutar ou não) cuja evolução não se pode negar.

A fluidez das relações hodiernas fez com que o Direito evoluísse na proteção dos indivíduos. Entretanto, de forma paradoxal, parece que essa evolução significou, exatamente, um retrocesso (nada negativo) do sistema jurídico. Ou seja, o complexo[15] sistema relacional interprivado clamou da atividade

---

desenvolvimento do costume e a evolução das realidades econômicas e das ordens sociais." *In.:* GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas...*, p. 98.

[12] GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil,* p. 47.

[13] A expressão original, citada por autores de vários idiomas (*e.g.*, A. PINTO MONTEIRO. *Clásulas limitativas...*, p. 14) é de Renè SAVATIER, em seu *L´inflation legislative*. Ver, também, *legislative inflation* e *l'inflazione legislativa*.

[14] A respeito do tema, tratando-se, de forma exemplificativa, acerca do disciplinamento desigual dado ao instituto da *responsabilidade limitada* em diversos âmbitos normativos, *vide* GONÇALVES, Oksandro. *A Relativização da Responsabilidade Limitada dos Sócios*, especialmente cap. 04.

[15] Por complexo quer-se referir à realidade das relações sociais imersas, via de regra, em situações de pluralidade subjetiva, transitoriedade e efemeridade dos vínculos, instantaneidade de cumprimento e inexigibilidade de forma. Em que pese não ser de todo compatível à teoria da complexidade de Edgar MORIN, dado se adequar esta mais ao campo da filosofia da ciência e menos à proposta jurídico-crítica ora esboçada, o filósofo apresenta uma definição de complexidade que parece ser adequada ao conceito ora proposto, devendo ser amalgamada a todas as ocorrências deste termo aqui lançadas: entende-se por complexidade "o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso

legislativa a garantia de uma maior segurança aos sujeitos, considerados, agora, em suas particularidades cotidianas. Sendo assim, a vanguarda do Direito, entendida, aqui, no seu âmbito legislativo e, principalmente, no contexto da prestação jurisdicional, foi a de dar um passo atrás e, de alguma forma, conceder maior estabilidade às relações sociais.

Estritamente no âmbito do Direito Civil, os fenômenos de despatrimonialização e repersonalização traduzem bem essa nova postura assumida pelo sistema jurídico[16]. Da mesma forma, as hipóteses de revisão contratual encartadas no Código Civil também apontam para essa direção. Indo além, a ebulição dos *microssistemas jurídicos*, a (super)proteção consumerista optada pelo ordenamento, a elevação dos interesses do empregado, para o fim de tentar equiparar a relação traduzida no contrato de trabalho, são alguns dos exemplos que também corroboram o que aqui se está a mencionar.

O que se tem, portanto, é uma readequação dos limites e das fontes do Direito. Se, pela máxima popular, *a necessidade também legisla*, foi exatamente esta necessidade que fez alterar toda a lógica por detrás da produção legislativa. E, particularmente para o objeto do estudo que ora se inicia, o Direito Civil não ficou alheio a essas modificações.

Os movimentos de repersonalização e despatrimonialização da lógica jurídica privatista, a funcionalização dos seus institutos basilares e a releitura sistêmica pela ótica constitucional são apenas algumas das inovações vividas pelo Direito Civil nos últimos tempos. E, especificamente no que tange ao instituto dos contratos, a alteração experimentada por essa figura foi de uma ordem ainda mais significativa: o conceito basilar da relação contratual, segundo o qual esta seria definida como acordo de vontades como expressão máxima da autonomia

---

mundo fenomenal". Nesse sentido, o *tecido da complexidade* "(...) apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem no caos, da ambigüidade, da incerteza". *In.: Introdução ao pensamento complexo*, p. 19.

[16] Vê-se, nessa perspectiva, uma redimensionalização do próprio conceito de Direito, o qual deixa de ser um *universo de normas e sanções*, alheios à lógica socioeconômica vigente, para significar um *ordenamento,* capaz de "prestar contas com a realidade subjacente (...), possuindo, desse modo, o significado de iniciar a tentativa de recuperação da complexidade, da complexa riqueza do universo jurídico." *In.:* GROSSI, P. *Mitologias jurídicas...*, p. 73.

privada, é, agora, posto à prova. Já se admite a *celebração* de contrato, ou melhor, a vinculação de natureza contratual entre sujeitos pela simples realização de condutas típicas, mesmo que haja expressa negativa na pretensão de atrelamento com características de contrato.

Aos poucos, portanto, "o contrato, como 'instrumento de mediação social', estende-se a situações que logicamente o rejeitam, como nas relações contratuais de fato, nas relações entre o Estado e o indivíduo, nas concessões para o exercício de um serviço público ou para a realização de prestações de primeira necessidade"[17]. E tal se deve, fundamentalmente, a justificativas de duas ordens: primeiro, porque a própria racionalidade fluída das relações cotidianas exige uma reformulação das relações contratuais (como exemplo típico têm-se os contratos derivados do tráfego de massa, sobre os quais mais bem se desenvolverão algumas ponderações adiante), e, em segundo lugar, porque o Direito passa a considerar (e a proteger) o cidadão, antes indiferenciado, na condição de sujeito qualificado e concreto, carente de necessidades, inserido em cotidianos complexos, de relações mais intricadas ainda.

E aqui se chega, enfim, ao ponto nevrálgico da pesquisa a que ora se lança: pretende-se analisar as relações contratuais que não se enquadram na tradicional definição de contrato trazida pelo ordenamento, demonstrando-se de que forma o *contato social* pode fazer surgir contratos alheios à chancela (até então indispensável) da autonomia privada. Ainda nesse particular, procurar-se-á analisar como essa categoria contratual é recepcionada pela teoria da responsabilidade civil, a partir da sua (des)necessária e (in)suficiente dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

A teoria das *relações contratuais fáticas* pode ser compreendida, ainda que de forma superficial, como a corrente doutrinária que concebe a possibilidade de se formarem relações contratuais mesmo sem a expressão da manifestação de vontade dos contratantes, e, indo mais além, até mesmo de existirem contratos em detrimento da inequívoca vontade contrária de celebração pelos indivíduos.

[17] GOMES, O. *Novos temas...,* p. 08.

A explicação para tal concepção estaria no que Karl LARENZ[18] denominou de *condutas socialmente típicas*, ou seja, comportamentos que, *de per si*, seriam suficientes a ensejar uma vinculação de natureza obrigacional, deixando-se a expressão da vontade em um segundo plano ou, até mesmo, totalmente desconsiderada. Essa nova conjuntura contratual é derivada, fundamentalmente, da efemeridade e do dinamismo de que está dotada a maioria das relações sociais do dia-a-dia (especialmente as de ordem contratual), cujos vínculos essenciais já não podem mais ser explicados pela mera consideração de se haver (ou não) expressão da vontade autônoma entre os indivíduos, agora contratantes.

Para que se possa enfrentar esse árduo tema, que está ainda longe de alcançar um enquadramento definitivo, portanto, o presente estudo está estruturalmente disposto em três capítulos específicos, observando-se a seguinte sequência:

a) O primeiro capítulo fará um recorte histórico do instituto dos contratos (privados), desde a sua acepção clássica, concebida ainda no Código Civil Napoleônico, até a pós-moderna caracterização hodierna, pautada em uma hermenêutica principiológica resultante da leitura civil-constitucional deste instituto. Nessa primeira parte, procurar-se-á analisar de que forma a figura do contrato se transmutou ao longo dos últimos três séculos, considerando, principalmente, os efeitos derivados das relações sociais cotidianas na recomposição dos vínculos contratuais[19]. A partir da doutrina mais especializada acerca do tema ora

[18] Nesse sentido, *vide* LARENZ, K. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e "contato social". *In.: Revista de Direito Privado* pp. 343-354; e, também, do mesmo autor, *Derecho de Obligaciones,* v. 1.

[19] Preliminarmente, faz-se uma ressalva com relação à nomenclatura de *vínculo contratual.* O conceito de vínculo, na sua acepção jurídica estrita, define o "*núcleo central* da obrigação, o elemento substancial da economia da relação" (*in.:* ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral,* p. 108). Ou seja, trata-se de um dos elementos da relação obrigacional, não se confundindo com esta e nem reduzindo a sua definição (e, consequentemente, a definição de *contrato*). Entretanto, faz-se imperioso destacar que, neste trabalho, os conceitos de vínculo e de relação contratual deixarão de ser distinguidos de forma pormenorizada, haja vista tal diferenciação (ou a sua ausência) não causar qualquer prejuízo ao desenvolvimento do tema ora proposto. De qualquer sorte, para que se evite o mínimo de confundibilidade, quando se estiver fazendo menção específica ao vínculo enquanto elemento da relação contratual, designa-lo-á como "vínculo *stricto*

estudado, buscar-se-á contemplar, inclusive, qual é a atual definição que se possa dar aos contratos, indagando-se, em momento oportuno, se essa figura, com tal nomenclatura, ainda pode ser vislumbrada nos dias atuais tal como concebida pela lógica francesa do *Code*, derivada, ainda, da experiência romana de relações contratuais.

b) O segundo tema a ser abordado neste trabalho é, especificamente, a teoria do *contato social.* Ponto fundamental de toda essa pesquisa, a concepção de *contato social*, aqui, transitará da análise do processo de adequação ou de recepção do conceito eminentemente sociológico à realidade jurídica dos nossos dias. A partir da lógica das relações sociais como elementos geradores de responsabilidade mútua e da análise dos efeitos práticos do convívio em sociedade, ideias derivadas da teoria de Leopold Von WIESE, pretende-se reconhecer a efetiva importância deste conceito ao estudo da teoria dos contratos nas circunstâncias atuais, demonstrando de que forma os fatos influenciam e adéquam os contornos dos institutos jurídicos.

c) Finalmente, a terceira parte deste estudo procurará, de alguma forma, interligar os dois primeiros capítulos. Denominando-se *As relações contratuais fáticas e a responsabilidade civil derivada do contato social*, este capítulo voltará olhos à percepção das condutas sociais típicas como fontes de relações contratuais, concebendo-se a ideia de *contratos fáticos* a partir da teoria do *contato social*. Mais do que isso, buscar-se-á questionar a atual teoria (dicotômica) da responsabilidade civil, questionando-se a inserção da *culpa in contrahendo* nesta doutrina, e, fundamentalmente, qual a real natureza jurídica da responsabilidade civil derivada das relações de contato social.

Metodologicamente, a pesquisa ora pretendida lançará mão, inevitavelmente, de alguns recursos do Direito Comparado, principalmente pelo fato de a teoria do *contato social* ser ainda pouco desenvolvida em nosso país, mas muito difundida pela herança doutrinária ítalo-germânica do século XX. Não obstante, far-se-á necessário definir, desde logo, a abrangência espaço-temporal

---

sensu"; as demais ocorrências do termo serão assumidas enquanto sinônimo do conceito de relação contratual.

deste tópico, que terá como marco inicial (ainda que para meros fins acadêmicos) a obra de HAUPT, de 1941, denominada *Über faktische Vertragsverhältnisse*[20], analisando o impacto dessa nova teorização à evolução da sistemática contratual brasileira.

Enfim, a proposta que ora se inicia, assim como o Direito em si, também tem por missão servir à vida. Mesmo que despretensiosamente, ciente das limitações impostas a um trabalho desta natureza, correndo o risco de se promover um voo panorâmico sobre o objeto analisado, tendo em vista a complexidade e amplitude do tema, é certo que este estudo busca, em alguma medida, contribuir à vida e mudar algo no mundo: pois só se considera científico aquilo que, efetivamente, muda o mundo, e, de preferência, que o muda para melhor.

[20] Utilizar-se-á, neste trabalho, a versão traduzida e os comentários à obra.

2. DO CONTRATO CLÁSSICO À RELAÇÃO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO: UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ENTRE O *CODE* E OS MICROSSISTEMAS

***O contrato que* tinha *função* é, *hoje, a sua própria função*[21]**

Perscrutar um instituto da natureza dos contratos é reconhecer, preliminarmente, estar-se diante de uma figura jurídica com mais de dois milênios de existência. Das compras e vendas do Direito Romano aos contemporâneos contratos de adesão, passando pelas relações de escambo dos tempos das colonizações europeias, é certo que o contrato sempre esteve presente no cotidiano dos povos, ainda que transmutado em diversas facetas ao longo da sua evolução histórica.

De qualquer sorte, porém, para os fins pretendidos neste estudo, como já apresentado nas notas introdutórias acima, a concepção milenar do contrato será deixada de lado, de modo a analisá-lo em um marco temporal bem definido: do surgimento das grandes codificações do século XIX, mais precisamente com a gênese do Código Napoleônico de 1804, à atual realidade dos *microssistemas jurídicos*. Assim, analisar-se-ão, de forma concatenada, as lógicas clássica e pós-moderna[22] da relação contratual.

---

[21] Embora ambígua aos primeiros olhos, o que esta sentença quer transparecer (algo que se buscará apresentar, também, ao longo deste capítulo) é que os institutos do Direito Civil, em especial aqueles derivados dos atos e negócios jurídicos, "são função social; eles não têm função social. Não se trata de mera filigrana lingüística, haja vista que ao ser função social (...), implicitamente, se reconhece que a finalidade social do instituto faz parte da sua própria estrutura ou significa a razão de ser do mesmo. Ao contrário, concebendo-se um instituto privado com função social (...) remete-se ao exterior da sua estrutura o valor social do instituto." *In.:* NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional (introdução). *In.:* _____ (coord.). Contrato e sociedade: princípios de direito contratual, p. 34.

[22] Fala-se em pós-moderno, aqui, para especificar a contraposição do contrato clássico (ou moderno), desvinculado do modelo simplista pautado no aspecto volitivo dos contratantes e no direito subjetivo de crédito. O contrato pós-moderno, neste ponto, significa um instituto jurídico sincronizado com a complexidade da sociedade contemporânea, havendo de se falar, talvez, que

2.1 A acepção clássica do contrato

O Código Civil napoleônico de 1804 é considerado como a expressão máxima do liberalismo e do individualismo no âmbito jurídico de seu tempo[23]. Ao lado do BGB (1900) e do primeiro Código Civil italiano (1865), forma o *trio de ferro* das grandes codificações, experiências legislativas que influenciaram a construção civilista em muitos países do globo, influência esta que ganha destaque em particulares segmentos do Direito Privado, dentre os quais se sobressai o Direito das Obrigações[24].

Quando se analisa o conceito tradicional do contrato, cuja essência repousa, exatamente, na conjuntura liberal-francesa do *laissez-faire*, é necessário que se trace um panorama a partir de uma análise contextualizada pelo *Code,* ainda mais se se considerar os limites físicos da pesquisa a que ora se lança. Sendo assim, para se construir o cenário do que aqui se convencionou denominar *acepção clássica do contrato*, exprimir-se-ão ideias advindas da cultura codificadora romano-germânica e da lógica francesa do início do século XIX, que simboliza a genuína origem dos modelos de codificação experimentados

---

"uma tese, nestes tempos pós-modernos de 'desconstrução' do saber, pode, coerentemente, até mesmo, infirmar a sua proposta inicial, o que corresponderia sustentar que hoje inexiste um conceito de contrato; talvez vários conceitos possam coexistir, porém, jamais, um conceito, fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais." (*In.:* NALIN, P. *Contrato – Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*, pp. 251/252). O conceito de pós-modernidade, portanto, não será aprofundado neste trabalho, salvo quando estiver atrelado ao instituto contratual. Portanto, ressalvam-se eventuais aprofundamentos que poderiam ser feitos acerca do tema, a partir da teoria paradigmática de Thomas KUHN e do estudo de Enrique DUSSEL acerca da modernidade, pós-modernidade e transmodernidade. Nesse sentido, apenas faz-se referência à obra de Celso Luiz LUDWIG, intitulada *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*.

[23] Como exemplo genuíno deste posicionamento, *vide* WIEACKER, Fraz. *História do Direito Privado Moderno*, pp. 386 e ss.

[24] O destaque da influência dada ao campo do Direito das Obrigações se justifica, fundamentalmente, pela ideia de onipresença e de universalismo das relações obrigacionais. A lição de MENEZES CORDEIRO dá conta de que essas relações (obrigacionais) estão presentes em praticamente todas as situações jurídicas; seja para uma aplicação direta, seja para uma aplicação analógica, o Direito das Obrigações está presente em todas as circunstâncias. Assim, diante da perenidade dos institutos obrigacionais e da sua relevância às relações sociais, dá tal destaque ao ramo das Obrigações: "falar jurídico é falar civil; e falar civil é falar obrigações". *In.:* MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil,* p. 131.

contemporaneamente, nos quais se inclui, consequentemente, a tradição jurídica brasileira.

2.1.1 A origem clássica do contrato a partir da codificação francesa: *quem fala em contrato, fala em justo*[25]

"O contrato é um acordo pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante um ou mais sujeitos, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa"[26]. Esta é a definição que o Código Civil Napoleônico traz acerca do contrato, a partir do qual se podem extrair algumas ponderações iniciais, as quais serão mais bem compreendidas se fragmentado o conceito.

2.1.1.1 "O contrato é um acordo..."

A expressão *acordo*, livremente traduzida a partir do termo francês "*convention*", que também poderia significar "convenção, ajuste", significa, em síntese, um trato, juridicamente relevante, celebrado entre sujeitos, cuja expressão máxima é, exatamente, a manifestação volitiva de interesses dos contratantes.

A ideia de manifestação volitiva ou de declaração de vontade remete, de forma essencial, ao âmago da expressão individual do sujeito. Nos limites da relação contratual, a máxima liberal de exercício privado da liberalidade estava calcada no princípio da autonomia da vontade, que, de tal pujança no eixo

[25] Tradução livre da expressão *"quit dit contractuel, dit juste*", firmada por Alfred FOUILLÉE, jurista francês de meados do século XIX.

[26] Tradução livre de: "*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*." (Art. 1101 – Código Civil Francês de 1804).

moderno do contrato[27], é visto por alguns autores como legítimo *dogma* do liame obrigacional[28].

O princípio da autonomia privada[29], neste particular, liga-se umbilicamente ao conceito clássico do contrato, "no qual (...) o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam"[30]. Ou seja, em síntese, à autonomia da vontade estava ligada a ordem da liberdade contratual em suas duas ordens: da mesma forma com que ao sujeito seria lícito pactuar toda e qualquer forma contratual que não seja ilícita ou defesa pela lei, poder-se-ia contratar com quem lhe aprouver, da melhor forma que satisfaça os seus interesses.

Efetivamente, a relação contratual (seja em sua ordem estrutural, externa, seja em seu âmago interno, de conteúdo), cabia defini-la os contratantes, dentro dos limites[31] da liberdade individual e corroborando com as expectativas de satisfação de interesses eminentemente (e exclusivamente) particulares dos contratantes. E essa dimensão da autonomia privada se consolida,

---

[27] Entenda-se contrato moderno, aqui, como a sua acepção clássica, diversa da sua dimensão contemporânea (ou, aqui também denominada, pós-moderna). Para tanto, *vide* n. 12, acima.

[28] Nesse sentido, *vide* NALIN, P. *Contrato – Conceito Pós-Moderno...,* item 6.1. "Autonomia Privada na contemporaneidade: construindo o seu perfil", pp. 170 e ss.

[29] Para os fins pretendidos neste estudo, utilizar-se-ão, indistintamente, os termos "autonomia da vontade" e "autonomia privada". Diversos segmentos da doutrina acabam por eleger uma diferenciação sutil entre os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade, considerando este como elemento associado ao voluntarismo e individualismo jurídicos do séc. XIX, enquanto que aquele estaria mais relacionado à faculdade de autorregulação dos interesses, principalmente no âmbito negocial. Entretanto, tendo em vista o tema estar longe de um posicionamento unânime ou, ao menos, homogêneo, adota-se, para fins acadêmicos, os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade como sinônimos. A favor desta posição, *vide* conclusões de Teresa NEGREIROS (*Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, p. 03, nota 02); em sentido contrário, Judith MARTINS-COSTA (*A Reconstrução do Direito Privado*: *reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado* p. 615) e Fernando NORONHA (*O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual*, p. 113).

[30] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato...*, p. 04.

[31] Há, efetivamente, limites à contratação nessa lógica liberal? Para determinado seguimento da doutrina, a liberdade de contratar, se não limitada à hodierna funcionalização dos institutos, estava ao menos submetida aos ditames da ordem pública e dos bons costumes. Nesse sentido, *vide* ANDRADE, Christiano Augusto Corrales de. *Da autonomia da vontade nas relações de consumo*, p. 35.

fundamentalmente, a partir da concepção do homem em sua projeção abstrata e genérica, como um mero elemento da relação jurídica, ao contrário do papel de protagonismo assumido na atual experiência jurídica praticada.

O indivíduo contratante compõe a própria lógica clássica da relação contratual. Ao confirmar o liberalismo imperante nesse contexto do início do século XIX, a legislação prevê o sujeito como "um indivíduo isolado, do restante da coletividade e abstratamente considerado, sem ligação com o contexto social, formalmente igual ao outro contratante e livre para contratar e para estabelecer, com base em sua vontade, o conteúdo do contrato"[32]. Esse posicionamento imperou por muito tempo, podendo ainda se vislumbrar resquícios na atual teoria contratual vigente. E a sua origem parece encontrar raiz na tentativa de manutenção do poderio socioeconômico da burguesia, bem como na indissociável pretensão de garantia e estabilidade nas relações contratuais firmadas entre particulares.

Em verdade, a concepção de contrato como acordo de interesses opostos ainda é, de alguma forma, presente na dogmática doutrinária e jurisprudencial hodiernas[33]. Contudo, como se constatará adiante, essa relação de cunho liberal-patrimonialista ganha novos contornos principalmente a partir da leitura civil-constitucional do instituto do contrato[34], deixando de considerar apenas os interesses contrapostos de crédito e débito, para concatenar interesses convergentes que transcendem os parcos limites dos termos acordados, que

---

[32] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do Conceito de Contrato: do Clássico ao Atual. *In.:* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (org.). *Direito Contratual – Temas Atuais*, p. 20.

[33] Nesse sentido, são os conceitos: contrato é "acordo de vontades que possui por finalidade a constituição, a modificação ou a extinção dos direitos." (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – contratos*, p. 03); entende-se por contrato a "convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa." (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 05). A jurisprudência, em determinada medida, ratifica tais conceituações: *v.g.* Processo: APL 46120220068070001 DF 0004612-02.2006.807.0001 - Relator(a): NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO - Julgamento: 27/04/2011 - Órgão Julgador: 6ª Turma Cível - Publicação: 12/05/2011 - DJ-e Pág. 152; Processo: AI 20110002211 AM 2011.000221-1 - Relator(a): Des. Aristóteles Lima Thury - Julgamento: 25/07/2011 - Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível - Publicação: 28/07/2011 (*vide* ANEXOS).

[34] Nesse sentido, *vide* obra paradigma do movimento de constitucionalização do direito civil: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*.

incluem, aqui, o dever de não lesar o outro, de não prejudicar terceiros, de atuar com segurança e previsibilidade, enfim, todos direcionamentos advindos do basilar princípio da boa-fé, regente e balizador das relações contratuais concebidas atualmente[35].

Três consequências são extraídas dessa consideração que assume o contrato clássico como acordo de vontades, pautado no dogma do liberalismo: ***i)*** tudo pode ser contratado; ***ii)*** tudo o que for contratado, porque pautado na expressão volitiva máxima dos sujeitos, será válido e deverá ser observado pelos contratantes; ***iii)*** os termos da contratação, derivados da inequívoca vontade dos contratantes, serão merecedores de tutela nos limites da legislação aplicável ao caso.

A liberdade contratual, que preenche a primeira implicação do contrato clássico *(*de que *tudo pode ser contratado*), pode ser vista tanto sob o aspecto subjetivo quanto sob o aspecto objetivo. Isso quer dizer que, do ponto de vista subjetivo, a partir da presunção (*absoluta*) de igualdade (*formal*) entre os sujeitos, o contratante poderá contratar com qualquer pessoa que manifeste a vontade de assim fazê-lo, havendo de se observar tão-somente os limites da capacidade jurídica determinados pelo ordemanento.

A segunda decorrência do *contrato liberal* nos termos supra apresentados é a de que, do ponto de vista objetivo, o conteúdo contratual pode ser qualquer um que decorra, direta e inequivocamente, da vontade dos sujeitos contratantes. Tudo aquilo que for acordado entre as partes será admitido e, portanto, fará lei entre elas[36], devendo necessariamente ser cumprido, com a única exigência de ser fruto da livre e manifesta expressão volitiva dos partícipes do contrato.

---

[35] A importância do princípio da boa-fé é de tão intensidade que já se chegou a considerá-lo, em importante estudo trazido pela obra *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*, como elemento de existência do contrato. Para mais, *vide* NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*, pp. 341-390.

[36] O *Code Napoléon* positivou esta ideia, em seu artigo 1134, ao determinar que "os acordos legalmente celebrados tomam o lugar da lei àqueles os fizeram". Tradução livre de: *"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".*

Finalmente, a terceira decorrência diz que, exatamente por ser derivação direta da vontade dos contratantes, todo conteúdo contratual, em não sendo destoante da normativa vigente, deve ser tutelado juridicamente, com foco específico na manutenção e na preservação do interesse particular dos sujeitos partícipes da relação contratual.

2.1.1.2 "... pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam..."

Imerso nesse bojo individualista da relação contratual, um princípio destaca-se sobremaneira na essência da lógica liberal aqui imperante: a igualdade formal entre os contratantes[37].

Por meio de um contrato clássico, as pessoas se obrigam de forma mútua e consensual, em igualdade de condições, a promover a prestação em favor de um e a contraprestação em favor de outro, a partir da simples expressão volitiva de ambos. Dessa forma, impera nesse contexto a máxima de que *falar em contrato é, verdadeiramente, falar em justo*, uma vez que algo só é contratado se pactuado e condizente à vontade dos contratantes, que, na posição de sujeitos iguais e em condições equivalentes na sociedade, só contratam (em tese) aquilo que aprouver a ambos, destacando-se, aqui, também, essa condição de contrato simples, bilateral, alheio às influências e aos anseios externos: este modelo concebe como embrionário, ou quiçá inexistente, qualquer apontamento acerca da suposta complexidade da relação contratual com simultaneidade de posições ativas e passivas entre os contratantes.

Pela função precípua de vincular sujeitos, o contrato era menos encarado na sua dimensão material e muito mais destacado pela sua atuação instrumental, com genuíno mecanismo de circulação de riquezas. E para legitimar o seu protagonismo na sociedade, como instituto consolidado sobre os pilares da

[37] "Com o *Code Civil* a igualdade jurídica dos cidadãos (designadamente também no direito fundiário e sucessório), a liberdade da esfera jurídica dos particulares, particularmente na liberdade de actuação contratual e económica, se tornam axiomas vivos de uma nova imagem da sociedade." *In.:* WIEACKER, F. *História do Direito...*, p. 390.

liberdade e igualdade liberais da revolução francesa (*liberté, igualité, laissez-faire, laissez-passer*), dois eram os elementos que compunham a sua essência: ***i)*** igualdade formal entre os sujeitos contratantes; ***ii)*** intangibilidade do conteúdo contratado, traduzido na máxima latina do *pacta sunt servanda*[38].

Independentemente da conjuntura social em que se implantava, a ordem contratual era verdadeiramente horizontal, na medida em que confirmava uma condição de *iguais* entre sujeitos, ainda que manifestamente *desiguais*. Nesse sentido,

> a codificação francesa consolidou o ideal de igualdade como pressuposto da teoria geral do negócio jurídico, concebido como instrumento de auto-regulamentação de interesses entre indivíduos formalmente iguais. Portanto, a codificação não levou em conta uma noção de igualdade substancial, econômica ou social. Esse aspecto não estava inserto no discurso da época, ou era menos relevante que a afirmação de que todos eram iguais e que, por isso, poderia haver um mesmo Código que se aplicasse a todos, da mesma maneira, sem exceção[39].

A consideração de um liame igualitário estava no fato de que os contratos clássicos, concebidos na lógica do *Code,* não se ligavam à conjuntura social em que se inseriam. O instituto jurídico contratual era reconhecido como tal: uma formulação útil à sociedade, mas adstrita à sua dimensão absorta e genérica, que não atendia às efetivas particularidades cotidianas em que estava imerso.

Esse desapego à conjuntura social vigente era, portanto, traduzido na (artificial) igualdade dos sujeitos e na abstração do instituto. Em outras palavras,

---

[38] "O liberalismo do século passado fez do contrato o mais importante dos negócios jurídicos realizados entre pessoas, vinculando as partes juridicamente, mas nem sempre de forma equânime, justa e ética. Nesse contexto, criou-se um modelo de contrato centrado em bases individuais, celebrado segundo uma igualdade formal, que faz lei entre as partes, e sua força é reconhecida no brocardo *pacta sunt servanda*. Assim, com fundamento no princípio da intangibilidade contratual (imutabilidade contratual), se os contratantes são livres para celebrar um contrato e o fazem, assumem todas as obrigações acordadas, segundo a vontade manifestada, devendo ser cumprido aquilo que foi acertado." *In.:* DONNINI, Rogério Ferraz. A concepção social do contrato, p. 70.

[39] BORGES, R. C. B. Reconstrução do Conceito..., p. 22.

portanto, o “radical monismo axiológico, alimentado por uma racionalidade estritamente auto-referencial, fechada sobre si própria”, aliado à ênfase dada ao aspecto da liberdade individual, “conduziu ao isolamento do contrato do ‘mundo da vida’, ao corte com todas as suas conexões ‘externas’”[40].

Ao lado da igualdade formal entre os contratantes, *le contrat* guardava em si a característica da imutabilidade, com conteúdo derivado da vontade dos sujeitos e, exatamente por isso, invariável.

“Os contratos serão observados”. Esta é a tradução literal do brocardo latino do *pacta sunt servanda*, segundo o qual tudo o que for contratado pelos sujeitos será inquestionável e irrestritamente cumprido de forma plena, na medida em que os contratantes se situam em igualdade de condições e tendo em vista que o objeto do contrato é fruto da implacável manifestação volitiva dos partícipes dessa relação.

A partir dessa combinação de fatores, portanto, a conclusão (abstrata, porém lógica) é a de que os contratantes só consentiriam com aquilo que lhes fosse benéfico, presumindo que, como já dito, só se contrataria o que fosse justo e adequado a ambos. Daí o arremate de que o conteúdo do contrato seria em si intangível: modificar o contratado seria voltar-se contra a intenção dos contratantes, infirmando a manifestação de vontade e os anseios encartados no contrato firmado entre os sujeitos.

O âmago desse sistema foi recepcionado pelo Código Civil de 1916 no Brasil. O princípio da cogência do contrato, a necessária obediência aos termos acordados e a imutabilidade do seu conteúdo norteiam “o sistema obrigacional francês e o desenhado por Clóvis Beviláqua, cujo texto não prevê a possibilidade de modificação do contrato por alterações supervenientes das circunstâncias. Ademais, nada dispõe sobre a revisão judicial dos contratos, nem regula a lesão como uma das hipóteses de rescisão (...)”[41].

[40] RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*, p. 35.

[41] AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro,* p. 08.

A justeza contratual era, portanto, axiomática: os contratantes se obrigavam por sua plena vontade e contratavam termos afetos aos seus particulares interesses, em condições de íntegra igualdade. Ao menos em tese.

2.1.1.3 "... perante um ou mais sujeitos..."

A ordem clássica materializa uma relação contratual bilateral e simples, com posições ativa e passiva muito bem definidas. Os contornos subjetivo e objetivo dos vínculos negociais são delineadamente específicos, refutando a atual (e salutar) concepção de que "quem contrata não apenas contrata com quem contrata, e que quem pactua não avença tão-somente o que contrata"[42]. Ou seja, contratava-se **o que** (e tão-somente o que) era manifestamente aceito pelos contratantes e **com quem** (e tão-somente com quem) manifestamente se estava vinculado, traduzindo uma característica marcante do contrato tradicional: a relatividade dos efeitos.

A definição do contrato pelo *Code* deixava esta acepção bem clara, principalmente ao estipular o acordo como adstrito a "um ou mais sujeitos". Isso quer dizer, portanto, que a vinculação contratual e, principalmente, os efeitos dela irradiados estariam, em tese, subsumidos ao âmbito de abrangência dos próprios contratantes. A influência das implicações contratuais na esfera jurídica de terceiros não era vislumbrada nem ao largo, exatamente pela característica relativa e particular de que se dotavam os contratos neste contexto.

A relativização dos efeitos do contrato parece ser corolário de outro traço muito marcante desta realidade, que se resume, em síntese, à inadmissibilidade de intervenção estatal nos liames interprivados. Justamente por expressar atos volitivos dos sujeitos particulares, herméticos em uma racionalidade *negativa* do Estado, a revisão contratual por entidades alheias aos

[42] FACHIN, Luiz Edson. A "Reconstitucionalização" do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. Palestra do Professor Luiz Edson Fachin no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 04 à 07/10/2004, p. 01. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf. Acesso: 10/02/2012.

contratantes é algo impensável por esta perspectiva. Desta forma, o que se alcança é um duplo efeito da relatividade dos efeitos do contrato: de um lado, as *sequelas* contratuais estariam cingidas ao âmbito da própria relação, não se vislumbrando a possibilidade de extravasamento das suas consequências para além dos limites do vínculo contratual mantido pelos polos credor e devedor do contrato; de outro, precisamente pela conjugação dos fatos e de os efeitos subsumirem-se ao contrato e de o conteúdo contratual ser decorrente da autonomia da vontade dos contratantes, a intervenção estatal nesta relação não se admitia em qualquer circunstância.

A presunção (da mesma forma, *absoluta*), neste contexto, é a de que os termos contratuais satisfazem a pretensão individual dos negociantes. Em assim sendo, a revisão contratual por terceiros (nos quais se inclui o Estado) é inconcebível[43], principalmente pela conceituação do contrato como uma "relação de conteúdo patrimonial entre dois indivíduos formalmente considerados, sem ligação com o contexto social de base"[44]. Ou seja, porque desvinculado do seu contorno social, concebido de forma artificial, escamoteado pela conceituação absorta e despregada da realidade, modificar o contrato é ofender a ordem jurídica, desestabilizar o sistema do Direito, infirmar o *sacrossanto* princípio da autonomia da vontade.

Ainda que o contrato fosse concebido para cumprir o seu desígnio principal (circular riqueza entre privados) e findar-se em período limitado e específico (ao contrário dos Direito Reais, por exemplo, cuja característica central é a prorrogação no tempo e no espaço, com traços de perenidade), o seu conteúdo deveria perdurar incólume durante a sua vigência, para o fim de atender às expectativas *justas* dos contratantes.

---

[43] De certa forma, a revisão contratual em qualquer medida parece ser refutada, ainda que pelos próprios contratantes, já que, no momento das tratativas, presume-se terem ponderados todos os efeitos decorrentes do vínculo assumido, não havendo que se falar em modificações futuras, uma vez mantidas as condições em que inicialmente estavam inseridos os contratantes (*rebus sic stantibus*). Sobre esse tema, *vide* tópico anterior, em que se teve a oportunidade de enfrentar o princípio da intangibilidade do vínculo contratual.

[44] BORGES, R. C. B. Reconstrução do Conceito..., p. 23.

2.1.1.4 "... a dar, fazer ou não fazer alguma coisa."

A redução do contrato a uma "pura categoria lógico-jurídica (...) contribuiu para apagar toda e qualquer nota de sociabilidade do fenômeno contratual"[45]. Dessa forma, mais do que respeitar aquilo que fora contratado, não se poderia reconhecer a necessidade de observância de quaisquer obrigações que transcendessem o estritamente acordado. Este era um dos males do voluntarismo: se se contrata *dar, fazer ou não fazer* algo, o contrato se resume a esta obrigação principal e nada mais.

Reconhecer no contrato um vínculo pautado estritamente na concepção voluntarista é impedir que se admita a incidência de efeitos não queridos ou não manifestamente contratados, como são, em regra, os *deveres laterais e anexos*[46], derivados do princípio da boa-fé, da mesma forma como é não admitir a relativização do conteúdo contratual proveniente da tendência de funcionalização desse instituto. E isso gera efeitos, também, para a própria conceituação do sujeito contratante: pela ótica jurídica clássica em que estava imersa a vinculação contratual aqui analisada, o sujeito é mero elemento da relação jurídica, sendo esta a legítima *personagem principal* de todo o ordenamento jurídico privatista; já na nova conjuntura sistêmica do Direito, o contratante é, antes disso, sujeito de direitos, concretamente observado, com expectativas e necessidades reais e cotidianas, posicionado como centro do ordenamento, em efetivo papel de protagonismo[47].

O papel da boa-fé, neste contorno clássico, é rejeitado, quando muito deixado à atuação de coadjuvante, principalmente se se considerar esse princípio

---

[45] RIBEIRO, J. de S. *Direito dos Contratos,* p. 36.

[46] Utiliza-se a expressão "deveres laterais e anexos" tão-somente para prestigiar a consagração do termo pela doutrina especializada. Entretanto, cabe a ressalva de que tal nomenclatura não deve ser confundida com uma suposta importância secundária desses deveres derivados do princípio da boa-fé. Tais imposições se mostram, nos atuais dias, de relevância incontestável, ainda mais diante das relações contratuais de fato a que se fará menção adiante. Reiterando o que ora se pontua, *vide* n. 34, acima.

[47] Nesse sentido, *vide* item 2.2 abaixo.

sob a ótica das suas funções interpretativa e integradora do conteúdo contratual[48]. Uma vez assumido uma determinada obrigação principal, admitidos os seus efeitos e consequências, aos contratantes basta, apenas, cumprir com o acordado, não havendo o que se complementar à manifestação de vontade inicialmente determinada.

A vinculação contratual tradicionalmente concebida é suficiente em si. Não há espaço à hermenêutica negocial, muito menos à participação principiológica complementária deste liame. Uma vez contratado, contratado está. Uma vez definido em acordo, acordado está, fazendo-se justo entre as partes, ordenando-se cumprir o que fora estipulado e tão-somente isto.

A *standardização* do contrato ganha ênfase. A particularidade de cada vínculo contratual é renegada: nessa perspectiva, os limites objetivo e subjetivo do contrato estão na exata convenção assumida pelas partes, nada mais, nada menos.

2.1.2 A relação contratual como expressão máxima do liberalismo e a recepção da lógica individualista pelo ordenamento brasileiro

Como já se buscou demonstrar até o momento, a concepção clássica do contrato guarda em si particularidades que a distinguem, em uma linha histórica, de todos os outros momentos por que passou a evolução do instituto dos contratos. Do *contractus* romano ao instituto contratual funcionalizado dos dias atuais, é certo que o contrato tradicional concebido a partir do *Code Napoléon,* no início do século XIX, tem cadeira cativa no estudo histórico-cronológico do tema.

Menos do que promover uma crítica, esta primeira parte do presente trabalho, como movimento introdutório do cerne da pesquisa, serve como ato

[48] A boa-fé, sob este viés, "atua como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes". *In.:* MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, p. 428. A autora ainda elenca a boa-fé como cânone de criação de deveres jurídicos e como limitadora ao exercício de direitos subjetivos.

retratista de um período, buscando revelar (no sentido mais *fotográfico* que o termo possa assumir) as principais características do contrato nesta época, contextualizando-as à realidade brasileira.

2.1.2.1 A influência lusa e a herança franco-germânica do contrato brasileiro

Embora se reconheça a proeminência dos traços germânicos assumidos pela dogmática jurídica nacional[49], é certo que, como referido anteriormente, o Direito Civil francês, especialmente por seu *Code*, influenciou decisivamente a construção da experiência brasileira dos nossos dias, ressaltando-se a incursão francesa no campo do Direito Obrigacional[50].

A primeira legislação civilista genuinamente brasileira, que foi o Código Civil de 1916, advindo de uma herança científica secular, era marcadamente contornada pelas diretrizes europeias, em específico pelas duas maiores experiências de codificação deste período: O BGB, de 1900, e o *Code Napoleón,* de 1804. Tanto é assim que, estruturalmente, "segundo Pontes de Miranda, 900 artigos do Código de Civil de 1916 resultam do antigo Direito que vigorava no

[49] Não só do ponto de vista estrutural-esquemático (divisão do Código em parte geral e parte especial), mas também a partir do viés substancial (com ênfase aos contratos e à propriedade), o Direito Civil brasileiro apresenta destacados traços germânicos. De fato, para o Código de 1916, "a superioridade técnica dos esquemas da terceira sistemática, da pandectística e do BGB, perceptíveis nos finais do século XIX, foi reconhecida e acolhida por juristas brasileiros"; e, novamente, para o Código Civil de 2002, "a inspiração geral, onde é patente alguma influência do Código Civil português de 1966, é a do BGB". *In.:* MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de direito civil*, pp. 208/211.

[50] Verdadeiramente, estes traços franco-germânicos na composição do Direito pátrio é decorrência direta da assimilação de tais culturas jurídicas pela experiência lusitana, originária do processo de juridicização da realidade brasileira. Sobre essa evolução histórica do Direito nacional, especialmente a partir deste tripé de influência (Alemanha, França e Itália), desaguado nas origens do direito português romano-germânico-canônico, modelador direto da cultura jurídica brasileira, a obra mais relevante está em PONTES DE MIRANDA, intitulada *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, especialmente Parte I (*Evolução Histórica do Direito Civil Brasileiro*), na qual o autor esboça os contornos da formação do Direito luso-brasileiro, destacando as suas principais fontes e as tentativas de codificação e organização do ordenamento jurídico.

Brasil e em Portugal; 170 estavam inspirados no Código Civil da França e 70 adotam o exemplo alemão"[51] [52].

Até o momento da entrada em vigor da primeira codificação civil brasileira, as Ordenações Filipinas é que determinavam o regime de Direito Privado vigente na colônia portuguesa do além-mar. De 1603 a 1916, a legislação portuguesa, que já era defasada nas terras da metrópole, determinou o dia-a-dia das relações interprivadas brasileiras, a partir de diretrizes e nortes principiológicos que não se sustentavam há, pelo menos, trezentos anos[53]. Para todos os efeitos, portanto, é certo que a experiência de codificação europeia deste contexto histórico foi o que efetivamente moldou a silhueta da dogmática contratual do Brasil.

O que se tem, nesse momento, é uma forte tendência liberal no Direito brasileiro, que, obviamente, gerou efeitos ao campo jurídico dos contratos, primando-se pela proteção dos interesses individuais dos contratantes. E pela lógica imperante no regramento contratual brasileiro, com marcada ênfase no individualismo, "quem diz interesse no contrato, diz fim perseguido pelo contrato com relação ao contratante"[54].

---

[51] AGUIAR JR., R. R. de. *Os contratos nos Códigos...,* p. 06.

[52] Franz WIEACKER vai ainda mais longe e destrincha de forma mais pormenorizada o Código Civil de BEVILÁQUA: "As influências do BGB limitam-se ao sistema e à adopção de 62 (num total de 1807) parágrafos. Dos outros códigos civis europeus, influenciaram-no sobretudo o *Code Civil* e o *Código Civil português* (pertencente a esta família jurídica). Os direitos patrimoniais da família, o restante direito da família e o direito imobiliários basearam-se largamente no direito consuetudinário luso-americano e nas leis dos Estados federados." *In.: História do Direito Privado Moderno*, p. 557.

[53] "Se fizermos uma análise direta das Ordenações Filipinas com relação ao nosso código civil, veremos que houve uma ruptura sistemática e isto é explicado pela evolução jurídica codificadora, que nos foi dada pelo positivismo jurídico no final do século XVIII e início do século XIX. (...) Mas o legado jurídico que recebemos de Portugal não pode ser abandonado, sob pena de perdermos nossas raízes históricas e culturais, provenientes de séculos de evolução jurídica, (...). Assim, temos de reconhecer que apesar do código civil de 1916 ter adotado sistematização diversa do direito civil anterior, alguns institutos nele vigentes nunca poderiam ser retirados ou colocados sem eficácia, pois já faziam parte da sociedade brasileira." (*In.*: ANDRÉ, André Luiz Pedro. *As ordenações e o direito privado brasileiro*, p. 13. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/AndreAndre.pdf. Acesso em: 19/10/12).

[54] Tradução livre de: "quien dice interes en el contrato, dice fin perseguido por el contrato en cuanto a la persona". *In.:* IHERING, Rudolf Von. *De Interes en los Contratos*, p. 91.

O interesse individual, traduzido na expressão máxima do contrato, que é, exatamente, a autonomia da vontade, torna-se o foco de proteção do ordenamento jurídico ao tratar do regramento dos vínculos contratuais. E tal não poderia deixar de ser diferente: "na ciência do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito. A concepção do vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direito e obrigações oriundas da relação jurídica contratual"[55] [56].

A justificativa para essa ênfase liberal e individualista está no fato de que a burguesia, classe dominadora das relações jurídicoeconômicas do século XIX, pautada pela ideologia do jusnaturalismo, encontrava na liberdade individual o mecanismo *sine qua non* à manutenção do *status quo*, em um regime de dominação do mercado e do Direito. Existia nesse período, efetivamente, uma "paixão burguesa pela liberdade"[57], da qual a classe dominante não abria mão.

No auge do Liberalismo reproduzido pelo Estado Moderno, no século XIX, coube à Teoria do Direito, portanto, apenas "dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade"[58]. E essa tendência a coadjuvante do ordenamento jurídico, que apenas se furtou a edificar as bases do contrato, repercutiu em toda a Europa e, posteriormente, em *terrae brasilis*.

---

[55] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 39.

[56] Para ilustrar a relevância da autonomia privada neste contexto, António MENEZES CORDEIRO destaca que "o Direito Privado é uma ordem de pessoas autónomas. Nessa medida, o Direito juridifica a vontade manifestada pelas partes, associando-lhe os efeitos por ela indiciados." Entretanto, já dando um passo adiante, que será mais bem analisado adiante, o autor ressalva que "a autonomia privada, inegável progresso jusracionalista, acabaria por potenciar, em conjunto com diversos outros conceitos muito abstractos, um reducionismo excessivo: da realidade jurídica concreta, fez-se um conjunto de traços estereotipados que provocaram empobrecimentos crescentes no pensamento jurídico." *In.: Do contrato de franquia ("franchising"): autonomia privada* versus *tipicidade negocial.* Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro88.pdf. Acesso em: 18/09/12.

[57] MARQUES, C. L. *Contratos no Código...*, p. 44.

[58] MARQUES, C. L. *Contratos no Código...*, p. 47.

Em França, o próprio Código Civil de 1804 já trazia uma conceituação específica da relação contratual, sobre a qual já se teve a oportunidade de falar, acima[59]. Confundindo as definições de *contrato* e *convenção*, cuja imprecisão gerou críticas por amplos setores da doutrina local[60], a definição do art. 1.101 marcadamente traz à tona as características da ênfase na autonomia privada, relatividade dos efeitos, intangibilidade do conteúdo, igualdade formal entre os contratantes e força vinculante e obrigatória, traços que particularmente delineiam os limites do contrato clássico.

Em Portugal, cujas *Ordenações* vigoraram no Brasil por mais de trezentos anos, a experiência legislativa não se preocupou em definir positivamente o conceito de contrato. Mesmo assim, consagrou, em suas disposições interpretativas trazidas pela doutrina, a lógica do contrato como acordo vinculativo que "se assenta sobre duas ou mais declarações de vontade (...) contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que têm em vista estabelecer uma regulação unitária de interesses"[61]. Aqui, a influência lusitana salta aos olhos até mesmo por decorrência do vínculo histórico mantido com o Brasil, o que fez com que PONTES DE MIRANDA afirmasse, categoricamente, que "o Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho da planta, que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente"[62].

A experiência germânica, com o BGB, foi decisiva em diversos pontos do Direito Obrigacional e, consequente e especificamente, nos contratos. Da mesma forma que determinou a composição estrutural do Código Civil, dividido em uma *parte geral* e uma *parte especial*, materialmente influenciou a lógica das

[59] *Vide* item 2.1.1, acima.

[60] Sobre o tema, *vide* STIGLITZ, Rubén S. (director). *Contratos – Teoría General*, p. 41.

[61] Tradução livre de: "(...) se asienta sobre dos o más declaraciones de voluntad (...) contrapuestas pero perfectamente armonizables entre sí, que tienen em vista establecer uma regulación unitaria de intereses.". *In.:* STIGLITZ, R. *Contratos – Teoría General,* p. 45.

[62] PONTES DE MIRANDA, F. C. *Fontes e Evolução...,* p. 93.

obrigações, a partir da separação relativa de planos, das teorias das fontes obrigacionais, da teoria do inadimplemento, entre muitas outras[63] [64].

Ainda, não se pode deixar de acentuar a relevância do contexto jurídico italiano, construído a partir do clássico cientificismo romano, que ganha relevância no Direito Obrigacional e nos contratos, em vista da sua perenidade espaço-temporal[65].

Enfim, como se vê, muitos dos traços europeus dos contratos foram amplamente assimilados e recepcionados pela primeira legislação civil genuinamente brasileira – o Código Civil de 1916, idealizado por Clóvis BEVILÁQUA –, de alguns países mais, de outros menos[66]. Afora as tradições já

---

[63] Obra clássica acerca do tema é a de GOMES, Orlando. *Obrigações,* especialmente capítulos 01, 02, 03 e 16.

[64] Efetivamente, parte da doutrina comparatista reserva a influência do BGB tão-somente ao aspecto estrutural e ao sistema adotado pelo Código Civil de 1916, principalmente pelo fato de aquele ter sido promulgado menos de 20 (vinte) anos antes deste, sendo passível de considerá-los mais frutos de um momento histórico-cultural do que, efetivamente, codificações mutuamente influenciadas. Em vista da forte presença na Escola de Recife, bem como na marcada incidência nos estudos de Teixeira de Freitas e, mais tarde, de Clóvis BEVILÁQUA, é certo que "a influência alemã identificada nas normas do CCBr foi quase tão importante quanto a influência na distribuição sistemática das matérias. As coincidências sistemáticas de ambos os Códigos podem ser melhor explicadas [sic] pela influência comum da doutrina pandectística dominante à época do que por uma influência direta do BGB no Código Civil Brasileiro." *In.:* MARQUES, Cláudia Lima. *Cem Anos de Código Civil Alemão...*, p. 36.

[65] Efetivamente, embora a doutrina se restrinja a tratar da estabilidade do Direito das Obrigações, passando despercebida a imutabilidade dos contratos, é certo que esta está manifestamente presente na maioria das experiências jurídicas dos países. Provas disso são a presença de traços clássicos nos contratos hodiernos e, ainda, a resistência em se recepcionar um tema da natureza deste que se enfrenta no presente trabalho, por meio do qual se busca desvincular a figura do contrato do dogma central da autonomia da vontade.

[66] Não se pode olvidar a contribuição dada pela experiência brasileira para a construção de seu próprio Direito. Ainda que a lógica atualmente vigente do *civil law* tenha sido contribuição profunda da sistemática europeia, as particularidades sociais latino-americanas também marcam, de forma decisiva, a miscelânea jurídica em *terrae brasilis.* A obra *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, mais sob o ponto de vista histórico-social do que propriamente jurídico, retrata bem essa construção genuinamente brasileira implementada pelo *homem cordial* do nosso país. Nesse sentido, pode-se pontuar que "*o Código Civil brasileiro [de 1916], um tanto individualista, tímido, e menos político, mais sentimental do que os outros, porém mais 'sociável' e menos 'social' do que devia ser, serve para que se lhe descubra a intimidade daquele pensar por si, que Teixeira de Freitas ensinou à Sul-América, e os traços de generosidade orgânica, de aferro leigo às instituições religioso-morais, de povo mais caracteristicamente jurídico do que todos os outros da América*". *In.:* PONTES DE MIRANDA, F. C. *Fontes e Evolução...*, p. 09.

mencionadas, é possível identificar contornos espanhóis e suíços no CC/16, destacando-se, entretanto, o modelo francês já assentado aos costumes existentes à época[67].

Dessa forma, a herança europeia condensou a quase integralidade dos pilares do contrato brasileiro clássico, principalmente no que se refere à ênfase na autonomia privada. Mas para se aprofundar nesta concepção liberal do direito contratual pátrio, faz-se necessário enfrentar a evolução histórica da autonomia da vontade e da liberdade no ambiente dos contratos.

2.1.2.2 A autonomia da vontade e a liberdade: dogmas da relação contratual

A ruptura histórica causada pela criação dos Estados Modernos trouxe consigo, especialmente para o domínio dos contratos, uma incidência vertical do jusnaturalismo e do Direito Canônico na experiência jurídica da época. Nela, a liberdade concebida como elemento intrínseco da figura humana passou a ser exaltado sobremaneira, principalmente nos países de tradição jusromana, como o Brasil. A partir desse movimento, os teóricos da época (século XIX)

> inauguraram um tipo de teorização que demarcou as possibilidades – que posteriormente germinaram – de afirmação de uma organização política tipicamente moderna, no sentido de ser desprendida das múltiplas autoridades das diversas ordens sociais medievais. A idéia da autonomia (que é o conceito que antecede e prepara a noção moderna da liberdade) é aqui exercitada pela primeira vez[68].

[67] J. de M. ANTUNES VARELA, em seu *Das Obrigações...*, faz uma incursão em diversos ordenamentos, destacando a(s) sua(s) influência(s) à composição do ordenamento jurídico português e, consequentemente, do brasileiro. Destacam-se as experiências jurídicas dos países lusófonos, da Suíça, dos povos islâmicos e até da cultura chinesa. *Vide* cap. 2.

[68] FONSECA, Ricardo Marcelo. *Do sujeito de direito à sujeição jurídica: uma leitura arqueogenealógica do contrato de trabalho*, p. 52.

A contribuição dos canonistas está na relevância dada ao consenso e ao respeito à palavra *empenhada*. O juramento e o cumprimento da declaração de vontade são dotados de contornos excelsos, com grande destaque para as relações interprivadas, na medida em que descumprir um acordo significaria inadimplir com ordens metafísicas. Assim, "o respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes"[69].

Pelo lado da escola do Direito Natural, é a vontade livre dos contratantes que ganha maior peso. A liberdade de contratação e a ênfase no indivíduo marcam este traço jusnaturalista dos contratos, definindo-o decisivamente até hoje. Nesse bojo conceitual, o contrato é entendido como "acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever da veracidade, que é de Direito Natural", conceito este que solidifica a concepção do "contrato como consenso e da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo"[70].

As relações contratuais, portanto, são marcadas, nesta perspectiva, por uma forte influência liberal e jusnaturalista, realçadora do aspecto volitivo do vínculo. O contrato era encarado como legítimo "fruto da escolha livre dos próprios interessados, de sua iniciativa individual e de sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de atuação"[71]. Ou seja, em uma relação circular de completude, ao mesmo tempo em que o contrato era conformado pelos limites da autonomia da vontade, esta tinha como terreno mais fértil de expressão a própria relação contratual clássica.

A autonomia da vontade como protagonista do instituto dos contratos se justifica, *ultima ratio*, no jusracionalismo, cujo fundamento para o direito natural

[69] GOMES, Orlando. *Contratos,* p. 05.

[70] GOMES, O. *Contratos*, p. 06.

[71] ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 26.

moderno está na (também natural) razão humana, e, da mesma forma, na teoria clássica do *contratualismo*, especialmente a partir das teorizações de ROUSSEAU, que busca explicar o surgimento e a consolidação do Estado Moderno[72].

Ora, se a constituição do Estado Moderno é fruto da racionalização por meio da vontade do indivíduo, ou seja, se por livre manifestação volitiva, os sujeitos abriram mão de sua liberdade para se subordinar a uma entidade maior – o Estado –, a *radicação* da vontade no Direito Civil é ainda mais intensa. Isso porque, ao que se depreende, "o estabelecimento da própria ordem jurídica objectiva se faz através de um ato *voluntário* dos homens (o 'contrato social'), cujo conteúdo é aquele de que eles lhe *querem* dar para a salvaguarda da vida em comum"[73]. E esses efeitos respingam, consequentemente, nos contratos interprivados.

A única limitação encontrada pelo contrato clássico é a determinação legal, que, em essência, nada mais faz do que balizar a interpretação da vontade das partes, apresentando parâmetros de vinculação, de forma genérica e quase totalmente despretensiosa, que desvelam, por detrás da teoria da autonomia da vontade, um robusto movimento de superação da vontade sobre a lei: nesse contexto, "o direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora"[74].

Em suma, portanto, é como se a *fattispecie* acabasse mais por definir o ordenamento jurídico do que propriamente este ordenamento moldar as condutas sociais. A figura do negócio jurídico é concebida a partir dos contornos que a autonomia privada lhe concede: aquele passa a ser a materialização da manifestação desta, cujo pressuposto está na liberdade do sujeito.

Os conceitos de autonomia e liberdade, portanto, na condição de sustentáculos do liame contratual, parecem se complementar: para que haja a

[72] Especialmente, faz-se menção aos capítulos VI, VII, VIII e IX, do Livro I, do *Contrato Social ou Princípios do Direito Político*, de ROUSSEAU.

[73] HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia,* p. 156/157.

[74] MARQUES, C. L. *Contratos no Código...,* p. 50.

possibilidade de uma pessoa contratar algo, como forma de satisfazer uma expectativa sua, é necessário que ela seja livre para assim proceder; do mesmo modo, a liberdade é garantida pelo ordenamento, neste particular, para que os sujeitos exerçam, de forma plena, as condições que lhes melhor aprouverem, nos *limites* da sua autonomia. Em outras palavras, portanto, a vontade, na visão tradicional, "legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto desta vontade criadora, uma exigência (...) mais teórica do que prática"[75].

Enfim, por todo o construído se pode definir o contrato, nestes contornos clássicos, como relação *livre* e *imutável* estabelecida entre dois ou mais sujeitos de direito, *iguais* entre si, no exercício irrestrito de sua *autonomia privada*, voltada à satisfação de *interesses privados* legalmente permitidos ou não proibidos, fazendo *lei* entre eles, com *efeitos* adstritos à esfera jurídica dos próprios contratantes.

2.1.2.3 Os contornos brasileiros do instituto liberal-volitivo dos contratos

Seguindo por essa mesma trilha, o Código Civil de 1916 envereda pelo caminho do liberalismo. Tanto que, ao deixar de trazer uma especificação conceitual do contrato, o primeiro dispositivo positivado pela codificação civil sobre relação contratual é, exatamente, aquele que apresenta uma definição da "manifestação de vontade", admitida no art. 1.079 como tácita "quando a lei não exigir que seja expressa". Em seguida, há vários comandos legais que insistem na definição da autonomia privada, destacando o aspecto volitivo como *elemento essencial* do contrato[76]. A disposição legal esboçada pelo Código Civil de 1916, portanto, dá conta que "a vontade representa não só a *genesis*, como também a *legitimação* do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório"[77].

---

[75] MARQUES, C. L. *Contratos no Código...,* p. 49.

[76] Para tanto, *vide* título IV (*dos contratos*), capítulo I (*disposições gerais*), do Código Civil de 1916.

[77] MARQUES, C. L. *Contratos no Código...,* p. 42.

Seja na codificação brasileira, seja no âmbito da experiência europeia, é certo que se reconheceu destaque exacerbado à autonomia da vontade quando do disciplinamento das relações contratuais. Tanto é assim que, se se analisar mais a fundo, a autonomia da vontade é de tal forma presente no campo tradicional do contrato que há definições que subsumem o conceito deste contrato naquele, classificando o vínculo contratual como "a manifestação de vontade mais importante e variada"[78]. Ou seja, desvincula-se da noção de relação jurídica interprivada, voltada à criação de direitos e deveres mútuos, para compartimentar a inteireza do contrato à estrita declaração de vontade.

O *império da volição* nos contratos vigorou de forma pujante até final dos anos 20 do século XX, quando se começou a observar uma tendência revisora de todo o ordenamento, principalmente com a maior intervenção estatal na economia e, da mesma forma, no âmbito das relações privadas. Aos poucos, a possibilidade de revisão contratual com fins transcendentes aos limites do contrato passou a ser considerada em um movimento de superação do dogma contratual imutável: a livre manifestação de vontade dos sujeitos contratantes continuou a estar presente nas relações contratuais, mas, agora, não mais incondicional, e sim submetida a um interesse maior, qual seja, a proteção da coletividade.

E, no Brasil, o primeiro marco relativizador dos contratos parece ter sido o Decreto-Lei 22.626, de 1933, alcunhado por Lei da Usura, em cujo artigo 1º previa a vedação (e a punição) de se estipular "em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal", que, nos termos do artigo 1.062, do Código Civil de 1916, era, "quando não convencionada, de seis por cento ao ano".

Daí em diante, a mitigação do dogmatismo da vontade nos contratos só fez aumentar. A Lei 1.521, de 1951, tipificou como crime contra a *economia popular* estipular, mediante contrato, "lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida"[79], em clara proteção ao

[78] Tradução livre de: "*la manifestación de la voluntad más importante y variada*." *In.:* STIGLITZ, Rúben S. *Contratos...,* p. 33.

[79] Art. 4º, *b*, da Lei 1.521/51, que previa para esse crime "detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros."

contratante com *inexperiência*[80], relativizando a autonomia da vontade e, da mesma forma, reconhecendo a (des)igualdade material entre os sujeitos, em irretocável avanço à codificação civil vigente à época.

Enfim, esse cenário iniciou uma hígida releitura do instituto do contrato, que questionou, em si, todos os seus componentes, da ênfase da autonomia da vontade à relatividade dos efeitos, passando pelo movimento de funcionalização da relação contratual, a partir de uma leitura civil-constitucional do tema, e pela sobre-elevação do princípio da boa-fé nos contratos[81]. Traduz-se, assim, um salto qualitativo do contrato, que evolui "de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para (...) um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas"[82].

2.1.2.4 A autonomia da vontade e o interesse exclusivo dos contratantes: a relatividade dos efeitos

Uma vez definido o papel de protagonismo da autonomia da vontade, necessariamente se repisa a lógica da relatividade dos efeitos da relação contratual, segundo a qual os contratantes estariam livres para determinar o conteúdo do contrato celebrado, mas, ao mesmo tempo, este – o contrato – estaria adstrito a se estender aos limites das esferas jurídicas de seus participantes, não se admitindo o transbordamento de reflexos em (des)favor de terceiros, alheios ao liame firmado. Os efeitos do contrato, neste panorama clássico, efetivamente estão subsumidos aos limites do próprio contrato[83].

Na medida em que o vínculo contratual se dota de natureza interprivada, não se vislumbraria a possibilidade de decorrerem consequências

[80] Termo utilizado pela própria legislação (art. 4º, b).

[81] Para mais, *vide* item 2.2, abaixo.

[82] MARQUES, C. L.. *Contratos no Código...,* p. 39.

[83] O art. 1.165, do *Code*, define que "as convenções não produzem efeitos que não entre os contratantes." Tradução livre de: "*les conventions n´ont d´effet qu´entre les parties contractantes".*

para além do âmbito estritamente contratado. Esta é, em certa medida, a própria determinação da autonomia da vontade e, também, do caráter liberal do contrato: os sujeitos são livres para contratar nos limites de sua autonomia e a legislação, neste particular, conforme já visto, permanece na condição de excepcionalidade, não devendo ir para além das "estritas necessidades"[84]. Esse patamar secundário da legislação não esconde o efeito negativo gerado na concepção que se tem de sujeito contratante.

A doutrina clássica que trata do Direito das Obrigações e, mais especificamente, do contrato, concebe o sujeito de direitos como mero elemento da relação jurídica. Em assim sendo, "uma noção mais precisa de contrato requer substituir a expressão 'pessoas' por 'partes' (...). A definição legal requer que *as partes* alcancem um *acordo sobre uma declaração de vontade comum.* O expresso evoca a definição de ato jurídico bilateral em quanto requer o consentimento *unânime* de duas ou mais partes"[85].

Adiante[86], analisar-se-á, já a partir de uma nova perspectiva, na qual a autonomia da vontade não mais está irremediavelmente ligada ao conceito de contrato e, consequentemente, não é mais elemento *sine qua non* da existência do vínculo contratual, de que forma se pode conceber a formação de uma relação genuinamente contratual mesmo diante da inexistência de declaração volitiva, ou seja, como assumir a exigibilidade e a vinculação de um contrato sem manifestação de vontade. Antecipando algumas considerações, o contrato, nessas hipóteses, subsiste e se torna exigível por uma série de fatores tão (se não mais) importantes que a própria vontade: condutas sociais típicas, necessidades e imposições criadas pelo próprio sistema, atendimento e observância do princípio da boa-fé, entre outros.

---

[84] Tradução livre de: "exigences strictes". *In.:* PAGE, Henry de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge: príncipes-doctrine-jurisprudence*, t. II, p. 430, n. 462.

[85] Tradução livre de: "(...) *uma noción más precisa de contrato requiere substituír la expresión 'personas' por 'partes'. (...) La definición legal requiere que las partes alcancen un* acuerdo sobre una declaración de voluntad común*. Lo expresado evoca la definición del acto jurídico bilateral en cuanto requiere el consentimiento* unánime *de dos o más partes*." *In.:* STIGLITZ, Rubén S. *Contratos...*, pp. 38-39.

[86] Nesse sentido, *vide* capítulo IV, acerca das *relações contratuais fáticas*.

Ao fim e ao cabo, portanto, se o contrato era instituto liberal, fruto da vontade dos contratantes, com efeitos adstritos aos sujeitos contratantes, ver-se-á uma inequívoca superação desta lógica. Embora haja traços clássicos no contrato contemporâneo, é certo que sua figura vem se reformulando de forma decisiva, resultado das mudanças experimentadas pela influência do dinamismo econômico e social no Direito, que, por sua vez, "não poderá alhear-se da realidade concreta que pretende conformar, a fim de se manter apto a ajuizar correctamente dos problemas e a fornecer resposta actualizada às renovadas necessidades práticas da vida"[87].

2.2 A concepção contemporânea de contrato

As alterações sofridas pelo instituto do contrato não aconteceram repentinamente, em uma virada *tout à coupe*. Pelo contrário, foram frutos de uma constante e ininterrupta evolução histórico-cultural, que culminou em uma releitura de todo o ordenamento jurídico e, consequentemente, dos contornos assumidos pelo contrato. Dessa maneira, uma vez revivida a experiência moderna do liame contratual, é hora de montar as peças do contrato pós-moderno[88], destacando as suas principais evoluções e, inevitavelmente, escancarando as mazelas imperantes no instituto jurídico revisto desde o início do século XIX.

Como se verá, portanto, a preocupação desta parte do presente estudo não está em construir uma definição estanque do contrato; está menos em

[87] PINTO MONTEIRO, A. *Cláusulas Limitativas...,* p. 15.

[88] Uma vez mais, tal qual referido anteriormente (*vide* n. 81, acima), talvez o termo *pós-moderno* não tenha sido empregado na sua mais adequada acepção filosófica. De qualquer modo, quer-se referir à pós-modernidade, neste ponto, como sinônimo de fragmentação, traduzindo um momento em que as potencialidades modernas são superadas, sendo preciso pensar em uma nova realidade. O contrato *pós-moderno,* dentro da proposta que ora se apresenta, busca, em síntese, reinventar a emancipação social, redescobrir as potencialidades do mundo moderno, deixando para trás o monopólio epistemológico e a unicidade conceitual que já não mais se adéquam à realidade social em que está inserido hodiernamente. Nesse sentido, valiosas são as lições de Paulo NALIN (*Do Contrato Pós-Moderno...,* pp. 251-258), no que tange à visão *contratualista* do conceito pós-moderno e, também, de Boaventura de Sousa SANTOS (*Introdução a uma ciência pós-moderna*), sob o viés sócio-filosófico do termo.

demandar energia na análise ontológica e mais no estudo axiológico do instituto contratual. Isso porque, ao que se extrai da doutrina mais especializada, o contrato pode ser definido de diversas formas: “diante de número tão extenso de definições, já se afirmou que basta escolher uma fórmula e justificá-la”[89].

O que se conclui, então, é que, a depender do viés que se adota, do ponto de que se parte e do ponto a que se querer chegar, se pode eleger uma definição de contrato e, a partir daí, dissecá-la com olhos voltados à conclusão pretendida. Embora não seja esse o objeto principal do presente estudo, é preciso que se pince determinado conceito de relação contratual, ainda que para fins didáticos, de modo a viabilizar a análise do objeto precípuo desta pesquisa. Assim, considerando-se as múltiplas facetas de que são revestidos os contratos contemporâneos, a definição de Juliana Pedreira da SILVA parece ser a mais adequada ao estudo em questão, para quem contrato é “atividade ou operação econômica socialmente relevante, deflagrada por dois ou mais centros de interesses, fundada ou não em negócios jurídicos”[90].

Utiliza-se essa definição para embasar a conclusão que se almeja alcançar ao final desta *viagem*: não há uma necessária vinculação entre os conceitos de autonomia privada e de contrato, podendo se considerar a formação deste por meio de mera atuação típica em sociedade – *contratos fáticos*. Ou seja, dentro da lógica que aqui se defende, “as relações jurídicas não são deflagradas apenas pela vontade, mas também por condutas socialmente típicas, caso em que não se configura o negócio jurídico, mas sim o contrato como operação econômica ou atividade”[91].

É o que se verá.

---

[89] FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas,* p. 06.

[90] SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos Sem Negócio Jurídico*, p. 116.

[91] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 96.

2.2.1 Os novos contornos do contrato *funcionalizado* e a realidade jurídico-social brasileira

Para que se possa, efetivamente, reconhecer os *novos* traços do contrato contemporâneo, é preciso se despir das vestes oitocentistas e encará-lo sob uma nova concepção: "o contrato serviu durante muito tempo para a conservação da propriedade (aquisição e disposição). (...) Nessa perspectiva, o Estado deve cuidar para que o contrato não sirva, hoje, à desmedida exploração do mais fraco; ele deve servir à vida social, e não apenas ao lucro"[92].

Da gênese do *Code Napoleón* ao Código Civil de 2002, são quase duzentos anos de história. Neste período, a igualdade formal entre os contratantes sucumbiu, principalmente pela especialização dos contratos de trabalho e de consumo; a intervenção estatal se acentuou, com a consequente limitação da liberdade de contratar e o encolhimento consecutivo da autonomia privada; o instituto do contrato passou a ser funcionalizado, estendendo-se a sua validade ao cumprimento de sua função social, especialmente em vista de uma tendência à constitucionalização do Direito Civil; a complexidade e a fluidez das relações questionaram o absolutismo do contrato e o inafastável vínculo deste com a vontade das partes contratantes, principalmente a partir do surgimento das contratações em massa (contratos de adesão).

Enfim, inúmeros fatores impulsionaram uma releitura da relação contratual, os quais podem ser resumidos em três grandes grupos: "1º) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as *partes*, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; 3º) a intromissão do Estado na vida econômica"[93]. E de todos os efeitos gerados por essas mudanças, um parece ter se destacado: houve uma verdadeira "reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu

[92] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Os contratos nos Códigos...*, p. 11.

[93] GOMES, O. *Contratos,* p. 07.

conteúdo"[94]. O desatrelamento dos conceitos de contrato e autonomia da vontade parece ter sido consequência, também, do fenômeno da funcionalização do instituto contratual.

Em verdade, mesmo sob a égide das codificações do século XIX não se pode dizer que os conceitos e institutos jurídicos não tinham uma *função*. O que se tem, neste contexto, todavia, é um descarte do aspecto funcional a segundo plano: "a perspectiva funcional, ainda que existente, era deliberadamente desprestigiada em virtude de um específico projeto conceitual de direito privado que era concebido"[95]. O protagonismo da funcionalização dos institutos, e, aqui, especifica e pontualmente, dos contratos, adveio com a tomada de consciência da análise do Direito como ciência de substrato essencialmente social[96], cujo marco simbólico brasileiro mais relevante é, exatamente, a Constituição Federal de 1988.

A origem do conceito de *funcionalização* advém, originalmente, da sociologia, mas pode ser encarado sob diversas facetas: funções histórica, cultural, biológica, vital, sintática, entre outras. No contexto do *Code Napoleón,* por exemplo, o contrato era dotado de uma função específica, qual seja, a de atender às expectativas particulares dos contratantes e institucionalizar, relativamente, as pretensões manifestadas pela liberdade volitiva da autonomia dos indivíduos. Hoje, contudo, o instituto jurídico do contrato recebe uma nova função, não à toa denominada *social* – o vínculo contratual garante os interesses privados, mas extrapola os limites da relatividade dos efeitos e das ambições *egoístas* para proteger um ente maior: a coletividade.

A função social, então, deve ser encarada, aqui, como um princípio compositor dos institutos jurídicos. Mais do que meramente adjetivá-los, a função social reformula o próprio conceito da propriedade, da empresa e do contrato, estando este, em especial, submetido à imposição de perseguir, por meio das partes contratantes, "ao lado de seus interesses individuais, a interesses

[94] GOMES, O. *Contratos*, p. 15.

[95] LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. *In*: CANEZIN, Claude. *Arte jurídica*, pp. 02-03.

[96] GOMES, O. *Novos Temas...,* p. 03.

extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos"[97].

Sob a égide da Constituição de 1988, *funcionalizar* "significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência"[98]. Concretiza, então, a quebra do hermetismo do Direito, trazendo para a ciência jurídica elementos que transcendem a sua *intocabilidade* e a *autossuficiência* pregada pelo positivismo. Essa mesma Carta Constitucional, portanto, inaugura uma nova ordem jurídica, que alcança, logicamente, os contratos: uma *ordem social.*

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, positivamente encartado no art. 3º, I, da Constituição de 1988, é, essencialmente, a construção de uma ordem social pautada na solidariedade entre os indivíduos. Sendo o homem um sujeito eminentemente *político*, gerado para viver em sociedade, é preciso que esta seja mantida e ressalvada antes e acima do próprio sujeito individualmente considerado. A coletividade é maior que o indivíduo, e (agora o menos óbvio), também, é maior que a mera soma dos indivíduos; por isso, é preciso que ela seja solidariamente garantida, ainda que se utilizando dos institutos mais privatistas existentes: a propriedade e o contrato, agora devidamente *funcionalizados*[99].

A funcionalização dos institutos traduz, em síntese, uma mudança de foco, deixando-se de lado a preeminência do viés *conceitual* para se destacar a órbita *consequencial* da figura jurídica, ou seja, mais relevantes do que a sua composição estrutural são os efeitos e desdobramentos advindos da configuração

[97] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil,* p. 149.

[98] NALIN, P. *Do Contrato: Conceito Pós- Moderno...*, p. 215.

[99] Neste particular, ainda que não seja, efetivamente, o tema central do presente trabalho, parece ser pertinente, em poucas linhas, diferenciar a função social da propriedade e a função social do contrato. Ainda que ambas as funções sociais sejam decorrentes da solidariedade e da primazia da dignidade da pessoa humana, a propriedade *funcionalizada*, além de ter seus contornos positivamente bem delineados pela Constituição Federal (art. 186, para as propriedades rurais) e pelo Estatuto das Cidades (art. 2º, para as propriedades urbanas), prevê uma relação direta de subordinação da coisa ao sujeito, que se insere em um contexto estático de eficácia *erga omnes.* A função social do contrato, por outro lado, já contempla a natureza dinâmica e relativa do vínculo contratual, sem estar formalmente esculpida pelo ordenamento jurídico, devendo ser, entretanto, satisfatoriamente preenchida pelos princípios encartados pela ordem jurídica constitucional.

do contrato, da propriedade, da empresa etc., na sociedade. E é exatamente isso que PERLINGIERI conclui ao mencionar que o fenômeno da funcionalização identifica "o regramento de obrigações que, embora aparentemente neutro, é, na realidade, expressão da totalidade do sistema sócio-normativo"[100].

Essa constatação do autor italiano traz à tona a realidade de mútua interferência existente entre o sistema jurídico e o *mundo da vida*[101]. Da mesma forma que o Direito se traduz em uma criação artificial do homem para pacificar os conflitos sociais cotidianos, estes determinam (ou, ao menos, norteiam) a opção assumida (ou, ao menos, declarada) pelo ordenamento na determinação de condutas e na forma de proteção dos bens jurídicos.

O fenômeno da funcionalização, no âmbito do Direito Civil (ou, ainda mais particularmente, aqui, no âmbito dos contratos), é um corolário direto do movimento de *constitucionalização desse ramo jurídico*. Tendo a Carta Constitucional de 1988 como centro gravitacional de todo o ordenamento, "o direito civil, então, procurou superar a perspectiva patrimonialista que o distinguia, e voltou-se para a promoção dos valores constitucionais, especialmente no que concerne à dignidade da pessoa humana, à solidariedade social, à igualdade substancial e ao valor social da livre iniciativa (...)"[102]. Nesse sentido, mais do que protagonizar a promoção da dignidade da pessoa humana em sentido abstrato, tem-se, agora, "uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação"[103].

Ao lado da funcionalização dos institutos (ou, talvez, como elemento predecessor seu), é importante mencionar o surgimento dos *microssistemas jurídicos*, que, tendo como principais expressões a especialização do Direito

---

[100] Tradução livre de *"(...) della normativa delle obbligazioni che anche se apparentemente neutrale è, in realtà, espressione dell´intero sistema socio-normativo." In: Le Obbligazioni tra vecchi e Nuovi Dogmi*, p. 39.

[101] IHERING a denomina "vida *mundana* ou *de sociedad". In.: De Interes en los Contratos,* p. 71.

[102] TEPEDINO, G. *Temas...*, p. 22.

[103] FACHIN, Luis Edson. *O Novo Desenho Jurídico do Contrato* – apresentação à obra de NALIN, Paulo. *Do contrato – Conceito pós-moderno...,* p. 17.

Consumerista e o consequente advento do Código de Defesa do Consumidor, suprem de forma mais satisfatória a perspectiva *repersonalizada* do Direito[104]. No caso específico do Direito Civil brasileiro, o movimento de *descodificação* e o surgimento pujante dos *microssistemas* já eram diagnosticados por Orlando GOMES[105], quase que concomitantemente à teoria italiana de Natalino IRTI[106].

Este é, portanto, o panorama em que está inserido o fenômeno de funcionalização dos institutos jurídicos, como forma de superar as desigualdades sociais por meio do Direito, como mecanismo de denúncia das opções ideológicas assumidas pelo legislador e pelo jogo de interesses imperante na sociedade.

Limitando-se, aqui, ao âmbito do contrato, a função social parece não atuar apenas no estrito papel de lindar a extensão da autonomia privada. Mais do que isso, ela reformula a própria definição do liame contratual, reconstrói a essência do instituto, que retira de cena a conexão de interesses opostos para jogar luzes à natureza cooperativa da relação, chegando-se a ouvir vozes da doutrina que já proclamam a "*morte do contrato*"[107].

---

[104] Fala-se em "perspectiva repersonalizada" do Direito, aqui, para mencionar essa salutar tendência de se observar o sujeito na sua perspectiva concreta em todos os ramos jurídicos e, principalmente, no Direito Civil.

[105] Em seu *Novos Temas...*, GOMES, em 1983 – cinco anos após a primeira publicação da obra de Natalino IRTI sobre o tema –, acusa uma *reviravolta* nas funções do Código Civil, "a ponto de dizer um dos mais lúcidos observadores da realidade jurídica d´hoje que o Código Civil funciona agora como direito residual, a reger unicamente os casos não-regulados nas leis especiais, tendo perdido a sua função de direto comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares", p. 47.

[106] Sua obra mais famosa sobre o tema é *A era da descodificação*, utilizada, no presente trabalho, a sua versão em espanhol (*La Edad de la Decodificacíon*).

[107] A expressão é extraída da obra paradigma de Grant GILMORE: *The Death of Contract.* Para o autor norte-americano, doutrina do *consideration* (esta doutrina define que, para a lógica do *common law*, só é contrato aquele vínculo em que há barganha ou troca onerosa, não se considerando figuras contratuais, por exemplo, a doação, o comodato etc.) estaria sendo substituída pelos paradigmas de responsabilidade civil pautados na socialização do prejuízo e na proteção da vítima. A autonomia privada estaria perdendo lugar, portanto, o que geraria a derrocada da figura do contrato. Nesse sentido, *vide The Death of Contract*, *passim*.

2.2.2 A autonomia privada e a superação da manifestação estrita de vontade: há, ainda, um contrato?

Da mesma forma que, nos limites desta pesquisa, a relação contratual clássica encontra berço na experiência surgida em França, é a própria doutrina do país que diagnostica uma verdadeira crise do contrato[108]. Entretanto, enquanto a teoria francesa acusa uma crise contratual derivada da "multiplicação criada pelo direito do consumidor de cláusulas gerais no direito privado e no que denominavam de *hipertrofia* da cláusula geral de boa-fé em face das decisões contraditórias dos magistrados naquele país no que se refere aos contratantes"[109], o contexto da realidade brasileira parece apontar para uma fonte patológica diametralmente oposta: "esta crise tem um fundamento externo à dogmática contratual, que é a crise de confiança típica da atual fase aprofundada da sociedade pós-moderna"[110], servindo o uso das cláusulas gerais como um legítimo mecanismo de solução deste problema. A experiência francesa pareceu não ter se adaptado ao exercício de aplicação das cláusulas gerais como instrumento de reconstrução da teoria geral dos contratos. Talvez por influência da herança germânica, aliada à maior proximidade que os juristas brasileiros estão dela, as cláusulas gerais obtiveram mais sucesso na prática de nosso país do que em *l´expérience française*.

O conceito de contrato está em transformação. Mas, apesar disso, parte da doutrina considera não ser possível assumir que a sua essência "se afaste totalmente de sua finalidade clássica, vinculada à liberdade individual de conformar direitos e deveres, em vista dos interesses particulares de cada um dos contratantes, ou na linha do entendimento mencionado por Enzo Roppo, como

[108] O diagnóstico é de Cláudia Lima MARQUES, citando os juristas franceses Christophe JAMIN e Denis MAZEUD, na obra "O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais". *In.:* MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, pp. 17/86.

[109] MARQUES, C. L. *A Nova Crise...*, p. 19.

[110] MARQUES, C. L. *A Nova Crise...*, p. 20.

representação jurídica de uma operação econômica"[111]. Entretanto, essa mesma corrente doutrinária define que

> o fundamento tradicional do direito dos contratos, qual seja, da prevalência da liberdade individual (autonomia da vontade) em um amplo espaço de possibilidades na qual a lei apenas intervém de modo subsidiário, para negar validade jurídica a disposições que a contrariem (a nulidade do objeto ou das cláusulas ilícitos), dá lugar a um cenário em que a intervenção do Estado-Legislador e, sobretudo, do Estado-Juiz, se amplia no sentido de proteger uma nova concepção [social] do contrato.[112]

Ora, parece haver uma flagrante contradição num posicionamento dessa natureza: se não se pode afastar totalmente o contrato da sua acepção clássica, como pode concebê-lo como um instituto de *novos contornos*? Como assumir o seu caráter de relação direcionada em favor "dos interesses particulares de cada um dos contratantes", como "representação jurídica de uma operação econômica", se, ao mesmo tempo, a prevalência da liberdade individual abre espaço à concepção social do contrato?

Em verdade, ao que se consta, o contrato clássico não se sustenta hoje. Talvez nem exista mais[113]. O que se tem, hoje, são relações interprivadas

---

[111] MIRAGEM, Bruno. Função contratual do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In.:* MARQUES, C. L. (coord.). *A Nova Crise...*, pp. 176.

[112] MIRAGEM, B. Função contratual do contrato..., pp. 176-177.

[113] Talvez seja demasiado precipitado concluir a morte do contrato, tal como fez GILMORE (*The Death of Contract*, nota 64), mas é preciso marcar esta nova conformação do instituto. Tanto é assim que para parte de renome da doutrina, é voz ressoante que "não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta é a fase atual. Outras ainda hão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exacerbar-se-á mais ainda, ou se o princípio da autonomia da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando o terreno perdido." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 19). Entretanto, trata-se de tema que merece estudos posteriores mais aprofundados, especialmente quando se leva em conta a percepção de GILMORE de que "a lei está se movendo em direção à preocupação com a conduta objetiva e exterior do sujeito, longe de estados subjetivos da mente" – tradução livre de: "*the law was moving toward concern with objective, external conduct and away from subjective states of mind*". *The Death of Contract*, p. 43 (não se

entre sujeitos, assumidas como fonte obrigacional, imprescindivelmente funcionalizadas, cuja essência está na dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, "o contrato (...) é, sobretudo, (...) um instrumento de desenvolvimento da personalidade humana"[114].

Ora, se a conduta socialmente típica suplanta a autonomia privada, se a intervenção estatal e a revisão jurisdicional dos contratos questionam a liberdade de contratar, se os princípios da boa-fé e da função social relativizam a relatividade dos efeitos contratuais, por essas três premissas se alcança, ao menos, uma das seguintes conclusões: ou o contrato não é mais o contrato e é, sim, tudo que não um contrato; ou, então, as relações contratuais hodiernas não se enquadram no contrato e assim são denominadas por ausência de uma conceituação científica suficiente que possa definir as novas relações contratuais (de fato).

A origem do contrato clássico se mostrou, *ultima ratio*, como instrumento de expressão máxima da liberdade individual. Efetivamente, sustentou-se e encontrou o seu auge na vigência da lógica liberal do *laissez-faire*, concebida pelo insustentável e *desigual* princípio da igualdade formal. Ao contrário, o *novo contrato*, que assim se denomina tão-somente por falta de nomenclatura mais adequada para tal, surgiu como aparelho reclamado pela alvissareira realidade social e jurídica: a emancipação e a pujança dos direitos do consumidor, a afirmação dos contratos de adesão, a conformação de relações sociais dinâmicas e fluídas, a maior e cada vez mais recorrente incidência da intervenção estatal nos vínculos interprivados, a funcionalização dos institutos como elemento intrínseco à sua própria natureza, a indispensável leitura constitucional do Direito Civil, a imperiosa interpretação principiológica dos

---

olvidando o fato que a obra trata da realidade contratual do *common law* norte americano, o que poderia prejudicar, à primeira vista, a aplicação de tais ensinamentos ao ordenamento brasileiro).

[114] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. *In.:* RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*, p. 15. Nesta mesma oportunidade, crava o autor que "a nova teoria contratual, sem embargo, busca trazer um fundamento subjacente ao escopo de ordem abstrata e patrimonialista [do contrato], que vem ao encontro de uma 'racionalidade reprodutiva do sujeito', (...) imposta ao direito pelo princípio da dignidade da pessoa humana". *In.:* RUZYK, C. E. P. Os princípios..., p. 14.

vínculos contratuais, a obrigação concebida como processo[115], são apenas alguns de uma gama de componentes que forçou uma renovação do Direito Privado e, consequentemente, da teoria dos contratos.

A partir dessa nova visão (constitucionalizada) do Direito, o contrato também se renova. Paralelamente à propriedade que, "desde Weimar, traz consigo uma carga obrigacional a seu titular (*a propriedade obriga*), o mesmo raciocínio pode ser transportado para os negócios jurídicos: *a liberdade também obriga*!"[116].

Diante de tudo o que se apresentou até o momento, principalmente tendo como premissas básicas do *contrato contemporâneo* ***i)*** a superação da vinculação máxima entre negócio jurídico bilateral e manifestação volitiva, e ***ii)*** o corolário de que "a liberdade obriga", parece salutar questionar por que é que os contratantes se vinculam e sob que(ais) fundamento(s) a declaração de vontade se torna exigível em um contrato. E a resposta para tais questionamentos quem dá é Darcy BESSONE: após elencar sete razões[117], o autor arremata dizendo que a declaração de vontade obriga na medida em que, assumindo a condição de instrumento natural e indeclinável,

> para ser eficaz é necessário que seja obrigatória, sempre que possa afetar interesses alheios. O contrato sempre os afeta. (...) se os afetar, será imprescindível que o seu cumprimento possa ser compelido *manu militari.* A sanção é essencial à segurança das relações jurídicas, pois quem é beneficiário de uma promessa deve poder contar com a sua execução. Aí está, portanto, uma razão ou necessidade social justificativa da obrigatoriedade das declarações que afetem ou possam afetar interesses alheios e, por conseqüência, do contrato, que sempre os afeta[118].

---

[115] Sobre o tema, emblemática é a obra de Clóvis do COUTO E SILVA, sobre a qual se debruçará oportunamente.

[116] NALIN, P. *A boa-fé como elemento...*, p. 350.

[117] BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral,* p. 19.

[118] BESSONE, D. *Do Contrato...,* pp. 22-23.

De fato, é possível que um sujeito de direitos nunca venha a experimentar, ao longo de sua vida, os efeitos do matrimônio, da avulsão de propriedade imóveis, da constituição de uma pessoa jurídica ou dos regramentos dos codicilos. Todavia, é verdadeiramente impensável que uma pessoa passe uma vida inteira sem celebrar um único contrato sequer, ainda mais diante da figura dos contratos fáticos. Dessa forma, inevitáveis serão as relações contratuais entre os sujeitos, que, quer sejam provenientes de manifestação inequívoca de vontade, quer derivem de *mera* conduta social típica, necessariamente vincularão os indivíduos.

Quando se faz menção à obrigatoriedade dos contratos, deve-se ressaltar a diferença salutar existente entre tal vinculação e o princípio do *pacta sunt servanda.* Isso porque, em parcas linhas, enquanto o ditame principiológico romano dispõe sobre a imutabilidade da relação contratual a toda prova, sobressaltando os interesses particulares e a relatividade das *sequelas contratuais*, a obrigatoriedade do contrato traduz a exigibilidade do vínculo, dentro das *justas expectativas* dos contratantes, mas considerando, como carro chefe, a proteção (ou promoção) da dignidade da pessoa humana, que, necessariamente, levará o contrato a gerar efeitos para além das partes.

Quando se busca desconstruir a incidência cega do princípio do *pacta sunt servanda* ou quando se refuta a manifestação volitiva como elemento *sine qua non* da relação contratual, é preciso elucidar, portanto, que não se está opinando de forma contrária às características de exigibilidade e obrigatoriedade do contrato. Em sentido oposto, estas características devem ser marcadamente confirmadas nos vínculos interprivados hodiernos, sob pena de se esvaziar o *real propósito do contrato*[119]*.*

De forma inequívoca, o atual Código Civil, de 2002, fomenta os mesmos princípios clássicos do contrato moderno construído pelo *Code*, mas estes, por sua vez, são "revistos à luz de uma nova orientação axiológica, lastreada na eticidade, socialidade e operacionalidade da lei civil"[120]. Ou seja, embora a

[119] Sobre o "real propósito do contrato" e os novos contornos deste instituto jurídico, *vide* item 2.2.4, abaixo.

[120] NALIN, Paulo. *Contrato – Conceito Pós-Moderno*..., p. 112.

exigibilidade do liame contratual seja inerente ao próprio instituto, tal não deve ser visto como dogma.

A revisão e a relativização dos efeitos do contrato são salutares à observância de preceitos maiores, que transcendem os limites da estrita manifestação de vontade dos contratantes, sobrepondo o coletivo ao individual. O maniqueísmo afirmativo do aspecto volitivo como indispensável à conformação do contrato não mais subsiste, uma vez que "a explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo que inexistente – é sobrevivência da ciência do direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento"[121]. Mais do que o destaque na vontade, a pujança hoje está, exatamente, no movimento de funcionalização do instituto, como forma de valorização do sujeito *de carne e osso*[122] e não como *secundarização* do indivíduo sob a ótica de mero elemento da relação interprivada.

2.2.3 O "contrato constitucional" e o princípio da boa-fé

Já é letra predominante na teoria jurídico-privada hodierna de que o princípio da boa-fé se mostra como um dos elementos intrínsecos à formação prática e conceitual dos contratos[123]. Como já mencionado anteriormente, a sua importância é tamanha ao ponto de parte da doutrina considerar que "nessa base de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, (...) o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que simples princípio informativo do que

[121] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*, p. 36.

[122] A expressão emblemática, que, embora trivial à primeira vista, tem fundamental significado neste movimento de repersonalização do Direito Civil, é atribuída a Pietro BARCELLONA.

[123] Apenas para citar alguns, ficam-se os nomes de Judith MARTINS-COSTA (*Da boa-fé no direito privado*), Paulo NALIN (*A boa-fé como elemento...*), Humberto THEODORO JR. (*O contrato e seus princípios*), Cláudia Lima MARQUES (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais)* António MENEZES CORDEIRO (*Da Boa-Fé no Direito Privado*) António JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*O princípio da boa-fé nos contratos*).

conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo"[124].

Esse princípio traz dois elementos imprescindíveis ao *novo contrato*: a confiança e a previsibilidade, que, por sua vez, se desdobram em três deveres específicos aos contratantes:

> a) os deveres de *proteção,* que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sem eles pessoais ou patrimoniais; b) os deveres de *informação*, em especial quanto às circunstâncias que possa ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca; c) deveres de *lealdade*, para evitar comportamentos que traduzam deslealdade para com a outra parte[125].

Isso quer dizer que, conforme a boa-fé, as condutas de um contratante devem ser de tal forma a não frustrar as justas expectativas do outro. E fala-se, aqui, em atuação *conforme a boa-fé* para especificar a circunstância da boa-fé *objetiva*, corolário do direito contratual, sem, entretanto, se desconsiderar a configuração da boa-fé subjetiva.

Estabelecendo um paralelo distintivo, a partir da teoria portuguesa, a qual facilmente se amolda à doutrina nacional, a boa-fé subjetiva, como o próprio nome sugere, que se "reporta a um estado *subjectivo,* tem em vista a situação de quem *julga actuar em conformidade com o direito,* por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior"[126]. Já a boa-fé objetiva traduz "uma *regra jurídica*, é um *princípio normativo transpositivo* e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de *cláusulas gerais.* Não contém, ele próprio, a solução, antes consagra o *critério* da solução, carecendo para o efeito da *mediação concretizadora* do aplicador, *maxime* do juiz"[127].

---

[124] NALIN, P. *A boa-fé como elemento...*, p. 334.

[125] LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Teoria Geral das Obrigações*, p. 81.

[126] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil,* p. 125.

[127] MOTA PINTO, C. A. da. *Teoria Geral...,* p. 125.

A pujança da aplicação do princípio da boa-fé aos contratos ganhou destaque com a especialização do Direito do Consumidor, mormente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Daí em diante, a interferência desta via principiológica só fez crescer, sendo alçada, hoje, ao *status* de modulador das relações contratuais, tanto que o próprio Código Civil define que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"[128].

Não obstante a delimitação dos limites do contrato, é certo que o princípio da boa-fé gera efeitos para além da relação contratual formal, ou seja, faz surgir deveres de natureza pré e pós-contratuais[129]. A boa-fé, portanto, passa a ser não apenas aplicável "à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Para fins do princípio da boa-fé objetiva são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato"[130] [131].

A menção às jurisprudências anteriormente apresentadas serve para encartar outro marco inerente ao princípio da boa-fé: não se trata de imperativo abstrato de aplicação artificial, mas, pelo contrário, de legítimo realizador concreto da justiça entre os sujeitos, ou, aqui mais especificamente, entre os contratantes; dessa forma, a boa-fé demanda um exame das condutas individuais e coletivas no bojo real e efetivo das circunstâncias de cada caso.

---

[128] Artigo 422, Código Civil de 2002.

[129] Este é o ponto chave de que se vale a doutrina para criticar a letra do artigo 422, do Código Civil, na medida em que limita a incidência da boa-fé ao limite objetivo do contrato. O dispositivo é, portanto, "insuficiente, pois só fala em conclusão — o momento em que se faz o contrato — e execução. Não fala nada do que está para depois, nem falava do que estava antes. Finalmente, ainda a propósito das insuficiências, o artigo fala apenas em execução, no momento final, e muitas vezes o caso na verdade não chega a ser de execução, mesmo que dilatemos a expressão em português 'execução'". *In.:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos.* Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm. Acesso em: 20/04/12.

[130] LÔBO, P. L. N. *Teoria Geral...*, p. 83.

[131] Esse é o entendimento da jurisprudência: AC 5333366 PR 0533336-6 - Relator: Costa Barros - Data de Julgamento: 06/05/2009 - 12ª Câmara Cível - Data de Publicação: DJ: 145; AC 515289 SC 2007.051528-9 - Relator: Nelson Schaefer Martins - Data de Julgamento: 16/12/2011 – 2ª Câmara de Direito Civil (*vide* ANEXOS).

Não somente sob a ótica concreta, a hermenêutica contratual, quando guiada pela boa-fé, deve levar em conta o caráter sistêmico do ordenamento, que pressupõe duas condições: a impossibilidade de interpretações fragmentadas e a sobre-elevação da Constituição Federal como centro gravitacional de todo o sistema jurídico. A partir disso, portanto, os contratos deixam a sua esfera exclusivamente privatista para serem norteados, fundamentalmente, pelo próprio texto constitucional, em especial no que diz respeito à dignidade do sujeito de direitos.

Se antes prevalecia, e bastava em si, o interesse privado encartado pelo Código Civil nas relações contratuais, este – interesse privado – se adéqua à função social do contrato, em que predomina a proteção da dignidade da pessoa humana, promovendo-se mais o aspecto pessoal do que efetivamente o patrimonial. Tem-se, então, uma espécie de *contrato constitucional*, em que os fundamentos e os objetivos da República assumem papel de protagonismo[132].

A leitura constitucional do contrato e o norteamento dado pela boa-fé justificam, em última análise, a ampla maioria dos fatores vigentes na teoria contratual hodierna, tais como a possibilidade de revisão/resolução contratual por onerosidade excessiva[133], a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas em contratos de consumo[134], enfim, uma gama de elementos que busca, em última análise, o equilíbrio, a previsibilidade e a segurança nas relações contratuais celebradas. Nessa toada, portanto, o fundamento máximo da boa-fé está em proibir "que se cometa *abuso* com pretensões jurídicas formal ou aparentemente fundadas. A boa-fé quer proteger (...) contra as exigências impertinentes, que conflitam com o direito e a equidade"[135].

---

[132] Segundo o art. 1º, da CF/88, são fundamentos da República, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e a cidadania, da mesma forma que, nos termos do art. 3º, são exemplos de objetivos da República a construção de uma sociedade solidária e a promoção do bem de todos.

[133] Artigos 478/480, do Código Civil de 2002.

[134] Artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

[135] Tradução livre de: "(...) *que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad*." ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, p. 19.

A leitura do liame contratual pela lente da boa-fé parece ser, portanto, desdobramento lógico do movimento, já descrito, de *constitucionalização do Direito Civil*, em que se mostram essenciais os fenômenos da *despatrimonialização* (o contrato deixa de ter como mote central a promoção do *ter* para vangloriar o *ser*) e da *repersonalização* (o sujeito – aqui, o contratante – deve ser considerado, sempre, no âmbito das suas particularidades e necessidades concretas do dia-a-dia, não mais como elemento artificial da relação jurídica, mas como centro de todo o ordenamento jurídico)[136]. Enfim, reconhece-se a importância que essa leitura principiológica tem na atual conjuntura da teoria contratual, devendo estar alocada sempre em paralelo à função social do contrato, ambos (boa-fé e função social) princípios derivados da imprescindível leitura constitucional desse instituto (contrato), concebido em um mundo dicotômico do Direito Público e Direito Privado, mas criado em um sistema unitário e eclético que busca, cada vez mais, superar essas diferenciações artificiais, com validade e importância questionáveis.

Adiante, abordar-se-á o conceito do princípio da boa-fé novamente, mas com a peculiaridade de encará-lo a partir do ponto de vista das relações contratuais de fato. Verdadeiramente, em se tratando de contratos, o princípio da boa-fé, ainda mais neste particular das *relações contratuais fáticas*, não haveria de ser encarado de outra forma que não esta apresentada acima. Entretanto, é certo que para esta abordagem das relações contratuais de fato, a boa-fé, que já se mostrava importante, se apresenta com papel de protagonismo ainda mais acentuado. É o que se vislumbrará adiante[137].

2.2.4 A obrigatoriedade e o real propósito do contrato

Tudo o que se enfrentou até agora é indispensável à completude do estudo que se propõe construir com este trabalho. Na medida em que o presente capítulo vem, por meio de uma análise histórico-evolutiva, demonstrar como era

[136] TEPEDINO, G. *Temas...,* p. 35.

[137] Para tanto, *vide* item 4.1.2.2, abaixo.

no início do século XIX e como se apresenta o instituto jurídico dos contratos nos dias de hoje, este tópico do estudo pretende consolidar as bases do porvindouro exame das relações contratuais fáticas, ou seja, liames de natureza contratual firmados a partir de condutas socialmente típicas, mas desprovidas de manifestações volitivas. Deve-se, portanto, aqui, como ponto de intersecção entre o estudo dos *contratos* e o estudo dos *contatos*, esmiuçar algumas questões enfrentadas anteriormente e concluir outras, ainda inacabadas.

A primeira delas, salutar ao objeto ora enfrentado, é definir qual o real propósito do contrato. E essa análise serve, também, para dirimir certa incongruência que parece ter ficado lastreada acima.

Afirmou-se anteriormente, e, aqui, volta-se a dizer que talvez seja possível afirmar que o contrato clássico não mais exista nos dias de hoje. Da mesma forma, sustentou-se (e, novamente, se sustenta) que os elementos de exigibilidade e obrigatoriedade do contrato (características eminentemente clássicas) não podem ser afastados, sob pena de se desnaturar o conceito e o propósito do contrato. E é nesse contexto que se inserem duas questões basilares: ***i)*** como compatibilizar tais ideias (exigibilidade clássica / contrato contemporâneo) e ***ii)*** qual é o efetivo *propósito* do contrato.

Para a primeira questão, a resposta parece ser mais singela. Para a segunda, mais árdua.

As características de exigibilidade e obrigatoriedade estão no âmago do contrato que é, exatamente, a vinculação intersubjetiva voltada à criação de efeitos jurídicos. Ou seja, não se vislumbrar o aspecto cogente e exigível do contrato é deixar de garanti-lo como protetor dos interesses/expectativas dos contratantes (e, por que não, de toda a coletividade), em caso de descumprimento, mesmo que não haja manifestação de vontade expressada. A obrigatoriedade do contrato, portanto, parece repousar mais no seu aspecto patológico de inadimplência do que propriamente na sua vinculação estritamente considerada. E a exigibilidade parece estar adequada à lógica contratual hodierna na medida em que se reveste pela função social do contrato.

Os interesses individuais, cuja promoção é buscada pela relação contratual, “só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser *igualmente* tutelados”[138]. A proteção dos anseios privados, portanto, não deixa de fazer parte do cerne do contrato, mas agora, porque funcionalizado, o liame contratual deve impor aos contratantes "a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar”[139].

A função social, concebida não como elemento adjetivador, mas como peça intrínseca do próprio conceito de relação contratual, mantém a condição de obrigatoriedade do contrato. Entretanto, supera a limitação relativa do contrato e, principalmente, a proeminência da sua natureza patrimonial: garante os interesses externos, priorizando a proteção ao valor supremo do ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana. E essa última constatação, de certa forma, já traz à tona o segundo debate, por meio do qual se busca conceber o real propósito do contrato e, consecutivamente, definir uma nova conceituação para tal instituto.

Pela ótica tradicional da relação contratual, umbilicalmente ligada à expressão máxima da autonomia da vontade, parece acertado definir o contrato com ênfase em seu aspecto econômico ou, mais, voltado à satisfação das pretensões individuais dos contratantes. Porém, colhendo-se o que até aqui foi plantado, especialmente no que tange à desconexão da vontade e do contrato, bem como à proteção dos interesses da coletividade, essa definição já não mais encontra espaço.

O contrato tinha como propósito central a circulação (e a geração) de riquezas, a partir de interesses contrapostos. Hoje se pode falar em interesses convergentes, de mútua colaboração, que já não mais se vinculam necessariamente à satisfação econômica. Ganha destaque a satisfação da

[138] TEPEDINO, G. *Temas...,* p. 151.

[139] TEPEDINO, G. *Temas...*, p. 153.

plenitude humana, considerando os contratos, agora, como relações jurídicas, em regra *fluídas*, voltados à organização da vida em sociedade, garantidores da dignidade dos sujeitos de direito, a partir de vínculos exigíveis e relativos[140].

Essa ideia de contrato se preocupa com a faceta dinâmica das relações interpessoais, no sentido de "(...) levar mais em conta o modo e o tempo da dinâmica obrigacional, ressaltando não uma exposição estática sua, com a pretensa de *fotografá-la* em si, mas *filmando-a:* capturar o seu movimento, seu desdobramento simples e complexo, que se substancia em uma evolução de atos previsíveis e imprevisíveis, das partes ou de terceiro, voltada à implementação da relação obrigacional"[141]. Não bastasse ser dinâmica, a relação contratual é, em si, complexa – supera o binômio artificial de um credor e um devedor, vinculados por uma obrigação principal e uniforme.

Ora, isso se deve ao fato de não se poder "pensar em uma oxigenação do direito das obrigações (até mesmo por provocações de uma interpretação crítica) se a relação jurídica obrigacional continuar a ser tratada como um binômio de crédito e débito"[142]. Ou seja, "a idéia da obrigação simples, todavia, torna-se cada vez mais meramente acadêmica e mais inútil para compreensão da disciplina na realidade cotidiana. A maior parte das relações jurídico-obrigacionais são [sic]

[140] Ressalta-se que a ideia de relatividade, aqui, encarta a oposição à noção de *erga omnes,* não guardando relação com os efeitos gerados pelo vínculo contratual, mas tão-somente representando um liame pontual e determinado ou, ao menos, determinável entre sujeitos de direito. Essa relatividade da relação não se confunde à concepção clássica da *relatividade dos efeitos*, que assumia a efetividade do contrato adstrita aos seus partícipes, desconsiderando (de modo artificial) os reflexos gerados pela relação contratual perante terceiros, inicialmente alheios ao vínculo estabelecido.

[141] Tradução livre de: "(...) *a dare maggior conto dei modi e dei tempi della dinamica della obbligazione, puntando non su uma sua esposizione statica, com la pretesa di fotografarla in sé, ma filmandola: cogliendone il movimento, le sue vicenda semplici e complesse nelle quali si sostanzia, in un continuo di atti prevedibili ed imprevedibili, delle parti interessate o di terzi, volti o no all´attuazione del rapporto obbligatorio*." *In.:* PERLINGIEIRI, Pietro. *Le Obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, p. 22.

[142] LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete (org). *Arte Jurídica*, p. 288.

complexas, vez que ambas as partes ocupam, simultaneamente, posições ativas e passivas"[143].

Tendo o mote central, já descrito, do liame contratual como relação jurídica *organizadora da vida social, voltado à garantia e promoção da dignidade e da plenitude humanas,* e tendo como plano de fundo a ideia da complexidade e da dinamicidade, poder-se-ia questionar qual a diferença entre uma relação contratual e uma relação extracontratual dentro desse panorama. Ainda mais quando se está diante do cerne do objeto de estudos ora perscrutado, que é, exatamente, a desvinculação do contrato do dogma da vontade e, consequentemente, a possibilidade de surgimento de contratos derivados exclusivamente de *condutas sociais típicas.*

Adiantando o que será mais pormenorizadamente visto adiante (*vide* capítulo 4), a diferenciação está na própria intensidade da relação e na sua exigibilidade, com o que se denomina de *circunstância negocial*[144], aliada à incidência proeminente do princípio da boa-fé nas relações contratuais. Também antecipando o que se verá, no âmbito da responsabilidade civil, ou, mais genericamente falando, na esfera *patológica* das relações cotidianas, a diferenciação entre responsabilização contratual e responsabilização extracontratual ainda se justifica. Embora haja doutrinas de renome que se posicionem contrárias à dicotomia[145], adota-se, aqui, um posicionamento favorável

---

[143] LEONARDO, R. X. *Direito das obrigações...*, p. 287.

[144] "*A composição do negócio jurídico pode ser vislumbrada pela conjugação de elementos intrínsecos e extrínsecos. Estes, também denominados de pressupostos, são o agente, o lugar e o tempo; aqueles, denominados elementos constitutivos, são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais*". *In.:* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia, p. 33.

[145] Aqui, teorizações interessantes são colocadas, especialmente no que tange à *culpa in contrahendo* e, de certa forma, à responsabilidade derivada dos *contatos sociais* (R. X. LEONARDO cita, nesse sentido, Paulo NALIN – *Responsabilidade Civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial* – e Caio Mario da Silva PEREIRA – *Instituições de Direito Civil, v. II* – como dois importantes marcos partidários desta linha de pensamento). Entretanto, mais à frente se demonstrará a incompatibilidade entre este posicionamento *unitário* da teoria da responsabilidade civil e o contato social.

a essa distinção, especialmente pautado nas lições de Rodrigo Xavier LEONARDO[146].

Portanto, embora todas as relações – jurídicas e sociais – tenham (ou devam ter) a dignidade da pessoa humana como elemento central, há de se diferenciar as de natureza contratual das de roupagem extracontratual, distinção que cresce em dificuldade quando se conduz a autonomia da vontade a um papel de coadjuvante na composição dos liames contratuais.

Esse tema em particular será enfrentado novamente à frente com maior afinco. Por ora, calha reconhecer e levar adiante essa nova realidade em que está inserido o instituto jurídico do contrato, a partir da sua *funcionalização* e do seu desprendimento do dogma volitivo dos sujeitos, norteado, sempre, pela expressão máxima do princípio da boa-fé.

[146] R. X. LEONARDO, embora caracterize o vínculo contratual como aquele constituído pela autonomia da vontade, o que aqui se está a refutar, destaca a manutenção da dicotomia especialmente pelos argumentos de que: *i)* do ponto de vista substancial, a culpa já não é mais o elemento chave da responsabilização, mas sim o dano; *ii)* do ponto de vista estrutural e legislativo, o prazo prescricional é diferente (de três anos para o dano extracontratual; dez anos para o contratual); para a reclamação judicial de reparação do dano contratual, há necessidade de prévia constituição em mora; o termo *a quo* da fluência dos juros de mora é diferente; o ônus probatório é distinto em ambas as situações. Enfim, há uma série de fatores que parecem apontar para a salutar manutenção dessa diferenciação. *Vide:* LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *In.: Revista de Direito Privado,* pp. 265/66.

3. A TEORIA DO CONTATO SOCIAL: DA ABSTRAÇÃO SOCIOLÓGICA À CONCRETUDE JURÍDICA

O homem não vive, convive

Como se viu na primeira parte deste estudo, já é possível reconhecer o surgimento de relações contratuais que não derivam automática e imprescindivelmente do aspecto volitivo dos contratantes, mas, sim, de condutas sociais típicas, que compõem as assim chamadas *relações contratuais de fato*, das quais se voltarão olhos, especificamente, àquelas decorrentes dos *contatos sociais* entre os indivíduos. E para que mais bem se compreenda tal perspectiva, que será aprofundada no capítulo quarto *(As relações contratuais fáticas e a responsabilidade civil derivada do contato social*), mostra-se necessário analisar o conceito de *contato social*, que será esboçado sob duas perspectivas: a estritamente sociológica, a partir, fundamentalmente, das teorizações de Leopold Von WIESE e Talcott PARSON, e a jurídica, que formará o componente basilar do tema desenvolvido na parte última deste estudo.

3.1 O contato social sob a ótica sociológica

Como já pontuado, o marco teórico que norteará a análise deste tópico em particular é o alemão Leopold Von WIESE, cujos estudos foram eminentemente voltados à análise das relações sociais entre os sujeitos, concebidas como *processos sociais.* Paralelamente às teorizações wiesenianas, tangenciar-se-á o conceito parsoniano de *sistema social,* que parece se encaixar perfeitamente à proposta aqui desenvolvida. Em caráter de ressalva, é fundamental pontuar que a ênfase nesses dois autores não descarta a utilização de outras teorias sociológicas que, de uma forma ou de outra, complementam o estudo em questão.

3.1.1 A teoria da associação de Leopold Von WIESE e o sistema social em Talcott PARSONS

A teoria das relações contratuais fáticas, ou teoria jurídica dos atos existenciais[147], ou, ainda, teoria dos atos de tipicidade tráfica[148], sob a perspectiva ora adotada, imprescinde de uma dissecação do conceito de *contato social*, desenvolvido, em sua essência, a partir da teoria da associação de Leopold Von WIESE, sociólogo alemão do final do século XIX[149].

Os estudos de WIESE partem do conceito-base do *Eu-social*, ou seja, do sujeito concebido como ente partícipe da sociedade, interacionista do meio social. A partir desse ponto inicial, buscando entender a essência da interação entre os indivíduos e do indivíduo com os grupos em que está inserido, o autor desenvolve os conceitos de *distância*, *processo social* e, finalmente, de *contato social*[150]*.* Contudo, antes de adentrar à concepção wieseniana de *contato social*, parece salutar dar um passo atrás e resgatar algumas ideias importantes da teoria de Talcott PARSONS, especialmente no que tange à sua definição de *sistema social.*

A partir de um viés pautado no aspecto dinâmico do comportamento humano, PARSONS define o sistema social como o "sistema constituído pela interação direta ou indireta de seres humanos entre si"[151]. Ou seja, dentro desse

[147] Terminologia extraída de BECKER, Verena Nygaard. *A categoria dos atos existenciais – transformação da concepção clássica do negócio jurídico*. Esse estudo se pauta, fundamentalmente, nas lições de Clóvis do COUTO E SILVA, cujos estudos serão mais bem analisados adiante.

[148] A expressão é de PONTES DE MIRANDA, em seu *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII.

[149] Um dos nomes mais relevantes da escola sociológica formal alemã, WIESE buscou sistematizar, ao longo dos seus estudos, as relações e as formas sociais, a partir do desenvolvimento do conceito de *contato social*, corolário da sua *teoria da associação.* Nesse sentido, *vide:* WIESE, Leopold Von; BECKER, H. O Contacto Social. *In.*: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). *Homem e Sociedade: leituras básicas de sociologia geral.*

[150] WIESE; L. V.; BECKER, H. O Contacto Social, pp. 134 e ss.

[151] PARSONS, Talcott. O conceito de sistema social. *In.:* CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). *Homem e Sociedade...,* p. 49.

sistema, estão imersos *todo* e *qualquer* processo de interação entre indivíduos, incluindo, por consequência, o *contato social*[152]. O estudo do sistema social leva em conta a análise do comportamento humano, que deve ser visto "em termos de um quadro de referência comum que alguns sociólogos intitulam de perspectiva da 'ação'"[153]. Para tanto, compreende-se comportamento como "um modo de relação entre um ator, isto é, um organismo ou uma coletividade socialmente organizada, e uma situação que pode ser concebida como um sistema de objetos dos quais os mais importantes são 'objetos sociais', isto é, outros atores"[154].

O conceito chave da teorização parsoniana, neste particular, parece ser o de *interação social*. Isso porque um sistema social consiste "numa pluralidade de atores individuais interagindo mutuamente numa situação que tem pelo menos um aspecto físico ou ambiental"[155]. Esse conceito, portanto, pressupõe a incidência de particularidades de cultura e de personalidade dos partícipes do *sistema social,* atores dos *contatos sociais*, na composição deste próprio sistema, uma vez que "sem personalidade e cultura não poderia haver sistema social"[156].

Dentro do contexto do sistema social, é possível identificar as particularidades das relações interindividuais, que compõem a lógica do *contato social*. E é a partir dessa premissa, portanto, que se passa a analisar, com maior profundidade, a teoria de WIESE e, consequentemente, a concepção sociológica de *contato social.*

Leopold Von WIESE tem como objeto fundamental de sua sociologia a vida em sociedade, considerada a partir de uma perspectiva dinâmica dos

---

[152] Dentro dessa lógica, PARSONS pontua o “engano grave” que é “identificar o conceito de sociedade com o de sistema social”: em sendo todo processo de interação entre indivíduos aptos a constituir um sistema social, “uma sociedade não é somente um sistema social, mas também uma rede muito complexa de subsistemas inter-relacionados e interdependentes, cada um dos quais constitui de per si um outro sistema social autêntico.” (PARSONS, T. O conceito de sistema social..., p. 50). Assim, a sociedade não se resume ao conceito de sistema social, mas, extrapolando essa definição, contempla uma gama de sistemas menores, concatenados entre si.

[153] PARSONS, Talcott. O conceito..., p. 49.

[154] PARSONS, T. O conceito..., p. 49.

[155] PARSONS, T. Os componentes do sistema social. *In.:* CARDOSO, F. H.; IANNI, O. (orgs.). *Homem e sociedade…*, p. 58.

[156] PARSONS, T. Os componentes..., p. 59.

processos de aproximação e afastamento entre os indivíduos. E, para tanto, busca aprofundar seus estudos nos movimentos de dissociação e associação constantemente realizados pelos indivíduos, em todas as dimensões sociais possíveis. E o surgimento dessas associações e dissociações, traduzidas nos mecanismos de aproximação e afastamento entre os sujeitos, é obra da atividade dos *contatos sociais*[157].

Na verdade, aqui, há de se fazer a ressalva que os contatos sociais, como fenômenos de curta duração, não constituem, em si, processos sociais de associação e dissociação, mas "podem, todavia, desencadeá-los, dando origem a novas relações sociais. Os contatos sociais provocam, também, modificações e até a eliminação de relações já existentes"[158]. Essas relações, por sua vez, podem ser encaradas como distâncias sociais específicas. A fim de explicar essas distâncias, quase infinitamente diferenciadas, o sociólogo evidentemente tem de "deslocar-se do ponto de vista estático para o dinâmico, pois somente assim poderá compreender a natureza do fluxo incessante dos processos sociais, sem os quais as distâncias específicas e os *padrões gerais* por elas determinados não poderiam manter-se"[159].

Os contatos sociais são, portanto, "aqueles que não envolvem necessariamente o aparecimento de relações relativamente estáveis"[160]. Ou seja, na medida em que permitem um *relaxamento das interações,* definem-se como "fenômenos de duração relativamente limitada, que não manifestam com clareza a intenção associativa de uma ou de ambas as pessoas sem contacto"[161].

---

[157] Para WIESE, portanto, "todas as relações de aproximação e afastamento se iniciam por meio de contactos, no sentido mais amplo dêste termo. Os contactos podem ser considerados processos sociais, mas, muito embora tôdas as relações inter-humanas resultem de processos inter-humanos, nem todos êstes processos provocam relações". *In.:* WIESE, L. V.; BECKER, H. *O Contacto Social*..., p. 136.

[158] ZANITELLI, Leandro Martins. *A noção de contato social, da sociologia à teoria unitária das obrigações de C. do Couto e Silva.* Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/zanitel1. htm. Acesso em: 10/05/2012.

[159] WIESE, L. V. *O contato social*, p. 139.

[160] WIESE, L. V. *O contato social,* p. 136.

[161] WIESE, L. V. *O contato social*, p. 136.

A primeira conclusão que se extrai desse conceito, então, é a de que os contatos sociais são a essência da vida humana em sociedade. Isso porque, conforme o próprio WIESE define, "uma grande parte do conteúdo da vida humana não consiste em atividades individuais psíquicas ou físicas, nem tampouco na soma delas, mas, sim, nas influências mútuas entre os homens e nas relações entre uma multiplicidade destes"[162].

A segunda conclusão que se alcança neste bojo é a de que, em sendo o conceito de contato social algo genérico e demasiadamente abstrato, pode significar tanto processos sociais duradouros, com vínculos que se estendem no tempo, quanto meros contatos efêmeros, que não geram qualquer consequência direta[163]. Ainda dentro dessa lógica de contato social perene ou transitório, WIESE estabelece uma categorização dos contatos, a partir, fundamentalmente, da distância entre os indivíduos: os contatos podem ser primários e secundários; voluntários e involuntários; simpáticos e categóricos[164].

Definem-se por contatos primários aqueles estabelecidos "diretamente por meio dos sentidos; pessoas em contacto primário devem encontrar-se numa proximidade física relativa"[165]. Consequentemente, são secundários os contatos que se "realizam indiretamente e geralmente envolvem separação física; esta categoria compreende cartas, telegramas e outros meios semelhantes de comunicação"[166].

Seguindo a classificação de WIESE, contatos voluntários e involuntários, como a própria nomenclatura sugere, diferenciam-se entre si na medida em que aqueles são derivados da intencionalidade na ação dos indivíduos

[162] Tradução livre de: "Una gran parte del contenido de la vida humana no consiste em las actividades individuales psíquicas ni físicas, ni tampoco en la suma de ellas, sino en las influencias mutuas entre los hombres y en las relaciones entre una multitud de éstos.". *In.:* WIESE, Leopold Von. *Sociologia – Historia y principales problemas,* pp. 152-153.

[163] Como exemplo, pode-se considerar um contato duradouro como aquele derivado de um vínculo matrimonial. Da mesma forma, como exemplo de contato efêmero tem-se um cumprimento reciprocamente realizado por duas pessoas quando atravessam uma rua.

[164] Nesse sentido, *vide* WIESE, L. V. *O contato social*, pp. 140 e ss.

[165] WIESE, L. V. *O contato social*, p. 140.

[166] WIESE, L. V. *O contato social*, p. 141.

em estabelecerem um contato mútuo, enquanto que são involuntários aqueles contatos gerados pelo acaso, pelas circunstâncias da vida em sociedade que não necessariamente estão vinculadas ao aspecto volitivo da atuação humana.

Finalmente, são contatos simpáticos aqueles configurados "quando duas ou mais pessoas se encontram e a atenção ou repulsão se torna evidente para uma ou mais pessoas num tempo extremamente breve, em alguns casos em uma fração de segundos"[167]. Esses contatos podem ser qualificados, portanto, como positivos ou negativos, a depender da reação gerada no indivíduo contatado. Já os contatos categóricos são posteriores ao simpático: em alguns casos de aproximação entre sujeitos, "a sensação de atração ou repulsão nem sempre é evidente. Frequentemente um recém-chegado não suscita nenhuma preferência ou desgosto na sua primeira aparição. A reação é mais objetiva; e as emoções ligadas a simpatia e antipatia são inibidas por critérios racionais ou por padrões socialmente estabelecidos"[168]. Este é o contato categórico.

Como se observa, essa categorização não é estanque em si, e seus elementos não são *de per si* suficientes. Tanto é assim que, por exemplo, os contatos simpático e categórico só têm espaço no âmbito do contato primário, ou seja, dentro do vínculo físico e concreto estabelecido entre sujeitos; da mesma forma, como outro exemplo, os contatos próximo (primário) e remoto (secundário) não são obrigatoriamente antagônicos: "por vezes, um contacto físico pode despertar a influência adormecida de um contacto secundário, assim como um contacto secundário pode provocar uma atitude favorável e receptiva para um contacto primário"[169].

As categorias aqui apresentadas serão pertinentes quando se for analisar o conceito de *contato social* a partir da órbita jurídica. Isso porque, conforme se concluirá adiante, o *tipo de contato* mantido entre os sujeitos é decisivo para determinar, por exemplo, a natureza jurídica dessa relação –

[167] WIESE, L. V. *O contato social*, p. 143.

[168] WIESE, L. V. *O contato social*, p. 144.

[169] WIESE, L. V. *O contato social,* p. 150.

contratual ou extracontratual – e, consequentemente, o contorno da responsabilidade em caso de configuração de um dano.

Antecipando algumas conclusões que serão apontadas em seguida, se se utilizar a classificação de WIESE acima, só se pode falar em relação contratual fática se for proveniente de *contato social* primário, ou seja, vínculo direto entre os sujeitos, sem a intermediação de qualquer mecanismo, ainda mais se se levar em conta o viés aqui adotado do desprendimento entre o conceito de contrato e o *dogma* da manifestação volitiva dos contratantes. Com relação aos contatos voluntários e involuntários, tais não se adéquam à teoria das relações contratuais de fato, exatamente porque pressupõem a configuração do aspecto volitivo à relação, o que não se vislumbra pela ótica aqui adotada.

3.1.2 As relações sociais como elementos geradores de responsabilidade

O *contato social*, como se viu, é um fenômeno que pode gerar, a depender do grau de intensidade e da distância entre os indivíduos, concretas relações sociais. Estas, por sua vez, significam, exatamente, situações particulares de (maior ou menor) distância entre indivíduos, tomadas em momentos específicos do processo de associação e dissociação. São, em síntese, portanto, o resultado de processos sociais concebidos em instantes determinados.

A depender dos reflexos práticos dos contatos mantidos em sociedade, estes podem gerar responsabilidades de reparação de danos em favor dos prejudicados. Para os causadores do dano, a necessidade de remediar o prejuízo causado pode ter duas facetas diversas: do ponto de vista jurídico e do ponto de vista moral[170]. Aquele será visto em momento oportuno[171]; o aspecto moral da

[170] O conceito de moral, aqui, deve ser encarado a partir das teorizações construídas por Immanuel KANT, especialmente tendo por norte a conceituação do seu imperativo categórico. Ou seja, a responsabilidade de reparação do ponto de vista moral, neste ponto, quer significar, conforme mais bem se demonstrará adiante, que tal conduta é um modelo adotado pela sociedade e que deve ser observado por todos que dela tomam parte.

[171] *Vide* item 4.2, abaixo.

reparação dos danos causados em situações de contato social merece uma análise pormenorizada, ainda mais se se levar em conta a sua íntima relação com o objeto do presente estudo, que é, exatamente, a natureza jurídica da responsabilidade civil derivada das relações (contratuais) de fato.

Pois bem. De forma subversiva à ordem lógica-argumentativa, pode-se introduzir o tema por meio de uma conclusão, segundo a qual "os contactos sociais estreitos obrigam os intervenientes à adopção de medidas especiais com vista à preservação da integridade alheia"[172]. Ou seja, independentemente do viés que se adota (quer jurídico, quer moral), a conclusão que se alcança é uma só: todo dano deve ser reparado ou, ao menos, quando tal não puder ser desfeito, compensado de alguma forma[173]. Entretanto, a pergunta que precisa ser formulada é a que circunda a justificativa pela qual aquele que prejudicou alguém deve sanar o mal feito. E a resposta, à primeira vista, parece estar na própria teoria kantiana.

Independentemente do fim que se almeja, repara-se o dano porque é assim que deve ser feito: reparar em vista da moral significa reparar por dever. Dever de observar uma lei maior. Deve-se agir em função da reverência pela lei moral, que é, exatamente, o imperativo categórico: "age de tal modo que trates sempre a humanidade, quer seja na tua pessoa quer na dos outros, nunca unicamente como meios, mas sempre ao mesmo tempo como um fim"[174] [175].

A lei moral em KANT, dentro dessa lógica, não prescreve qualquer conteúdo material de ação. Pelo contrário, ela é puramente formal, e, assim, limita-

[172] FRADA, M. A. C. da. *Contratos e...,* p. 243.

[173] Exemplificativamente, danos contra a honra e a imagem não podem ser desfeitos. Há de se compensar o prejuízo por algum mecanismo alternativo: sanção pecuniária, por exemplo.

[174] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 202.

[175] O imperativo categórico kantiano reforça a ideia de que a moral é um conteúdo filosófico *a priori*, estabelecido independentemente de qualquer experiência humana. As palavras do próprio autor ratificam essa concepção ao mencionar que "as leis morais com seus princípios, em todo conhecimento prático, distinguem-se portanto de tudo o mais em que exista qualquer coisa de empírico, e não só se distinguem essencialmente, como também toda a Filosofia moral assenta inteiramente na sua parte pura, e aplicada ao homem, não recebe um mínimo que seja do conhecimento do homem, mas fornece-lhe como ser racional leis *a priori.*" (KANT, I. *Fundamentação da...*, p. 195.

se a estipular a *forma* a que se deve obedecer a regral nela explicitada, seja qual for o conteúdo da ação praticada – e essa é a regra de um modelo capaz de ser reproduzido por todos os componentes de uma mesma sociedade[176].

A intensidade das relações é, pois, determinada pela distância existente entre as pessoas. Determinadas relações são especificadas por WIESE como contatos sociais, compreendendo, estes, as categorias de contatos físicos, psíquicos e físico-psíquicos[177]. Aqueles – contatos físicos – são o objeto de análise neste ponto, eis que os verdadeiramente relevantes para o estudo da responsabilidade derivada de danos em contatos sociais.

Esses contatos sociais, como genuínos exemplos de relações sociais, conforme já demonstrado, não manifestam uma intenção associativa entre os sujeitos partícipes deste liame, mas nem por isso deixam de estar albergados pela necessidade de proteção reparatória de todos os danos deles advindos. Mesmo sendo, em regra, fenômenos de duração limitada, a imperatividade categórica de saneamento dos prejuízos se mantém, até mesmo para fins de manutenção do equilíbrio e da pacífica convivência em sociedade.

A categoria das relações sociais (e, logicamente, do contato social) é analisada por WIESE a partir, fundamentalmente, do estudo relacionado aos processos de associação e dissociação entre indivíduos e grupos. Essas relações e os contatos sociais se mostram decorrências lógicas de tais processos, pelo que também compõem o complexo sistema de responsabilização social entre os sujeitos.

O que se tem, portanto, é a conclusão de que é possível vislumbrar responsabilidade por danos causados em relações sociais também pelo viés externo ao campo jurídico. A razão para tanto está, conforme se viu, na disposição categórica do imperativo moral. Esta observação está, de fato, intimamente ligada ao complexo de responsabilidade (civil) inserido no mundo jurídico. A sua relevância ganha contornos ainda maiores quando se analisa o contrato (jurídico,

[176] Nesse sentido, *vide* KANT, I. *Fundamentação da...,* pp. 202 e ss.

[177] Nesse sentido, *vide* WIESE, L. V. *O contato social.*

obviamente) derivado de relações sociais (fáticas, por consequência), especificada, *in casu*, na figura dos *contatos sociais.*

3.1.3 Os vínculos em sociedade e os efeitos práticos do convívio

As categorias apresentadas por WIESE, conforme referido, são decisivas para a composição dos contratos de fato e, consequentemente, à determinação dos efeitos práticos do convívio interprivado. Para tanto, adota-se, desde logo, o objeto de estudos do *contato social* como sendo especificamente aqueles classificados como contatos primários e simpáticos, ou seja, decorrentes do vínculo direto e pessoal entre os sujeitos[178].

A distinção entre os contatos voluntários e involuntários é deixada de lado exatamente em vista da configuração dos contratos fáticos como vínculos interprivados independentes da expressão volitiva de seus partícipes. Entretanto, aqui cabe uma ressalva, que será novamente explorada a seguir: quando se fala em exclusão da vontade dos contratantes, é de se destacar que tal diz respeito especificamente aos efeitos derivados do vínculo estabelecido entre as partes. Isso porque, parece óbvio, toda conduta humana pressupõe, em si, a vontade do sujeito praticante de realizá-la. O que não está em voga, porém, é a influência volitiva no campo da constituição do liame contratual, bem como dos reflexos e dos desdobramentos dele decorrentes.

A derivação dos efeitos contratuais das condutas sociais típicas é decorrência direta do ordenamento jurídico e da imposição das nuances do convívio em sociedade. Tanto é assim que, conforme já se confirmou, poderá haver formação de vínculo contratual mesmo com a expressa intenção contrária

[178] Os demais contatos (secundário e categórico) não parecem se adequar à definição das relações contratuais fáticas derivadas de *contato social*, pelo que são excluídas dessa classificação. *Vide* item 3.1.1, acima.

de um dos partícipes, nos termos do entendimento já consolidado pela ampla jurisprudência dos tribunais pátrios[179].

Retomando a ideia dos contatos primários e simpáticos, a convivência social diária faz surgir inúmeros reflexos entre os seus partícipes, sendo de relevância acentuada, ao menos para os limites do estudo enfrentado pelo presente trabalho, aqueles – contatos – realizados física e diretamente pelos sujeitos componentes de uma sociedade. A depender das circunstâncias em que estão imersos os contatos mantidos, os efeitos práticos serão específicos, o que gerará reflexos também no que tange aos contornos dados pelo mundo jurídico ao recepcionar tais contatos. E é neste ponto que parece salutar esboçar uma distinção fundamental que norteia as linhas mestras deste trabalho: as conceituações de *conduta social típica* e de *contato social.*

Contato social, do ponto de vista sociológico, como já se teve a oportunidade de referir[180], são vinculações, em regra efêmeras e pontuais, capazes de desencadear fenômenos de associação e dissociação entre sujeitos. Ou seja, grosso modo, são todas as conexões mantidas no meio social, responsáveis pela influência mútua entre os homens e pelas relações dinâmicas mantidas no cotidiano da vida humana[181].

Quando se fala em *conduta social típica*, já adentrando ao campo do Direito, quer-se referir aos comportamentos (mútuos) capazes de promover a vinculação contratual entre sujeitos. Ou seja, a relevância e a tipicidade da conduta são de tal magnitude que, *de per si*, acabam promovendo a formação de

[179] O exemplo clássico que pode muito bem ilustrar essa situação é o dos estacionamentos gratuitos oferecidos por determinados centros comerciais: ainda que haja a expressa menção de que o estabelecimento não se responsabiliza pelos pertences deixados no interior do veículo, o entendimento majoritário é o extremo oposto – a negativa de vontade do ofertante do estacionamento não o desvincula de uma relação contratual (de fato) não qual passa a ser responsável pela manutenção da integridade dos bens dos usuários ali depositados. Nesse sentido é a Súmula 130, do STJ, segundo a qual "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento." Consoante a jurisprudência a seguir: Recurso Cível Nº 71000867895 - 2ª Turma Recursal Cível - Turmas Recursais - Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos - Julgado em 15/03/2006 (*vide* ANEXOS).

[180] *Vide* item 3.1.1, acima.

[181] *Vide* n. 160, acima.

um liame contratual onde não há vontade ou, indo mais além, onde há vontade contrária à constituição de tal relacionamento.

A relevância da conduta e os seus elementos capazes de formar contratos sem vontade dos partícipes são configurados pelo próprio ordenamento jurídico, a partir de uma leitura sistêmica de todos os seus elementos. Dentro do mundo jurídico, o *contato social* passa a ser uma espécie de vinculação contratual de fato, sendo peremptório na diferenciação da natureza jurídica do liame intersubjetivo, quer contratual (quando a conduta típica social assim o constitui), quer extracontratual (quando os contornos da relação se mantêm em uma vinculação pautada no dever genérico de não lesar, sem maiores desdobramentos).

Os efeitos práticos do convívio social serão determinados pela tipicidade e pela relevância da conduta confirmada pelos sujeitos, bem como pela natureza do contato social estabelecido. Uma vez analisado esses elementos sob o ponto de vista sociológico, partir-se-á à observação das suas características dentro da órbita jurídica, recepcionadas pelo mundo do Direito a partir do preenchimento do suporte fático capaz de transmutar um determinado fato (do mundo) em fato jurídico, conforme lição apresentada por PONTES DE MIRANDA[182].

Assim, de forma a complementar este específico tópico do trabalho ora apresentado, analisar-se-á o *contato social* (e, logicamente, a conduta social típica) sob as lentes do mundo jurídico.

[182] Segundo o autor, fatos são todas as mudanças que acontecem no mundo. Entretanto, algumas dessas mudanças, nas quais se poderiam incluir os contatos e as condutas sociais, não geram reflexos jurídicos, ou seja, não interessam ao Direito e, portanto, não são recepcionadas por ele – Direito. Desta forma, para que determinado fato possa adentrar ao mundo jurídico e, consequentemente, tornar-se fato jurídico, "é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os 'jurídicos'. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre os fatos que passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais." *In.: Tratado de Direito Privado*, t. I, p. 15.

3.2 O contato social sob a ótica jurídica

Após a análise do aspecto sociológico do *contato social*, concebido como o elemento-chave que guia a integralidade deste estudo, faz-se necessário abordar o ponto de vista jurídico desse conceito.

3.2.1 A doutrina germânica e a experiência brasileira: de HAUPT e LARENZ a COUTO E SILVA.

Efetivamente, parece ser voz pacífica na doutrina de que foi a literatura alemã a primeira a tratar da noção de *contato social* no âmbito jurídico[183]. De certa forma, como se verá, o conceito de *contato social* construído pela Sociologia não se compatibiliza, na sua integralidade, com o seu aspecto jurígeno. Entretanto, é irretocável a ideia de que a origem sociológica é imprescindível para que se compreendam os contornos assumidos pelo *contato social* na esfera da ciência jurídica.

HAUPT[184] foi o primeiro a particularizar a noção de relação contratual de fato, da qual adveio a noção de *contato social* no âmbito obrigacional. Para o autor, havia no cotidiano da sociedade situações de contato entre sujeitos que não chegavam a formar contratos propriamente ditos, mas que, paradoxalmente, acabavam por produzir efeitos negociais típicos. Tais situações, na verdade, eram resumidas por HAUPT em duas grandes categorias: contatos de pré-contratualidade e contatos de cooperação mútua voltados para fins não fundados em contratos[185].

---

[183] Mais adiante, aprofundar-se-á no assunto, detalhando-se o efetivo pioneirismo alemão no estudo das relações contratuais de fato. *Vide* item n. 4.1.3.1, a seguir.

[184] Trata-se de Günther HAUPT, jurista alemão pioneiro estudioso da doutrina da teoria das relações contratuais de fato, a partir de 1941.

[185] GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A quebra do paradigma voluntarista e a objetivação do vínculo contratual. In: BELMONTE, Cláudio; MELGARÉ, Plínio. (Org.). *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*, pp. 41 e ss.

Nesse instante, HAUPT acabou por escancarar uma anunciada crise no regime contratual tradicional. Constituindo o *contato social* como uma legítima nova fonte de obrigações, a doutrina alemã trouxe à tona situações particulares e relevantes do cotidiano que ainda estavam sendo renegadas pelo mundo jurídico. A consequência da *contratualização* da conduta social típica, portanto, proveio da "da avaliação social do ato, que é a manifestação de uma convicção jurídica geral"[186].

Dentro dessa lógica, cabe uma ressalva.

É fato que, conforme se está aprofundando agora e nos termos do capítulo seguinte, há situações de comportamento e contatos sociais que, pelas características assumidas, se apresentam como legítimas relações de natureza contratual. Entretanto, se essas relações devem ser denominadas de "contratos" é uma questão de mera terminologia:

> o termo "contrato" engloba tanto a causa de surgimento, a conclusão do contrato, quanto a relação jurídica por meio deste estabelecida, a relação contratual; querendo-se afastar esse duplo sentido, faz-se bem em evitar aqui também a expressão "relação contratual". Mas, caso se fale aqui também de "relações contratuais", então será necessário, futuramente, diferenciar entre relações contratuais fundadas em um contrato (ou seja, em um negócio jurídico) e aquelas que se baseiam em um correspondente comportamento social típico dos envolvidos[187].

Conclui-se, portanto, haver uma reconfiguração (e, ao mesmo tempo, um elastecimento) nos limites conceituais do *contrato*, passando-se a reconhecer nestes, também, liames derivados de contatos socialmente relevantes, típicos e suficientemente intensos ao ponto de construir entre os partícipes contornos negociais, ainda que desprovidos de autonomia de vontade.

---

[186] LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. *In.: Revista de Direito da FGV*, p. 60.

[187] LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações..., p. 62.

Em Clóvis do COUTO E SILVA encontra-se aquela que talvez seja a primeira referência à teoria do *contato social* no âmbito do direito contratual da literatura brasileira. Segundo o próprio autor apresenta, o conceito de *contato social* surge para explicar a consolidação de obrigações e direitos quando não formalmente consolidados liames contratuais, sendo classificado como "ato-fato"[188]. Entretanto, ao assim definir, o autor faz surgir um problema que ele próprio aponta e, ao mesmo tempo, busca solucionar.

Parte da doutrina define o *contato social* como conceito que abrange, "através de nova formulação, as hipóteses que comumente se classificam como *culpa in contrahendo"*[189]. Entretanto, em COUTO E SILVA, por ser o *contato social* um *ato-fato* e, consequentemente, *alheio à vontade*[190], parece questionável que esse *contato social* se resuma a suscitar direitos e deveres *pré-contratuais*, relativos e concretos, inerentes a um (ou mais) indivíduo(s) particularmente considerado(s)[191]. Ou seja, tendo em vista o seu desprendimento do aspecto volitivo, o *contato social* (enquanto ato-fato) "não poderá ficar adstrito às atividades pré-contratuais, salvo tratamento legislativo específico, como o fez o Código Civil italiano. Por coerência, deveria justificar todas as hipóteses, adquirindo âmbito similar ao conceito na sociologia"[192].

Para solucionar essa incompatibilidade aparente, COUTO E SILVA lança mão da teoria alemã de NIPPERDEY, que vê nos direitos decorrentes do *contato social* "mera causa de responsabilidade (*Haftungsgrund*). Os direitos que

---

[188] COUTO E SILVA. C. V. do. *A Obrigação...*, p. 76.

[189] COUTO E SILVA, C. V. do. *A Obrigação...*, p. 76.

[190] São atos-fato aqueles fatos jurídicos que funcionam como ato, mas produzem um resultado eminentemente fático. A conceituação foi primorosamente aprofundada por PONTES DE MIRANDA, para quem os atos-fato seriam atos que entram no mundo jurídico como fatos: "são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas". *In.: Tratado de...*, t. I, p. 40.

[191] Essa particularização e concretude dos deveres (pré)contratuais contrapõem-se aos deveres genéricos de não lesar, extracontratuais por excelência (*noeminem laedere*).

[192] COUTO E SILVA, C. V. do. *A Obrigação...*, p. 76. Neste trecho, o autor faz menção específica ao art. 1.337 do Código Civil da Itália, segundo o qual *as partes, no desenvolvimento das tratativas e da formação dos contratos, devem agir segundo a boa-fé (tradução livre de: Art. 1.337. Le parti nello svolgimento delle trattative e sulla formazione del contrato, debono comportasi secondo buona fede*).

dela nascem assemelham-se aos provenientes de um contrato, mas seu suporte fático é de ordem delitual"[193]. O que o autor faz, portanto, é estender o conceito de dano, para possibilitar a reparação dos prejuízos que não se enquadram nem como ilícitos absolutos, nem como descumprimentos contratuais típicos.

O *contato social* transpõe, dessa forma, os limites da pré-contratualidade para ser encarado como fonte ordinária de todas as espécies de obrigação. Dentro desta lógica, COUTO E SILVA considera o *contato social* como um ato-fato produtor de direitos e obrigações[194]. São indiferentes à vontade e, consequentemente, ao fim, mas são relevantes dentro dessa nova perspectiva da teoria conceitual dos contratos.

Veja-se, portanto, que as relações contratuais derivadas de *contato social*, por este viés, transcendem os limites das relações pré-contratuais, estendendo-se aos vínculos socialmente relevantes e dotando de natureza contratual todos os liames que apresentam, como características fundamentais, a coordenação de centros de interesses, envoltos em uma condição de potencialidade negocial, o que será mais bem determinado adiante.

3.2.2 Os contratos de fato e a responsabilização especial fundada na teoria da confiança

Como forma de reação contrária à determinação dos contratos sob o fundamento da teoria dos *contatos sociais,* a partir da basilar justificativa de imprecisão absoluta de tal conceito, surge a teoria dos contratos fáticos derivados da *confiança* mútua das partes, a qual justificaria a especialização da responsabilidade derivada de tais relações contratuais. Nesse sentido, a ambiguidade do conceito de *contato social* impediria que tal pudesse ser elemento suficiente à caracterização dos contratos fáticos.

Em outras palavras, extraídas da lição de Manuel da FRADA,

---

[193] COUTO E SILVA, C. V. do. *A Obrigação...*, p. 77.

[194] COUTO E SILVA, C. V. do. *A Obrigação...*, p. 77.

> numa sociedade que, como a hodierna, apresenta um elevado grau de interdependências e complexidade, as formas do contacto são tão diversificas e de intensidade tão variada que os critérios basilares do acréscimo de risco e da especial possibilidade de interferência não lograriam, sem arbitrariedade, estabelecer uma nítida linha de separação na escala variável de intensidade que os ditos contactos podem apresentar[195].

A partir desta ideia, seria efetivamente impossível precisar os limites em que um contato social deixaria de ser supedâneo à reparação de delitos comuns para alçar *status* qualitativo de legítima fonte de vinculação (e, por consequência, responsabilidade) contratual.

De forma a adequar o *contato social* à proposta dos contratos fáticos e, nesse sentido, dotar-lhes de maior objetividade, Karl LARENZ elege a contratualidade do *contato social* como somente aquela limitada às relações caracterizadas pelos usos do tráfego negocial[196], "excluindo-se a sua aceitação noutras formas de relacionamento humano, como as relações de cortesia ou amizade"[197]. Entretanto, para a teoria da confiança, ainda assim tal não seria suficiente para chancelar a configuração plena e objetiva dos liames contratuais derivados dos *contatos sociais.*

A teoria da confiança criaria uma terceira via da responsabilização, entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. Mereceria uma caracterização específica, na medida em que a responsabilidade adviria da necessidade de preservação dos deveres de proteção anteriores e posteriores à conclusão do contrato, não adstritos aos partícipes da relação contratual.

Indo mais além, da confiança seria possível originarem contratos fáticos exatamente porque configuraria o fato de "o lesado *expôr* os seus bens, no âmbito

---

[195] FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*, p. 243.

[196] LARENZ, K. Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e "contato social"*, p. 346.

[197] FRADA, M. A. C. da. *Contrato e...,* p. 245.

do tráfico negocial, à intromissão da outra parte e, nesse sentido, lhos *confiar* (*anvertrauen*)"[198].

Resumidamente, portanto, o que a teoria da confiança pretende concluir é que os *contatos sociais,* em si, não ocasionam a criação de contratos fáticos. Ao contrário, o que os faz surgir é, exatamente, a confiança depositada pelos partícipes, de forma recíproca, do vínculo social mantido, no sentido de que ambos irão observar os ditames de preservação da respectiva integridade física e patrimonial. Todavia, esta válvula de escape adotada por tal teoria não se mostra compatível aos contornos do presente trabalho.

A teoria da confiança, ao criticar a lógica dos *contatos sociais*, parece recair em defeitos semelhantes aos daqueles – *contatos sociais* – e acumular ainda outros. Adiante, retomar-se-á este ponto, especialmente quando se fizer referência à concepção de legítima expectativa como elemento (supostamente) justificador da existência de contratos fáticos. Ainda assim, lançam-se, desde já, alguns pontos básicos que questionam a teoria da confiança como supedâneo lógico e suficiente à concretização de relações contratuais de fato.

O termo *confiança* traz elementos também presentes nas relações extracontratuais, não sendo elemento suficiente à qualificação de contatos fáticos em liames de natureza contratual[199]. Além disso, a ideia de confiança traz elementos de volição que destoam da lógica dos contratos fáticos enquanto relações não diretamente derivadas da vontade dos contratantes. Finalmente, o conceito de confiança apresenta uma projeção deveras dúbia e imprecisa, talvez até mais do que se pode concluir pelo conceito de *contato social*.

---

[198] FRADA. M. A. C. da. *Contratos e...*, p. 251.

[199] Se se pensar de forma lógica, todas as relações sociais mantidas entre sujeitos guardam, em si, uma carga de confiança (p. e., confiança de que o médico prestará o seu serviço adequadamente; confiança de que os motoristas respeitarão o limite de velocidade e não atravessarão a pista contrária em uma auto estrada; confiança de que um *shopping center* oferecerá todos os elementos de segurança necessários à manutenção da integridade física de seus clientes). E, exatamente por isso, tal não se torna suficiente à diferenciação entre relações de extracontratualidade e de contratualidade (fática ou volitiva). O que poderia caracterizar tal diferenciação é, verdadeiramente, o grau de intensidade do contato mantido entre os sujeitos, acrescido de uma gama de fatores adiante expostos. E a teoria do *contato social* parece ser a que mais bem dá conta dessa categorização.

Dentro dessa perspectiva, LARENZ, ratificando o seu posicionamento em favor da teoria do *contato social*, destaca o fato de "a ubiquidade da confiança manifestar um princípio geral da coexistência humana e não poder por isso mesmo, sem ligação com outros momentos fundamentar uma responsabilidade que ultrapasse o plano delitual convocado a aplicação de normas próprias da responsabilidade contratual"[200]. Ou seja, da mesma forma que a confiança não distingue, suficientemente, a contratualidade (fática ou volitiva) da extracontratualidade, falta-lhe suporte a qualificar a responsabilidade civil derivada do dano causado a outrem (seja este proveniente de lesão ao dever genérico de não lesar, seja derivado de violação contratual).

A teoria das relações contratuais de fato derivadas de *contatos sociais* parece ser, portanto, uma adequada via de questionamento da clássica (e insuficiente) concepção de contrato. Entretanto, a sua funcionalidade e a sua relevância não se resumem nisso: mostram-se, também, como um divisor de águas na concepção das fontes do direito obrigacional, revendo-se, por consequência, toda a estrutura desse grande ramo do Direito Civil. Mais além, traz uma nova leitura do princípio da boa-fé nos contratos, chancelando, a partir de uma perspectiva original, todo o fenômeno de constitucionalização da civilística pátria, algo que a teoria da confiança parece não fazer.

Vendo-se o presente objeto de estudos por este ângulo, não parece assistir razão ao artigo publicado, recentemente, no sítio eletrônico do Consultor Jurídico, que faz uma crítica a esta teoria – do *contato social* –, alertando que o seu único papel seria o de contemplar "diversas situações jurídicas nascidas das relações de massa"[201], as quais, em tese, não estariam contempladas pela concepção tradicional do negócio jurídico: posicionar-se, desta forma, é reduzir a nível demasiadamente simplório tal teoria, embora este ponto esteja, obviamente, imerso no vasto campo teórico que o estudo das relações contratuais derivadas de *contato social* contempla. Tal concepção que, inevitavelmente, será abordada no

[200] LARENZ, K. Culpa in contrahendo..., p. 347. Neste mesmo sentido, FRADA, M. A. C. da. *Contratos e...*, p. 254.

[201] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Problemas na importação de conceitos jurídicos.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais. Acesso em 08.08.12.

presente estudo, se mostra como o ponto de partida de toda a discussão que esse objeto de análise traz, mas nunca sendo a ela limitado.

A crítica indicada no referido artigo, ainda, afirma que muitos dos inicialmente adeptos dessa teoria, dentre os quais LARENZ, acabaram por renegá-la mais tarde, haja vista o seu caráter ocioso e por "existirem explicações suficientes para os problemas por ela abrangidos em outras figuras clássicas do Direito Civil"[202]. Entretanto, não é o este trabalho demonstra. Em que pese ter havido vários questionamentos que puseram a teoria do *contato social* à prova, a sua validade ainda parece ser pujante nos dias atuais, sendo de todo relevante o seu estudo.

3.2.3 As condutas socialmente típicas e o tráfego de massa: a superação da dogmática pelos fatos

Já fora dito lá nas idas oportunidades da introdução e apresentação desta pesquisa que a evolução da ciência jurídica acompanha, ainda que, talvez, com uns poucos passos em atraso, o caminhar da histórica da sociedade. E é exatamente por se vislumbrar essa mesma rota adotada por ambos – direito e sociedade – que o estudo jurídico "não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social"[203].

A partir dessa ideia, também já houve ocasião em que se trouxe à baila a noção (lógica, porém pouco explorada) de que a figura do contrato transmuta-se conforme mudam as intensidades e as peculiaridades do convívio social. As negociações passaram a ser mais fugazes; o meio virtual se desenvolveu como um profícuo campo de contratações entre sujeitos desconhecidos, por meio dos quais transitam bens e produtos também virtuais; a contratação em massa se

[202] RODRIGUES JR., O. L. *Problemas na...*, Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridi cos-pais. Acesso em 08.08.12.

[203] SILVA, J. P. da. *Contratos Sem...*, p. 77, n. 01.

consolidou como vínculo negocial recorrente e prático[204]. O que houve dentro deste contexto, portanto, foi que "a produção em massa e a intensificação das atividades econômicas deflagraram fenômeno fático de informalização das relações sociais, que esbarrou em arquétipos jurídicos conceituais, postos no ordenamento, quando a necessidade destes era legítima"[205].

O contrato já não mais pode ser concebido apenas na sua acepção original clássica, calcado, fundamentalmente, no elemento *indispensável* da vontade. Apesar de diagnosticar essa realidade, Juliana Pedreira da SILVA alerta para o fato de que "nem por isso será necessária a construção de novo modelo para atendimento as exigências sociais. A leitura do contrato sob a ótica da nova realidade social, ou seja, de acordo com as novas necessidades sociais, é a saída mais condizente com os fins do direito"[206]. Contudo, talvez a autora não tenha se atentado ao fato de que, se se parte dessa nova condição de reformulação dos próprios elementos do contrato, forçosamente se construirá um novo modelo contratual para atendimento das exigências sociais hodiernas.

Se a sociedade já é outra, se os tempos são outros, se a forma de contratar é outra, necessariamente o contrato será outro. Parece logicamente inevitável que se crie um original arquétipo contratual. Isso quer dizer que, de uma maneira natural, a tendência é a de que "'nos libertemos da forma de pensamento doutrinária da declaração de vontade voltada para efeitos jurídicos' e criemos um conceito de negócio jurídico 'mais próximo da realidade', que abranja também o comportamento social típico"[207].

---

[204] Fala-se em prático, porque, não se pode negar, os contratos de adesão supriram uma demanda muito cara da atual conjuntura socioeconômica global, especialmente das grandes empresas, que são a escassez de tempo e a impossibilidade de se negociarem todas as cláusulas contratuais com todos os contratantes. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer, em regra, os malefícios trazidos por esses contratos aos direitos dos consumidores, que se viram obrigados a se submeter a condições prejudiciais para garantir o acesso a um bem da vida indispensável, como, por exemplo, plano de saúde. Foi aí, então, que o legislador, ciente desta conjuntura degradante, trouxe à tona um mecanismo protetivo de extrema valia aos dias atuais, que é, exatamente, o Código de Defesa do Consumidor, com destaque, aqui, à salutar previsão de seus arts. 51 e 54.

[205] SILVA, J. P. da. *Contratos Sem...*, p. 79.

[206] SILVA, J. P. da. *Contratos Sem...*, p.79.

[207] LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações..., pp. 59/60.

A superação do dogma volitivo do contrato a partir, aqui especificamente, do reconhecimento de vínculos de natureza contratual em comportamentos sociais típicos parece ter se dado por meio de uma sobreposição da realidade dos fatos à artificialidade da ciência. Viu-se, em determinadas relações derivadas do *mero* contato social, que os seus efeitos estavam à sombra do direito, alheios a qualquer forma de proteção vinculativa e satisfatória. E é a essa zona cinzenta, das condutas socialmente típicas originárias de vínculos de natureza contratual, que agora se lança luz. Para tanto, far-se-á um estudo aprofundado das relações contratuais de fato e, consecutivamente, da natureza da responsabilidade civil derivada do descumprimento de tais contratos formados por *contato social.*

As relações jurídicas de natureza contratual, agora, não são mais edificadas apenas pela vontade dos contratantes, mas, também, por "condutas socialmente típicas, caso em que não se configura o negócio jurídico, mas sim o contrato como operação econômica ou atividade"[208]. Em outras palavras, quer-se referir que é possível conceber o surgimento de contrato, sem a celebração de negócio jurídico que o fundamente, desde que os partícipes da relação observem as condutas socialmente relevantes, com causa e efeitos reconhecidos pela sociedade, a partir de uma coordenação entre os centros de interesses dos agora contratantes, calcados no princípio da boa-fé[209].

[208] SILVA, J. P. da. *Contrato Sem...*, p. 60.

[209] Podem ser elencados, portanto, três elementos capazes de suscitar uma relação contratual, sem negócio jurídico fundante, a partir do mero *contato social:* i) a existência de dois ou mais centros de interesses; ii) a coordenação das condutas entre os centros de interesses que deflagram uma mínima unidade de efeitos; iii) o cumprimento da função social da atividade desenvolvida, que lhe dá legitimidade. Nesse particular, cabe ao princípio da boa-fé direcionar a coordenação das condutas dos partícipes da relação, fixando um vínculo de natureza contratual. Nesse sentido, SILVA, J. P. da. *Contrato Sem...*, p. 89.

4. AS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DO CONTATO SOCIAL

Contrato pautado somente em vontade é ultrapassado

Postas as ideias fundamentais acerca do *novo* conceito de contrato (capítulo primeiro) e dos contatos sociais (capítulo segundo), chega-se ao ponto de intersecção destes temas. Sob esta perspectiva, o presente capítulo será dividido em duas partes: na primeira, tratar-se-á do viés específico das relações contratuais de fato, definindo os seus contornos e as particularidades a que estão submetidas; na segunda, abordar-se-á o aspecto patológico[210] destas relações, atentando-se à natureza jurídica da responsabilidade civil derivada dos *contratos fáticos*.

4.1 As condutas sociais típicas como fontes de relações contratuais

Para que possam ser analisadas as relações contratuais de fato, é preciso estabelecer algumas premissas basilares que permitem considerar a sua existência. E a primeira delas está em considerar os contratos como institutos concebidos sob um viés *objetivo*. Explica-se.

A volatilidade e a fugacidade das relações sociais hodiernas estão atreladas a uma leitura dos contratos que leve em consideração mais o ponto de vista da atividade exercida do que propriamente da vontade manifestada pelos contratantes. A configuração de um contrato e, consequentemente, a possibilidade de ser tutelado pelo ordenamento jurídico como, verdadeiramente, um liame de natureza contratual, está no conjunto de características exigidas pelo tráfego

[210] Por patológico quer-se fazer menção ao campo do *inadimplemento contratual*. Utiliza-se tal expressão a partir do uso consagrado pela doutrina pátria, trazida pela literatura italiana. *Vide* PUTORTI, Vincenzo. *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, p. 271.

social que define os contornos contratuais de uma relação jurídica, e não na intencionalidade da conduta efetivada por seus partícipes.

Sob esse ponto de vista, não é a (manifestação de) vontade que define a natureza contratual de uma relação jurídico[211]. Objetivamente, "o contrato, como baluarte das relações jurídicas patrimoniais, deve ser entendido como atividade, isto é, como coordenação objetiva de atos ou comportamentos deflagrados por centros de interesses"[212]. Isso quer dizer, portanto, que são as condições do tráfego social, chanceladas pelos comportamentos objetivamente considerados segundo valores[213] do ordenamento jurídico, que definem um contrato como tal. Deixa-se de lado o aspecto volitivo do vínculo para pautar a análise sob o ponto de vista da concatenação dos atos praticados pelos (agora) contratantes.

A tendência *objetivadora* do contrato, decorrente do dinamismo social, que minguou a importância da vontade na composição das relações jurídicas, leva em conta a noção de que "certos comportamentos, ainda que possam ser aferidos como declaração, se correspondentes entre si podem ser objetivamente valorados, pelo que a correspondência ou coordenação dos comportamentos

[211] Como se demonstrará adiante, a desvinculação *"prima facie"* dos conceitos de contrato e vontade não traduz uma incongruência total entre ambos. Pelo contrário, ainda que se tomando por base a teoria ora utilizada, segundo a qual as concepções de contrato e negócio jurídico não são de todo confundíveis, há relações contratuais em que o aspecto volitivo (negocial) está marcadamente presente, configurando-se, portanto, contratos com negócio jurídico *fundante*. Entretanto, a observação que ora se faz é, exatamente, para destacar a possibilidade de haver contratos desvinculados da lógica negocial da vontade, considerados a partir da concatenação de atos do cotidiano, cuja relevância e valoração são dotadas pelo próprio ordenamento jurídico, que reveste de natureza contratual condutas sociais típicas. O negócio jurídico se mantém como legítima fonte de relações contratuais, mas não apenas a única – os comportamentos socialmente relevantes e típicos também alcançam esse *status.*

[212] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...,* p. 15.

[213] É preciso que se faça uma breve consideração neste ponto, para que não soem incompatíveis as ideias aqui defendidas de *objetividade* e *valoração*. Quando se fala em contrato reconhecido sob o ponto de vista *objetivo*, tal quer significar, apenas, o desprendimento da lógica volitiva inerente à tradicional definição das relações contratuais, ou seja, passa-se a dar ênfase ao exercício das atividades cujos contornos contratuais são assumidos pelo próprio ordenamento (verdadeiramente, estabelece-se a dicotomia clássica entre objetividade e subjetividade, entendida esta sob o viés da vontade individual). A qualificação das condutas como de caráter contratual, ainda que a partir de uma análise axiológica, não destoa, portanto, da lógica objetiva do contrato, quer porque a valoração é feita pelo próprio legislador, ao dotar determinadas atividades (socialmente relevantes) de natureza contratual, quer, finalmente, porque a intencionalidade dos *contratantes* é prescindível ao estabelecimento de vínculos genuinamente contratuais.

deverá ser reconhecida como relação jurídica contratual, na qual se inserem as noções de direito, obrigações e responsabilidades"[214]. O fato constitutivo dessas relações contratuais *objetivas* "não é propriamente o contrato, mas sim o contato social estabelecido entre as partes, ao qual a lei atribui valor de fonte de relação e das respectivas obrigações e responsabilidade"[215]; dito de outro modo, as relações contratuais de fato não derivam de um contrato (tradicionalmente concebido, em que o aspecto da declaração volitiva é requisito *sine qua non* à constituição do vínculo), "mas de um complexo de circunstâncias e comportamentos – o contato social – que tomam o lugar do contrato"[216]. E é esse aspecto objetivo que ganha relevância e atua como fator de definição dos contornos conceituais do contrato que ora se vislumbra.

A segunda premissa necessária ao estudo das relações contratuais fáticas está relacionada à imprescindível (porém, ainda reticente[217]) desvinculação entre os conceitos de contrato e de negócio jurídico.

A complexidade das vinculações mantidas na sociedade dos dias atuais demanda uma releitura do instituto contratual na medida em que a sua definição pautada no "negócio jurídico bilateral", dependente de, "no mínimo, duas declarações de vontade, visando a criar, modificar e extinguir obrigações"[218], não explica muitas das relações estabelecidas no dia-a-dia. Se, verdadeiramente, os contratos fossem estritamente pautados na vinculação volitiva entre sujeitos, como explicar a validade do fato[219] de um menor, absolutamente incapaz, tomar o uso

---

[214] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 17.

[215] ROPPO, E. *O contrato,* p. 304.

[216] ROPPO, E. *O contrato,* p. 304.

[217] A maciça doutrina ainda reconhece o contrato como espécie do gênero negócio jurídico (bilateral). Entretanto, já há vozes que promovem esses desvencilhamento, qualificando este – negócio jurídico – enquanto instituto subjetivo (atrelado à manifestação de vontade dos partícipes) e aquele – contrato – enquanto atividade objetiva (coordenação de centros de interesses). Nesse sentido, a obra emblemática de J. P. da SILVA intitulada *Contratos sem negócio jurídico*, já amplamente abordada neste estudo. No mesmo sentido vão os ensinamentos de Renato SCOGNAMIGLIO, em seu *Contratti in generale* (*vide* p. 7).

[218] WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, p.188.

[219] Observe-se que, aqui, faz-se referência à explicação acerca da *validade do fato* e não ao fato em si, o qual não é explicável (ou melhor, é *auto-explicável*). Busca-se reconhecer os contornos da *juridicidade* do fato e não a conceituação estrita deste.

de um transporte coletivo para se locomover até a sua residência? Ou como reconhecer a expressão de vontade do consumidor que recebe, em sua casa, serviços públicos de energia elétrica e de esgoto mesmo sem jamais ter formalizado, efetivamente, qualquer tipo de negociação com o Poder Público? Ou, ainda, como validar relações contratuais mantidas por sociedades *de fato*, ainda não regular e juridicamente constituídas, impossibilitadas, portanto, de expressar a sua *vontade institucional*?[220]

Esses questionamentos, como alguns poucos exemplos da gama de situações que se quer abordar no presente estudo, demonstram a imperiosidade do desprendimento entre os conceitos de contrato e negócio jurídico. Enquanto este pressupõe a expressão volitiva qualificada, estritamente encaminhada à constituição de efeitos jurídicos de caráter negocial, os contratos podem ser formados a partir de mera concatenação de atividades e centros de interesses, independentemente do direcionamento volitivo dado. Isso quer dizer, em uma palavra, que determinadas condutas humanas, porque relevantes à sociedade e porque vinculantes a outros sujeitos, carregam em si carga axiológica (reconhecida pelo próprio ordenamento) suficiente a constituir vínculos de natureza contratual[221].

---

[220] Em todos esses exemplos o que há é uma manifesta ausência de vontade, a qual, entretanto, não parece comprometer a vinculação contratual entre os partícipes de cada relação. E a justificativa para isso, conforme mais bem se demonstrará adiante, está no aspecto objetivo da relação, qual seja, a conduta praticada pelos (agora) contratantes. Salutar doutrina qualifica tais condutas como "condutas expressivas" (*conducta expresiva*) ou "conduta negocial" (*conducta negocial*), expressando a exata dimensão e a relevância de que tais comportamentos são dotados. *Vide* CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*, p. 66. O autor, neste particular, destaca a intenção do contratante de alcançar determinado *resultado social*, o qual é recepcionado pelo Direito enquanto relação contratual: o agente age e o Direito qualifica a ação praticada como se contratual fosse, superando a ausência de expressão volitiva (aqui, faz-se imperioso destacar a distinção entre *contrato* e *negócio jurídico,* já tratada – *vide* n. 210, acima).

[221] Em verdade, toda ação humana pressupõe, em si, uma vontade. Entretanto, no âmbito do contrato sem negócio jurídico, esta vontade se restringe à própria intencionalidade na realização da conduta, enquanto que, no negócio jurídico, ao contrário, o aspecto volitivo é estritamente canalizado à obtenção de efeitos jurídicos puramente negociais. Nesse sentido, tem-se, portanto, que "*a principal distinção entre vontade negocial e contratual revela-se no instrumento de imputabilidade da carga obrigacional. A vontade negocial já imputa, por si, vínculo obrigacional ao manifestante, mas no que tange à vontade contratual, a imputação obrigacional dependerá da causa da atividade, do contrato. Desse modo, se existir vontade para o exercício da atividade e se a atividade for dotada de causa socialmente admitida, estaremos diante de um verdadeiro contrato,*

Neste ponto, há de se ressalvar a circunstância de que o reconhecimento da figura do contrato independentemente de negócio jurídico que o fundamente não traduz a ideia de incompatibilidade total entre tais institutos. Há, por óbvio, situações em que as figuras do contrato e do negócio jurídico se confundem (*e.g.*, uma compra e venda de objeto lícito, realizada entre pessoas capazes, em que um se obriga a entregar o bem, enquanto o outro se compromete a pagar o preço). Entretanto, os contornos dessa diferenciação servem, exatamente, para trazer à tona as situações não contempladas por essa compatibilidade entre os institutos; fundamentalmente, busca-se reler os limites da conceituação clássica do contrato (e, por consequência, do negócio jurídico) para reformular as fontes contratuais atualmente reconhecidas pelo ordenamento.

Finalmente, a terceira premissa está na adoção de uma teoria restritiva do contrato, intimamente ligada à diferenciação traçada na premissa anterior.

Para esta teoria, haveria uma legítima "correspondência entre o domínio negocial e a consciência declarativa, preenchida ainda por uma vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos"[222]. Ou seja, o aspecto volitivo seria elemento próprio de existência do negócio jurídico, desde que considerada a vontade manifestada espontaneamente ou presumida pelo ordenamento, e qualificada pelo direcionamento negocial. Refere-se à qualificação negocial dos comportamentos exatamente para traduzir que as declarações de vontade só podem ser encaradas sob este viés se, "além de guardarem correspondência com as normas e valores do ordenamento jurídico, estiverem inseridos em um contexto de informações e circunstâncias tais que permitam a formação da vontade e a sua posterior declaração"[223]. E exatamente pelo fato de restringir o alcance do conceito de negócio jurídico, esta teoria permite "a possibilidade de constituição de relação jurídicas do tipo contratual, através de meros comportamentos materiais,

---

ainda que ausente o negócio jurídico, de tal maneira que não se poderá duvidar da natureza da obrigação decorrente do vínculo jurídico: a obrigação será contratual." (SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 80).

[222] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico,* p. 40.

[223] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 30.

independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais"[224] [225].

À teoria restritiva do negócio jurídico se opõe a teoria extensiva, para a qual haveria de se considerar a existência de vínculos negociais derivados da *legítima expectativa* dos negociantes, bem como da confiança estabelecida entre as partes. Dentro desta lógica, as condutas praticadas pelos sujeitos carregariam, em si, a pressuposição da carga axiológica inerente às atividades humanas, ainda que não voltadas estas à efetiva conclusão de um liame de ordem negocial. Desconsidera-se, portanto, o *direcionamento voluntário da conduta*[226].

A utilização dessas premissas deve ser justificada como forma de viabilizar o estudo e a exegese das relações contratuais de fato. Mais do que apenas enfrentar o tema sob o ponto de vista descritivo-conceitual deste dispositivo, o plano de fundo do presente trabalho está, essencialmente, na busca pelo elastecimento das fontes contratuais. Pretende-se, ao final deste estudo, ter dado ênfase e chamado a atenção à necessidade de se proporcionar maior destaque acadêmico às relações socialmente típicas, tão comuns na sociedade hodierna tal qual a atualmente vigente, lançando-as à luz da superação desta zona cinzenta em que se inserem.

Verdadeiramente, quer-se romper com o formalismo legislativo, destacando uma inequívoca *lacuna* presente no sistema jurídico pátrio, cuja disciplina se faz imprescindível estabelecer (não necessariamente a partir de uma

---

[224] MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil,* p. 555.

[225] É dentro deste contexto que se inserem as relações contratuais fáticas derivadas de contato social, cerne do presente estudo. Ou seja, é preciso adotar esta teoria restritiva do negócio jurídico para que, uma vez desvinculados os conceitos de negócio, contrato e vontade, se possa admitir a existência de relações contratuais que não derivam diretamente de contratos tradicionais (*"acordos de vontade").*

[226] Para C. F. de ALMEIDA, "se as doutrinas restritivas procuram uma fonte alternativa para o negócio jurídico, as doutrinas extensivas procuram uma fonte alternativa para a vontade (a confiança, a responsabilidade, a compreensão)." Em outras palavras, utilizando-se dos ensinamentos do mesmo autor, para a teoria extensiva, "a declaração negocial é uma manifestação de vontade privada dirigida à criação de efeitos jurídicos, mas a declaração de vontade existe também quando falte a vontade dos efeitos jurídicos e mesmo uma consciência da declaração, porque o fundamento dos efeitos jurídicos não é a vontade, ou não é só a vontade. Imprescindível é apenas a vontade natural do acto." (*Texto e enunciado...*, pp. 53 e 54).

reformulação legislativa, mas, sim, por meio de uma nova postura hermenêutica frente à norma jurídica). Exatamente pelo fato de o ordenamento não se resumir (e reduzir) ao campo legislativo, as condutas socialmente típicas também clamam por uma proteção jurídica que transcenda a parca previsão das *condutas legislativamente típicas*[227].

4.1.1 Os contornos conceituais e a exigibilidade dos *contratos fáticos*

Gradativamente, está-se buscando demonstrar que as relações contratuais tanto podem derivar de um *contrato* tradicional (proveniente das *clássicas* manifestações de vontade direcionadas a conclusão de um vínculo interprivado – um legítimo negócio jurídico, composto de proposta, negociações e aceitação) quanto de condutas objetivas e acontecimentos socialmente típicos, aos quais o ordenamento jurídico atribui efeitos (também jurídicos) especificamente contratuais. Entretanto, a grande dificuldade está, exatamente, em demarcar tais *condutas* e tais *acontecimentos.* Ou seja, a pedra de toque (e, ao mesmo tempo, o problema) da teoria da relação contratual fática é explicar o que faz uma conduta objetiva, em tese desprovida de natureza contratual, passar a ser encarada pelo ordenamento como tal; em outras palavras, faz-se preciso questionar quais são as características que determinada atividade deve conter para que, mesmo sem um negócio jurídico volitivo fundante, ganhe *status* contratual.

O centro das atenções do presente estudo está nas relações contratuais de fato, ou seja, nos contratos derivados do enlace intersubjetivo alheio ao aspecto volitivo dos partícipes, ou seja, relações contratuais derivadas

[227] "Parte-se do princípio de que as situações geralmente incluídas entre os comportamentos sociais típicos não podem ser cobertos nem pelas regras da responsabilidade civil (porque poderá inexistir um dano) nem do enriquecimento sem causa (porque não haveria meio de determinar a medida do enriquecimento e do empobrecimento) nem pelo princípio da boa fé, porque esta não é fonte de obrigações mas critério do seu desenvolvimento. Uma qualificação negocial não passaria de ficção, por faltar a vontade e até a consciência da declaração. Haveria então uma lacuna, cujo preenchimento se resolveria pela aplicação analógica do regime dos contratos." (ALMEIDA, C. F. de. *Texto e enunciado...*, p. 30).

de condutas típicas e objetivas dos contratantes, sem a vinculação derivada de vontade. Tais liames, com características contratuais atribuídas pelo próprio ordenamento jurídico, mostram a relevância de se

> reconhecer haver outros elementos de fixação no mundo social, além do direito. Todos esses elementos atuam sobre a atividade dos indivíduos, processando-se uma estruturação, um tipificar-se de condutas, na qual a vontade individual, em virtude da objetivação decorrente de incidência daqueles fatores sociais vai passando para o segundo plano. Em outras hipóteses, o resultado se supõe tão obviamente desejado, a ponto de ensejar, embora pareça paradoxal, que não se pesquise sua existência. São os atos absolutamente necessários à vida humana[228].

A relevância de tais vínculos, bem como a sua imprescindibilidade e recorrência na vida social cotidiana, portanto, talvez tenham sido os principais responsáveis à elevação do *status* de determinadas relações fáticas em legítimos contratos (fáticos), ainda que desprovidas de vontade (negocial)[229]. Apesar da explicação acerca da justificativa pela qual o ordenamento reconheceu os efeitos obrigacionais em relações sem negócio jurídico (volitivo) fundante, tal não é suficiente para definir quais são os requisitos que uma conduta (objetiva) socialmente relevante deve preencher para ser alçada à esfera contratual.

A primeira teoria que busca explicar esse impasse é apresentada (e rebatida) por Karl LARENZ. Para o autor, determinado segmento da doutrina

---

[228] COUTO E SILVA, C. *A Obrigação...*, p. 78.

[229] Ilustrativamente, caso ainda se fosse considerar a umbilical (e clássica) relação entre contrato e vontade, ter-se-ia problemas em explicar relações triviais do cotidiano: **i)** um menor impúbere, que pretende tomar uma condução pública para ir à sua casa, não poderia celebrar contrato com a prestadora de serviço público, exatamente por lhe faltar o aspecto volitivo – assim, além de não se promover a devida proteção às partes relacionadas (especialmente ao menor, presumivelmente a parte mais vulnerável da relação), haveria um hiato do ponto de vista da (natureza da) responsabilização por eventuais danos. Ainda, em tese, não haveria mecanismo suficiente a se exigir da prestadora de serviços um transporte de qualidade, com o necessário zelo e preservação da integridade do usuário; **ii)** a prestação de serviços de energia elétrica e esgoto, por exemplo, também não seria explicável em vista da ausência de uma manifestação conclusiva acerca da intenção de se *contratar* tais serviços; **iii)** as sociedades *de fato*, ainda ausentes de constituição jurídico-formal, não poderiam atuar no mercado, eis que impossibilitadas de manifestar uma *vontade* institucional que lhe possa vincular *contratualmente.*

estaria inclinado a aceitar a tese do contrato fático a partir da observância ao *dever de segurança do tráfico*[230], segundo o qual, por exemplo, com a entrada em um estabelecimento comercial de determinada pessoa, "o dever do tráfico, até então existente frente a todos, transforma-se em um dever obrigacional concreto frente a esses partícipes, para cuja execução o proprietário da loja ou do restaurante se serve de todas as pessoas empregadas, de forma que ele precisa responder pela culpa dessas"[231].

Ora, considerar tal circunstância seria o mesmo que dizer que "o dever geral de se portar com cuidado no trânsito se transforma, no momento no qual um partícipe penetra na área de perigo de outro, em um dever obrigacional concreto frente a este"[232]. Ou seja, o equívoco de tal tese, que o próprio LARENZ escancara, está na circunstância de o *dever de segurança no tráfego* ser, na verdade, "um dever jurídico geral que existe para 'qualquer um do público', que não é suficiente para estabelecer uma relação obrigacional concreta entre os obrigados e aquele que é protegido"[233]. Desta forma, a violação a tal dever só poderia ser encarada como uma ação ilícita genérica, sem qualquer característica necessária (e suficiente) à composição de uma relação contratual[234].

---

[230] Para o fim de privilegiar a consagração do uso, utiliza-se, apenas neste momento, a expressão "dever de segurança do *tráfico*", fazendo menção à tradução do texto de K. LARENZ para a língua portuguesa. Entretanto, afora as citações diretas em que o termo "tráfico" é expressamente mencionado, lançar-se-á mão, como já feito anteriormente, do termo "tráfego", por se reputar ser mais adequado à ideia nele imersa, qual seja, as trocas, relações e transações mantidas no cotidiano. Assim, para que não haja entendimentos equivocados, todas as citações de "tráfico" devem ser entendidas sob a conceituação de "tráfego", indistintamente.

[231] LARENZ, K. Culpa in contrahendo..., p. 347.

[232] LARENZ, K. Culpa in contrahendo..., p. 347.

[233] LARENZ, K. Culpa in contrahendo, ..., p. 348.

[234] Nesse sentido, LARENZ arremata no sentido de ser um equívoco argumentar que, "com a entrada no recinto, o dever de tráfico, até então existente frente a esses partícipes, para cuja execução o proprietário da loja ou do restaurante se serve de todas as pessoas empregadas, de forma que ele precisa responder pela culpa dessas, segundo o § 278. Da mesma forma se poderia dizer que o dever geral de se portar com cuidado no trânsito se transforma, no momento no qual um partícipe penetra na área de perigo de outro, em um dever obrigacional concreto frente a este e se poderia, desta forma, excluir o § 831 em favor do § 278. Ainda quando um tal resultado parece desejável sob uma ótica de política jurídica (o que eu duvido), isto não seria harmonizável com o mandamento de lealdade à lei. Com o 'dever de segurança no tráfico' não se deixa alcançar uma solução satisfatória para os casos da loja e do restaurante." *In.:* Culpa in contrahendo, ..., p. 349.

Uma segunda tese apresentada para tentar explicar a natureza contratual de determinadas condutas sociais típicas seria a de tais condutas, a depender do contexto fático em que se inserem, constituírem uma (justa) expectativa e um sentimento de confiança no indivíduo de que a relação negocial, verdadeiramente, será confirmada. Entretanto, esta opção teorética não se sustenta por duas razões: primeiro, porque esta ideia está intimamente ligada a uma visão extensiva do conceito de negócio jurídico, incompatível com a lógica dos contratos fáticos[235]; segundo, porque as noções de *expectativa* e *confiança* direcionadas à conclusão de um negócio jurídico já são, em si, dotadas de elevada carga *volitiva*, o que faz retomar a concepção clássica do contrato. Especialmente por esta razão, é preciso destacar a incompatibilidade entre o aspecto *subjetivo* desta segunda tese e a *objetividade* das relações contratuais de fato.

O desenvolvimento de uma expectativa razoável no sujeito partícipe de uma relação jurídica não é elemento cabal à dotação de uma natureza contratual ao vínculo. Para além do fato de a expectativa também estar presente nas relações (assim chamadas) extracontratuais[236], a relevância deste viés poderia suscitar uma espécie de (impensável) *gradiente de expectativa*: "o grau de segurança criado por tais expectativas é variável desde o mais fraco nível que deriva de uma 'auto-apresentação' não intencional sobre o papel social diferenciado que cada um desempenha, passando pela habituação decorrente de um comportamento continuado, até à 'auto-retratação' intencional, ainda que vaga, de que o marketing constitui o principal meio actual"[237]. Em outras palavras, poder-

[235] Para a teoria extensiva, "a vontade se encontra plasmada na declaração [de vontade] que, a partir de então, será a base na qual se regrará o negócio (...). É a vontade, tal como manifestada no momento da declaração, elemento essencial do negócio jurídico." *In.:* SILVA, J. P. da. *Contratos sem...,* p. 28. A partir desta lógica, a inobservância de deveres alheios ao plano negocial seria enquadrada como se extracontratual fosse, não se vislumbrando a possibilidade de se reconhecer vínculos contratuais desprendidos do aspecto volitivo. Para mais, cf. C. F. de ALMEIDA. *Texto e enunciado...*, pp. 53 e ss.

[236] Em um acidente de trânsito, por exemplo, decorrente do fato de um automóvel invadir o sinal vermelho e colidir com um segundo veículo, o condutor deste segundo veículo assumira uma expectativa de que o motorista infrator respeitaria a regra de parar o carro por ocasião do sinal luminoso. Criou-se, de fato, uma expectativa no sujeito, mas nem por isso se cogitaria estar diante de uma relação contratual ou de uma responsabilidade civil de natureza contratual.

[237] ALMEIDA, C. F. de. *Texto e enunciado...,* p. 34.

se-ia supor que, a depender do grau de expectativa criada no sujeito partícipe da relação jurídica, esta poderia passar do campo da extracontratualidade para a esfera da *contratualidade fática*.

Da mesma forma, a ênfase na *confiança* faz criar uma situação ficcional em que o comportamento em que não haja consciência da declaração ou da vontade negocial é encarado, essencialmente, como a própria declaração de vontade. Em verdade, os efeitos atribuídos às relações pautadas na confiança não seria de natureza negocial, mas, antes,

> o resultado da *imputação* de efeitos reflexos a um comportamento que, objetivamente, tem um valor declarativo. A justificação para tanto é a proteção da confiança, para a qual se exigem também requisitos subjetivos: que a situação mereça a proteção de terceiros, que o declarante disponha de capacidade de imputação e que a medida da imputação se adéque a um juízo de censura do comportamento[238].

Pois bem. A partir dessas excludentes, é possível concluir que a fonte obrigacional dos contratos fáticos derivados das relações de *contato social*, portanto, não está na confiança ou na expectativa surgidas do contato estabelecido entre as partes, mas, sim, na relevância e nos efeitos do próprio contato social, os quais são confirmados pelo ordenamento jurídico. Mais além, os contratos fáticos derivam do contato mantido entre os sujeitos dentro de um campo de *potencialidade negocial.* Explica-se.

Um simples contato (social) entre sujeitos, por meio do qual um partícipe da relação jurídica deposita e confia, em justa expectativa e sincera confiança, a proteção de seus bens jurídicos aos cuidados de outro, não é suficiente em si à constituição de um vínculo eminentemente contratual. É preciso que se vislumbre um contato "relativo a comércio jurídico, que implica, no mínimo, na possibilidade de conduzir à conclusão de um contrato. Com isso, exclui-se o contato quanto ao tráfego privado e social, de visita cordial, de carona por

[238] ALMEIDA, C. F. de. *Texto e enunciado...*, p. 36.

gentileza, assim como o leve contato no trânsito, no qual qualquer um confia que o outro se comportará corretamente"[239] [240].

Em termos práticos, fala-se em responsabilidade contratual fática, derivada deste conceito de *potencialidade negocial*, para traduzir a situação de que, "seguramente, aquele que abre uma loja ou um restaurante e, com isso, exorta o 'público' a adentrar nesses locais, tem o dever de zelar para que não apenas o recinto em si se encontre em estado seguro para o comércio, mas ainda que o trânsito dentro do recinto possa se desenvolver sem dificuldades"[241]. Assim, por exemplo, se um determinado estabelecimento comercial estiver com seus produtos irregularmente dispostos, ao ponto de causar danos a (potenciais) clientes, estar-se-ia diante de uma responsabilidade reparatória de natureza eminentemente contratual, derivada de um vínculo contratual *fático* de *contato social,* em um contexto de potencialidade negocial.

As peculiaridades do cont(r)ato, neste contexto, estão intimamente relacionadas à lógica da vinculação *em potencial.* É preciso que haja a confluência de condutas em um campo propício à consolidação de um contrato propriamente dito, mesmo que não haja vontade direcionada a tal propósito. A intensidade do contato, dentro desse âmbito específico de potencialidade negocial, traz uma gama de interesses latentes e pode fazer com que "as condutas dos centros de interesses se coordenem e sejam típicas, de maneira a desempenharem,

[239] LARENZ, K. Culpa in contrahendo, ..., p. 351.

[240] Esta afirmação, apesar da lucidez com que é apresentada, merece uma análise um pouco mais profunda. Isso porque, a partir do que já se oportunizou explicitar até o momento, partindo-se da lógica do contrato fático com um vínculo coordenador de centros de interesses, pautado pela boa-fé e pela circunstância de potencialidade negocial, cabe indagar se elas relações amistosas (carona por gentileza e visita cordial) estariam totalmente excluídas da vinculação contratual. Por um lado, uma vez preenchidos tais requisitos, a relação não poderia suscitar efeitos contratuais? Entretanto, à contrapartida, seria lícito atribuir desdobramentos contratuais a relações eminentemente não comerciais, manifestante contrária à vinculação em forma de contrato? A vontade seria elemento suficiente para desqualificar tal situação? Há um critério distintivo satisfatório entre relações (de fato) amistosas não-contratuais e vínculos (de fato) contratuais? Algumas destas indagações estão sendo abordadas no presente trabalho ou ainda serão, oportunamente, enquanto que outras são excluídas deste estudo, quer pela limitação espacial a ela imposta, quer pela restrição objetiva de seu tema.

[241] LARENZ, K. Culpa in contrahendo, ..., p. 348.

concatenadas, uma função social, configurando, assim, contrato sem negócio jurídico"[242].

Sem dúvidas, portanto, só haverá a composição de um *contrato fático derivado das relações de contato social* quando os sujeitos *contratantes* estiverem relacionados em um contexto de potencialidade negocial, a partir da qualificação da relevância de suas condutas pelo ordenamento jurídico. Mesmo sem que haja a convenção de um dever principal de prestação, aos indivíduos, imersos neste emaranhado de contatos, condutas e efeitos jurídicos atribuídos pelo próprio ordenamento, nascem deveres de natureza obrigacional, cuja observância se mostra imperiosa, sob pena de serem responsabilizados, contratualmente, pelos prejuízos causados.

Uma importante dificuldade encontrada na configuração destas relações contratuais fáticas está em como fazer para justificar a vinculação entre as partes na ausência de expressão volitiva. Indaga-se isso, porque, em verdade, se um contrato fático não for dotado de exigibilidade, fatalmente deixará de ser eficaz sempre que puder afetar interesses alheios. E como todo contrato (fático ou não) atinge interesses que transcendem os limites da relatividade dos contratantes, é imprescindível que a relação contratual seja exigível, ainda mais em se tratando de contrato fático.

A exigibilidade da relação contratual é definida por Darcy BESSONE, a partir dos elementos de *consentimento* e de *vontade*. Nesse sentido, "quem promete, podendo deixar de fazê-lo, cria, voluntariamente, um limite à própria liberdade, relativo ao ato ou abstenção prometida"[243]. Ou seja, a intencionalidade do contratante em assumir um compromisso perante um terceiro já seria, em tese, fundamento suficiente à obrigatoriedade da relação contratual. Entretanto, quando se trata de relações contratuais de fato, em que o aspecto volitivo não se apresenta bem delineado, a tal conclusão não seria possível chegar.

Exatamente dentro desta lógica, faz-se imprescindível indagar qual o fundamento de exigibilidade de contratos fáticos, em que o consentimento e a

[242] SILVA, J. P. da. *Contrato sem...,* p. 32.

[243] BESSONE, D. *Do contrato...*, p. 28.

vontade estão ausentes? Quando não há declaração de vontade para a vinculação contratual, por que surge o contrato e como torná-lo exigível? A resposta para essas perguntas pode ser resumida em uma única ideia: boa-fé.

4.1.2 A boa-fé como elemento criador de obrigações e a leitura principiológica dos contratos fáticos

A doutrina alemã, especialmente em HAUPT, foi a precursora da análise da teoria das relações contratuais de fato. E a partir daí, seus conceitos e premissas foram sendo recepcionados pelos estudos doutrinários de diversos sistemas, em muitos países.

Além de reconhecer que, "nas condições do comércio jurídico moderno, certas relações contratuais se formam sem as correspondentes declarações de vontade, isto é, sem que haja um acordo de vontades"[244], HAUPT relacionou três grupos de relações contratuais de fato: i) o *contato social* estritamente concebido[245], antecessor da constituição contratual e componente da fase pré-contratual; ii) a participação de relações comunitárias (societárias ou de trabalho) sem um regular fundamento jurídico constitutivo; iii) e os resultados de deveres inerentes à prestação de bens e serviços essenciais (rede de água, gás e eletricidade, transporte coletivo e utilização de espaços públicos)[246]. Dentro desta categorização, parece fundamental que sejam dissecados todos esses grupos apontados pela teoria de HAUPT, dando-se ênfase às hipóteses de *contato social*, revistas a partir da leitura de Clóvis do COUTO E SILVA.

[244] Originalmente, *in* HAUPT, G. *Über faktische Vertragsverhältnisse.* Versão traduzida extraída de ALMEIDA, C. F. de. *Textos e enunciados...*, p. 27.

[245] O *contato social*, nestes casos, ratificando o que até o momento já se teve a oportunidade de mencionar, não se refere a qualquer vínculo interprivado mantido por sujeitos determinados no cotidiano. Para que um contrato fático surja neste contexto, é preciso que haja uma *potencialidade* negocial, vinculada à concatenação dos centros de interesses dos partícipes da relação jurídicas, imersos em um ambiente de condições voltadas ao *comércio jurídico* ou à prestação de serviços (públicos). Trata-se, portanto, de um *"*contato social qualificado". Esse expressão é de PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.*

[246] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, pp. 21 e 22.

4.1.2.1 Os contratos fáticos em espécie – a aberração contratual[247]

Quando se fala em relação contratual de fato, é possível que se traga à tona a crítica (à primeira vista, pertinente) acerca de tal nomenclatura, por, supostamente, induzir à conclusão de se estar diante de uma situação extrajurídica[248]. Ou seja, tal crítica pairaria sobre uma eventual imprecisão do termo: a análise superficial do termo *contrato fático* poderia levar à compreensão dúbia de que tais atividades socialmente típicas, porque desenvolvidas fora do âmbito dos negócios jurídicos, não se enquadrariam no conceito jurídico de *contrato*. Entretanto, uma leitura mais detida do tema é suficiente para dirimir esta interpretação, especialmente se se levar em conta a origem das relações contratuais fáticas, consubstanciada nas condutas e *fatos* cotidianos, em detrimento da clássica avocação da formação contratual pela vontade dos partícipes contratantes: o contrato, aqui, é *"de fato"*, porque se consolida pelas condutas sociais típicas, por *contatos sociais*, vinculantes de centros de interesses diversos.

Desta forma, em que pese seja possível, inicialmente, ler as relações contratuais de *fato* como elementos alheios à lógica jurídica, a partir da dicotomia pontiana de *mundo dos fatos* e *mundo do direito*[249]*,* "não cabe, naturalmente, se

---

[247] Fala-se em *aberração contratual*, pois foi exatamente dessa forma que a doutrina francesa encarou a formulação de contratos alheios à expressão volitiva, dando sinais de ainda repousar olhos sobre o paradigma clássico do contrato napoleônico. Embora, originalmente, a análise tenha sido feita com relação aos contratos de adesão, os quais foram reputados ineficazes diante do vício de vontade (ausência dos elementos conformadores da liberdade contratual), a lógica também parece condizente à figura dos contratos fáticos. Nesse sentido, *vide* RIPERT, Georges. *La règle morale dans lês obligations civiles*, p. 104. Ainda, acerca do tema, salutar é a leitura de NALIN, P. *Do contrato…*, pp. 170-171, especialmente quando analisa os contratos de consumo derivados de vendas por *telemarketing*, televisão e internet.

[248] LARENZ apontou a imprecisão neste mesmo sentido, ao mencionar que a denominação *relações contratuais de fato* "no es muy afortunada, ya que induce a la conclusión de que al propio tiempo se trata de procesos extrajurídicos." *In.: Derechos de Obligaciones*, p. 60.

[249] Ver t. I, do *Tratado de Direito Privado,* especialmente parágrafo 2º, "mundo e fato". Neste ponto, PONTES DE MIRANDA faz uma salutar distinção entre o *mundo dos fatos* e o *mundo jurídico*: enquanto aquele é composto de *fatos* (concebidos, aqui, como toda *"mudança* no mundo"), este é formado por *fatos jurídicos*, ou seja, toda mudança no mundo que tenha relevância para o Direito.

referir a tal nesse sentido; o que ocorre é que o que atribui significado jurídico a esses processos não é a vontade jurídica negocial dos participantes, mas sim a valoração jurídica obtida, por assumir uma conduta social típica"[250]. Em outras palavras, portanto, o uso do termo *contratos fáticos* parece pertinente e acertado à espécie, porque os seus efeitos e reflexos podem até ser derivados da lei, mas a sua natureza contratual não o é – decorre, sim, da própria tipicidade da conduta social, imersa no âmbito da potencialidade negocial, cujas relevância e valoração são atribuídas pelo ordenamento jurídico.

Reconhecer a juridicidade dos contratos fáticos, portanto, nada mais é do que promover um elastecimento das fontes das relações contratuais, no sentido de se reconhecer a sua configuração para além da mera vinculação derivada da vontade. Assim, os contratos passariam a ter origem em dois fundamentos basilares: **i)** os negócios jurídicos bilaterais, embasados na expressão da vontade e na *máxima* da autonomia privada; e **ii)** as condutas socialmente típicas, deflagradas por dois ou mais centros de interesses[251].

Definida a *juridicidade* e a *pertinência* do uso do termo "contrato fático", passa-se à análise pormenorizada de suas *espécies*, as quais, conforme já se teve a oportunidade de mencionar, nos termos da doutrina de HAUPT, se dividem em três tipos específicos (*contato social, relações comunitárias juridicamente irregulares e relações resultantes da prestação de bens e serviços essenciais).*

As relações contratuais derivadas de *contato social* compõem o que se convencionou denominar de "fase pré-negocial", embora se afirme que, em COUTO E SILVA, essa concepção é elastecida, reconhecendo-se que tais

---

Se algum fato interessa ao Direito, este recebe a chancela necessária e passa a compor o *mundo jurídico*. Portanto, em tese, falar de relação contratual de *fato,* em um primeiro momento, seria considerá-la elemento alheio (ou externo) ao campo da juridicidade, o que não se sustenta em qualquer medida.

[250] Tradução livre de: "No cabe, naturalmente hablar siquiera de esto; lo que ocurre es lo que atribuye significado jurídico a estos procesos no es la voluntad jurídica negocial de los participantes, sino la valoración jurídica que obtienen el tráfico por suponer una conducta social típica." *In.:* LARENZ, K. *Derecho de Obligaciones*, p. 60.

[251] Corroborando tal entendimento, *vide* C. A. da MOTA PINTO (*Cessão da posição...*, p. 259), A. MENEZES CORDEIRO (*Da Boa-fé...*, pp. 555 e 641) e C. F. de ALMEIDA (*Texto e enunciado...*, p. 29).

hipóteses não podem ficar resumidas às atividades pré-contratuais, salvo tratamento legislativo específico[252].

No âmbito da pré-contratualidade, realizam-se as tratativas e os acertos prévios à celebração de um negócio jurídico, quando se está diante de legítimas e verdadeiras declarações de vontade. Quando esta vontade é ausente, a conduta socialmente típica supre o requisito da formação do contrato, trazendo a boa-fé e a potencialidade como elementos suficientes à consolidação de um vínculo genuinamente contratual.

A fase *pré-contratual* não pode ser encarada como parte simples e descomplicada tão-somente por ser preliminar ao próprio contrato. Ela pode, sim, se relevar demasiadamente complexa, na medida em que

> determinados comportamentos humanos, observados nessa fase, embora não configurem verdadeiras declarações de vontade, a ponto de concluírem um negócio jurídico, podem ser considerados típicos e correspondentes, no sentido de que, conforme as condições de tráfego, tais comportamentos estarão ligados a uma consequência obrigacional. Nasce, então, uma relação contratual de fato, ou contrato sem negócio jurídico[253].

O que se tem, portanto, é a formação de contratos *fáticos* derivados do *contato social,* ou seja, de *comportamentos socialmente típicos*, juridicamente relevantes. Estes comportamentos, entretanto, não podem ser confundidos com declarações *tácitas* de vontade, ainda que atuando na condição de legítimas fontes obrigacionais: mais do que gerar efeitos equiparáveis aos contratos, as condutas típicas são responsáveis pela formação de contratos na sua forma genuína, concebidos estes como relações jurídicas econômicas, direcionadas à organização da vida em sociedade, garantidores da dignidade dos sujeitos de direito, a partir dos elementos de exigibilidade, relatividade e vinculação de dois ou mais centros de interesses, fundados ou não em negócios jurídicos. Em sentido

[252] Nesse sentido, *vide* item 3.2.1, acima, especialmente n. 191.

[253] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 35

diverso dessa conclusão, Emilio BETTI não considera os comportamentos concludentes como hábeis à formação de verdadeiros contratos, sendo relações das quais decorrem efeitos *semelhantes* aos dos contratos, ainda que integráveis como fatos jurídico-negociais[254].

Há de se ter, dentro dessa lógica do *contato social*, uma compatibilização entre os elementos de conduta social típica, usos de tráfego e princípio da boa-fé[255]. Imprescindível o preenchimento de tais requisitos para que se possa vislumbrar a consolidação de um contrato fático derivado do *contato social* e, consequentemente, que se possa demandar uma reparação também contratual de seu descumprimento.

Do ponto de vista patológico, a infração à relação contratual derivada de contato social se calca na chamada *culpa in contrahendo*, concebida, segundo IHERING, como a necessária "indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição"[256]. Neste particular, fala-se em contratos não chegados à perfeição para se referir àqueles inadimplidos ainda na fase pré-contratual (fase das *tratativas* para os negócios jurídicos ou fase do *contato inicial* para os contratos fáticos), enquanto que os contratos nulos seriam aqueles em que o aspecto volitivo não estivesse presente.

Aqui, é preciso sinalizar que, verdadeiramente, para a teoria clássica, contratos em que a vontade dos partícipes não estivesse presente seriam declarados nulos[257]. A partir disso, portanto, não haveria, em tese, a obrigação de indenizar por parte daquele que descumprisse um contrato desprovido do aspecto volitivo ou consubstanciado em uma vontade viciada. A teoria da *culpa in*

---

[254] BETTI, E. *Dei cosidetti rapporti contrattuali di fatto,* p. 248. Neste ponto, o autor traz a ratificação do posicionamento de LARENZ, para quem é possível haver contratos derivados de comportamentos concludentes, *segundo parâmetros legais ou usos do mercado; possibilidade de formação de contratos em aparente contradição com o princípio consensualístico*.

[255] "Reconhece-se como centros de *imputação negocial* declarações não intencionais, desde que, de acordo com a boa fé, tendo em conta os usos de tráfico, produzissem a aparência de um comportamento negocial, e também as declarações com efeito negocial normalizado segundo uma tipificação legal." *In.:* ALMEIDA, C. F. de *Texto e enunciado...*, p. 35.

[256] Este é, exatamente, o título dado à sua obra: IHERING, R. V. Culpa in contrahendo *ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição.*

[257] IHERING, R. V. Culpa in contrahendo…, p. 10.

contrahendo, portanto, viria para suprir esta lacuna, reconhecendo o dever indenizatório também para o descumprimento de relações contratuais sem vontade (por exemplo, contratos fáticos derivados de *contato social*). Desta forma, portanto, "a elaboração originária da doutrina da *culpa in contrahendo* partiu, pois, da verificação da insuficiência da disciplina voluntarista do negócio jurídico"[258].

A questão da *culpa in contrahendo* será revolvida na segunda parte do presente capítulo[259]. Por ora, fica-se apenas com a delimitação do conteúdo contratual das relações fáticas derivadas de *contato social*, em si suficiente para a caracterização da primeira espécie de relação contratual de fato, nos termos da teoria de HAUPT.

A segunda categoria trazida por HAUPT retrata as hipóteses das sociedades formadas no plano fático, mas sem ato constitutivo formal, inerente ao surgimento da sua personalidade jurídica, bem como as hipóteses dos contratos fáticos de trabalho, concebidos como aqueles não formalizados (seja escrita, seja verbalmente), mas com o preenchimento real de todos os elementos caracterizadores do vínculo trabalhista.

As sociedades em comum ou sociedades de fato estão previstas no Código Civil[260] como espécies de sociedade não personificada, com a pendência de inscrição de seus atos constitutivos, sendo-lhes possível, entretanto, agir judicialmente e responder, por meio de seu patrimônio, pelas obrigações assumidas[261]. Verdadeiramente, às sociedades de fato resta ausente a *personalidade jurídica*[262], ainda que lhe seja viável estabelecer relações jurídicas e vinculações de caráter contratual (fático).

---

[258] IHERING, R. V. Culpa in contrahendo..., notas introdutórias de Paulo MOTA PINTO, p. X.

[259] *Vide* item 4.2, abaixo.

[260] Artigos 986 a 990, do Código Civil de 2002.

[261] A definição lapidar do conceito de sociedade de fato se encontra em Francisco AMARAL, para quem, de forma clara e objetiva, é "aquela sociedade que, não preenchendo os requisitos legais para sua existência jurídica, tem, contudo, uma existência material." (*In.: Direito Civil – Introdução*, p. 217).

[262] Segundo o artigo 985, do CC/02, "a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)." Assim, ausente a inscrição dos atos constitutivos, inexistente é a personalidade jurídica de tais pessoas coletivas.

A *faticidade* das relações contratuais mantidas pelas sociedades em comum está na circunstância de lhe ser ausente o elemento da personalidade jurídica, o que, fatalmente, excluiria a possibilidade de manutenção de vínculos derivados da vontade. A existência material dessas sociedades autoriza a prática de atos da vida civil ou comercial como se regulares fossem. Contudo, o não preenchimento do requisito jurídico-formal da inscrição dos atos constitutivos impede a condição de exercício da manifestação de vontade da sociedade jurídica não personificada, sendo-lhes inerente a realização de contratações *fáticas*, sem negócio jurídico fundante.

A imperiosidade do reconhecimento da existência dessas sociedades não personificadas trazida pelo complexo mundo das relações econômico-sociais hodiernas faz com que seja necessário disciplinar o conjunto de vínculos de natureza contratual estabelecidos por tais sociedades. Nesse sentido, *disciplinar* não significa ser necessária a criação de novas leis para albergar estas hipóteses de contratação fática; basta que se adote um novo olhar sobre o mesmo ordenamento, assumindo-se a relevância e a preeminência de relações contratuais fáticas derivadas de condutas socialmente típicas, as quais são praticadas por sociedades sem personalidade jurídica.

Paralelo aos contratos celebrados por sociedades em comum, trazem-se à tona, "nesse mesmo grupo, as relações de trabalho que se mantêm sem contrato escrito, mas que reúnem todas as suas características essenciais, quais sejam, habitualidade, subordinação e remuneração"[263]. Ou seja, reconhece-se como inequívoca relação contratual o vínculo *fático* de trabalho, com o predomínio da realidade sobre a formalidade constitutiva do vínculo. De fato, não é requisito ao contrato de trabalho ser escrito; todavia, o que se aponta aqui é a ideia da ausência da formalização volitiva da contratação de trabalho (ainda que verbal), sem que tal lacuna desnature o caráter contratual do vínculo.

[263] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 22, n. 17. Na verdade, as características de habitualidade, subordinação e remuneração compõem o conceito do contrato de *emprego*, como espécie do contrato de trabalho. De qualquer forma, apesar da imprecisão terminológica, o apontamento é válido, na medida em que, essencialmente, traça uma definição cirúrgica das relações fáticas de trabalho, reconhecendo-as como genuínos contratos de fato.

A terceira espécie de relação contratual fática é a relativa aos resultados de deveres resultantes da prestação de bens e serviços essenciais. Nesses casos, “quando alguém entra em um ônibus, ou utiliza-se da energia elétrica ou deixa um veículo em um estacionamento, faz isso sem qualquer manifestação de vontade dirigida com o fim de realizar um contrato. A inexistência do contrato expresso não impede, todavia, que o usuário tenha de pagar pelo que utilizou ou consumiu”[264], da mesma forma que não exime o prestador do serviço de fazê-lo de forma satisfatória aos interesses do usuário/consumidor.

Para essas hipóteses, inexiste declaração de vontade, embora haja uma conduta típica que faz surgir o vínculo contratual de fato, com todos os desdobramentos e efeitos inerentes a tal figura. Já se teve a oportunidade de mencionar, mas parece ser salutar revolver, neste ponto, a ideia de que a desvinculação da vontade é, na verdade, a desvinculação da *vontade negocial*, porque todo ato praticado pressupõe a vontade (de praticar o ato). O que se traz é a desnecessidade de acusar uma vontade negocialmente dirigida para que se apure a existência de um contrato. A relevância está na valoração que o ordenamento dá aos atos praticados e não na intencionalidade da conduta. Indubitavelmente, os contratos fáticos prescindem da volitilidade contratual, admitindo-se a configuração estrita da vontade à prática do ato.

No âmbito da contemporânea complexidade de circulação de bens em massa, “diversas prestações do mesmo tipo, especialmente prestações de transporte, são oferecidas publicamente de forma que qualquer um pode e tem a permissão de fazer uso de fato da prestação, sem que se espere uma conclusão prévia de contrato, um acordo expresso ou mesmo ‘tácito’ sobre prestação e preço”[265]. Assim, há a necessidade de se admitir a configuração de contratos fáticos também no campo da prestação de bens e serviços públicos, para o fim de nos libertarmos da forma tradicional e antiquadra da declaração de vontade como elemento intrínseco à contratação e, consequentemente, criarmos um conceito de

[264] AMARAL, F. *Direito Civil...*, p. 219.

[265] LARENZ, K. O Estabelecimento de Relações..., p. 58.

contrato que mais se aproxime da realidade hodierna, inclusive para o âmbito do serviço público.

O fornecimento de energia elétrica e de tratamento de esgoto, por exemplo, como puros tipos de serviços públicos, não é formalmente contratado. Faticamente, prestam-se os serviços, para que, em contraprestação, se pague o valor a eles correspondente. A mera ausência de contratação formal não exime este pagamento, da mesma forma que reclama uma prestação satisfatória dos serviços. Exatamente por isso, reconhece-se a natureza contratual do vínculo mantido entre os partícipes desta relação, adjetivado pelo aspecto *fático*, eis que ausente a vontade qualificada à celebração do liame negocial[266].

Nesse particular, destaca-se que a referida conclusão não poderia ser diferente, na medida em que os fatores ligados à liberdade de contratação e à autonomia da vontade são inerentes ao modelo de *negociação individual*, ultrapassados pelos contratos de massa[267], nos quais o aspecto objetivo da conduta é que determina a constituição do enlace contratual: a boa-fé ganha destaque nesta categoria[268].

As espécies de contratos fáticos apresentados pela doutrina alemã se mostram com grandes diferenças entre si[269], mas parecem apresentar algumas

---

[266] Em seu texto clássico, que ilustra bem o que ora se apresenta, LARENZ inicia dando o exemplo do homem que entra no bonde, mas não é cobrado. Ao chegar ao seu destino, ele se recusa a pagar, porque, efetivamente, não celebrou qualquer contrato (na acepção clássica), dado não ter (supostamente) manifestado sua vontade inequívoca de assim proceder. Ainda que não expressa a vontade, LARENZ destaca a vinculação por meio de um *comportamento concludente*. *Vide*: O Estabelecimento de Relações..., p. 55.

[267] Nesse sentido, *vide* Giovanni D´AMICO, para quem "libertà e consapevolezza del volere, nel sistema del codice civile (...), sono tutelate essenzialmente attraverso la disciplina dei vizi del consenso, che è una disciplina chiaramente costruita a misura del modello della contrattazione individuale. Tale disciplina appare ormai superata dal fenomeno della moderna contrattazione di massa". *In.: "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, p. 269.

[268] *"(...) la dichiarazione di ciascun accettante sta ad esprimere la sua adesione all´autoregolamento di interessi divisato, presupposto essenziale per la conclusione de contratto*". *In.:* SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*, p. 111.

[269] K. LARENZ, um dos responsáveis pela disseminação das ideias de HAUPT pelo mundo, critica essa ideia de condensar estas três espécies em um mesmo conceito de relações contratuais de fato, especialmente em vista da diversidade apresentada por cada uma delas. Nesse sentido, *vide* O Estabelecimento de Relações..., p. 58.

características em comuns, para as quais se chama a atenção. Verdadeiramente, há um hiato insuperável entre o conceito de contrato (clássico) e as espécies elencadas neste tópico do presente estudo, eis que o aspecto volitivo deixa de marcar a consolidação das relações contratuais. A tipicidade da conduta social, fonte sublime da contratação fática, suplanta a máxima tradicional do contrato como decorrência direta da vontade de seus partícipes.

Como já se salientou, o foco do presente estudo está nos contratos derivados de *contato social.* Portanto, as outras duas categorias, embora permeiem as ideias aqui desenvolvidas, não serão analisadas com maior profundidade. No que tange, especificamente, aos contratos fáticos derivados de *contato social,* a definição anteriormente apresentada trouxe consigo uma conclusão relevante: a substituição dos deveres precípuos do contrato-negocial pelo princípio da boa-fé no âmbito dos contratos fáticos – o princípio da boa-fé é condição para a própria formação das relações contratuais de fato (derivada de *contato social*)[270], na medida em que é ele o regente dos reflexos derivados do vínculo estabelecido entre as partes[271] – o que é dever lateral em uma contratação derivada da vontade dos contratantes passa a ser dever principal em um contrato fático, eis que ausente a volição necessária à determinação dos desdobramentos e dos efeitos do contrato[272] [273].

[270] Em C. do COUTO E SILVA se encontra argumento ratificador desta conclusão, especialmente quando afirma que, a depender do grau de intensidade dos deveres derivados da boa-fé, estes "podem, até, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais." (*In.: A Obrigação como Processo*, p. 31).

[271] Para essas hipóteses, "tem-se, segundo o entendimento atual, deveres legais de cuidado, conservação e consideração, cuja desobediência gera pretensões de indenização segundo princípios de responsabilidade contratual (§§ 276, 278 BGB), mas nenhum dever primário de restar, capaz de permitir que se processe para obter simplesmente o seu cumprimento." *In.:* LARENZ, K. O Estabelecimento de Relações..., p. 57.

[272] Dentro deste contexto, em que a boa-fé passa a ser elemento fundamental na constituição das relações contratuais fáticas, parece cabível a definição deste princípio do "pressuposto de existência do contrato" (*vide* NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*, pp. 341-390). Mas, até onde se pode apurar, a inerência da boa-fé à existência do vínculo contratual só seria compatível dentro do campo das relações contratuais de fato.

[273] Em sentido contrário, o posicionamento de C. F. de ALMEIDA, para quem a boa-fé "não é fonte de obrigações mas critério do seu desenvolvimento." (*In.: Texto e Enunciado...*, p. 30).

4.1.2.2 A boa-fé

Feita essa breve *digressão* por meio da qual se buscou apresentar os *contratos fáticos em espécie*, a partir da teoria de HAUPT, revolve-se o tema anterior relativo à incidência do princípio da boa-fé enquanto elemento *sine qua non* da existência das relações contratuais de fato. Quer como componente conceitual, quer, ainda, como requisito de exigibilidade e de vinculação desses contratos, a boa-fé se apresenta em papel de inequívoco destaque no estudo dos contratos de fato (sem negócio jurídico e, consequentemente, desprovidos do aspecto volitivo).

Preliminarmente à inserção do tema da boa-fé no âmbito dos contratos fáticos, é preciso (ao menos, tentar) conceituar este princípio fundante do Direito Civil, inerente às *figuras de ponta* e aos *institutos tradicionais* da civilística, tais como o abuso de direito, a culpa na formação dos contratos, a posse, o casamento putativo, as relações contratuais de fato, entre tantos outros. Entretanto, logo de início já se encontra um obstáculo instransponível na experiência conceitual da boa-fé, uma vez que, "sendo uma criação do Direito, não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria (...) uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse género seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção"[274]. Assim, a forma mais adotada pela doutrina para a definição deste princípio, que não por meio de uma conceituação estanque, é a partir da construção de seu conteúdo, especialmente com base na diferenciação dicotômica entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva e, ainda, tendo por plano de fundo a evolução histórica do instituto. E é por esse caminho que aqui também se trilhará.

A boa-fé, tal qual hodiernamente concebida, encontra base linguística e conceitual na longínqua e primitiva *fides* romana, subdividida em *fides*-sacra (a deusa Fides representava a lealdade e a entrega), *fides*-fato (desconectada do aspecto religioso, estava associada à noção de garantia) e *fides*-ética (mais do que um fato, a garantia expressa pela *fides* estaria intimamente relacionada a

[274] MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, pp. 17 e 18.

conceitos de moral e dever)[275]. Já na Idade Média, a *bona fides* adaptou-se a uma ordem canônica, ligada às ideias de ausência de pecado e de valor afetivo. Mas foi em SAVIGNY que a boa-fé atingiu um elevado grau de maturidade, muito próxima do que se tem hoje, embora seja preciso assinalar o vasto campo lacunoso ainda presente nos estudos desse princípio[276].

Embora o autor alemão tenha deixado como principal legado o estudo acerca da *posse* e da boa-fé no campo da *patrimonialidade*, é possível encontrar importantes elementos da principiologia da *bona fides* na órbita contratual. E o primeiro deles está na sua concepção enquanto "factor de reforço da ligação contratual"[277].

Esse embrionário estudo pandectista já sinalizava uma leitura contratual sob o ponto de vista da *previsibilidade* dos atos dos contratantes, necessária à manutenção de uma vinculação contrabalanceada, equânime entre os partícipes. Ainda que compreendida como "uma referência cultural de aplicação multifacetada", a boa-fé já ganha em SAVIGNY o *status* de elemento garantidor de uma "composição contratual equilibrada, na falta de regulação legal expressa"[278].

A literatura hodierna que trata da boa-fé divide a sua conceituação em um plano categórico-dicotômico, diferenciando a boa-fé objetiva, inerente à conduta do contratante, e a boa-fé subjetiva, relacionada à intencionalidade do sujeito partícipe da relação contratual. Sobre tal distinção já se teve a oportunidade de tratar anteriormente[279], da mesma forma que se já constatou o

---

[275] Nesse sentido, cf. MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, pp. 55 e ss.

[276] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé...*, p. 20.

[277] MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, p. 304.

[278] MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, p. 306.

[279] *Vide,* especialmente, item 2.2.3, acima. A dicotomia básica do princípio da boa-fé, corroborando a doutrina citada de Carlos Alberto da MOTA PINTO, em sua *Teoria Geral do Direito Civil*, se traduz na seguinte distinção: a boa-fé subjetiva, ligada ao *estado de consciência do contratante*, assim se denomina "porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesa a outrem"; já a boa-fé objetiva se traduz pelo "modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade." *In.:* MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 411).

fato de a aplicabilidade do princípio da boa-fé às relações contratuais ser um desdobramento lógico da tendência de constitucionalização do Direito Privado, mais especificamente, do Direito Civil. Neste particular, entretanto, faz-se necessário desenvolver algumas linhas a mais, para se aprofundar no tema.

O movimento de leitura constitucional do contrato, no qual está inserida a incidência principiológica da boa-fé, promoveu uma verdadeira *funcionalização* e uma *socialização* desse instituto privado, protegendo-se não apenas as expectativas dos contratantes, mas, agora, também, todos os interesses de terceiros, originalmente alheios ao liame contratual, que experimentam os efeitos gerados pela relação interprivada.

A derrocada do *pacta sunt servanda* permitiu a revisão contratual pelo Poder Judiciário, quando da existência de prejuízos a uma das partes contratantes, da mesma forma que, especialmente por meio da boa-fé, reconheceu-se a criação de deveres para além daqueles formal e expressamente contratados, inerentes não mais apenas ao *devedor*, mas a ambas as partes. O problema dessa perspectiva, entretanto, foi ter tradicionalmente reduzido à boa-fé a criação de deveres *secundários*, anexos à obrigação principal, em um legítimo movimento de pulverização da relevância do princípio às contratações.

A concepção que se tem do princípio da boa-fé no âmbito contratual, ao menos sob a ótica da doutrina brasileira, ainda está atrelada à lógica da criação de deveres laterais/anexos à prestação principal. Ou seja, embora se reconheça a presença desse viés principiológico nas relações contratuais, a importância da boa-fé é renegada ao segundo plano: "os autores que, no Brasil, versaram sobre 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"[280].

Quando se está diante das relações contratuais de fato, o papel da boa-fé parece ser ainda mais relevante, especialmente do ponto de vista da ausência de um negócio jurídico fundante do contrato, bem como da inexistência, em

[280] COUTO E SILVA, C. V. do. *Da obrigação...*, p. 35.

determinadas situações, de um vínculo prestacional principal[281]. Em ambas as circunstâncias, cabe ao princípio da boa-fé firmar o liame interprivado, gerado pelas conjecturas fáticas do cotidiano (cujos efeitos são atribuídos pelo próprio ordenamento), da mesma forma que lhe incumbe compor o objeto central da relação contratual (de fato)[282].

O princípio da boa-fé possui múltiplas significações dentro do Direito. Desde o âmbito dos Direitos Reais, no qual as funções sociais da posse e da propriedade estão umbilicalmente ligadas a tal leitura principiológica, até o campo dos direitos obrigacionais, em que a boa-fé se mostra como elemento de maior protagonismo ainda, especialmente no que tange à constituição de deveres não contratualmente previstos pelos/aos partícipes das relações jurídicas, conclui-se que esse princípio tem papel central na formação de institutos pouco delineados pelo ordenamento, tal quais as relações contratuais fáticas.

Em tempo, é preciso salientar que o princípio da boa-fé, para além de constituir o ponto nevrálgico da vinculação e da exigibilidade dos contratos fáticos, ainda faz surgir deveres (laterais) para ambas as partes, e não apenas para o devedor originário da relação interprivada. Ou seja, a teoria clássica da boa-fé, segundo a qual a sua incidência no direito obrigacional é responsável pela formação de deveres secundários e anexos à prestação principal, não é, em si, equivocada, embora seja, sem dúvidas, insuficiente.

Verdadeiramente, o princípio da boa-fé tem o condão de fazer surgir deveres e obrigações que transcendam os limites da prestação central do vínculo

[281] Em seu artigo já citado aqui (Culpa in contrahendo...), K. LARENZ dá o exemplo da consumidora que foi atingida por tapetes em uma loja, os quais caíram da estante sobre o seu corpo enquanto os analisava (*vide* n. 287, acerca do *caso dos tapetes de linóleos*). Neste mesmo texto, o autor cogita a equiparação de tal situação (responsabilidade contratual do comerciante de restituir os prejuízos sofridos pela cliente) à de alguém que estava ao lado dessa consumidora, mas sem nada comprar; ou, mais ainda, dá o exemplo do (potencial) cliente que adentra a um restaurante e apenas senta em uma mesa sem nada pedir: mesmo sem haver uma prestação principal do ponto de vista do contrato (fático), a boa-fé faz as vezes de promover a vinculação desses contratantes e, mais, modular a natureza contratual da relação fática realizada. Daí, portanto, a noção de *contratos sem uma prestação principal.*

[282] Essa lógica está ilustrada pela conclusão alcançada por C. do COUTO E SILVA, para quem "há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé." *In.: Da obrigação...,* p. 38.

intersubjetivo. Entretanto, para a hipótese dos contratos fáticos, este princípio pode ser o responsável pela formação do próprio objeto fundamental da relação obrigacional – neste caso, é a boa-fé que preenche o espaço vazio deixado pela ausência de vinculação volitiva dos contratos fáticos, alheios à existência de negócio jurídico fundante[283].

Dos deveres (sejam secundários, sejam principais na relação contratual) decorrentes da boa-fé advêm, logicamente, os direitos a eles contrapostos e as limitações à composição das cláusulas contratuais (ou, no caso dos contratos fáticos, em que não há a formação volitiva de cláusulas, a limitação incide sobre a exigibilidade e sobre a geração de efeitos da relação jurídica). A depender da intensidade e da relevância desses deveres na relação contratual, eles podem compor desde a margem mais extrema do conjunto vinculativo, até o centro fundamental do liame intersubjetivo. Em outras palavras, "os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam"[284]: no caso dos contratos fáticos, então, em que se pode vislumbrar, em determinados casos, a ausência de um objeto prestacional basilar, sobreleva-se a importância dos limites e contornos impostos pela boa-fé, passando esta a constituir o próprio conteúdo dos deveres principais. Os contornos das relações contratuais de fato desenhados pelo ordenamento jurídico fazem com que "o princípio da boa-fé, nesse caso, possa ser invocado como um dos fundamentos jurídicos para tutelar referido contrato"[285].

A função primordial da aplicação do princípio da boa-fé na seara dos contratos é a de compatibilizar a lógica dedutiva do ordenamento jurídico às exigências éticas e aos padrões de conduta assumidos pela sociedade hodierna. Nessa atividade conciliadora, o papel do Estado (especificamente, por meio do Poder Judiciário) no reconhecimento formal da relação contratual, bem como na

[283] SILVA, J. P. da. *Contrato sem...*, p. 132.

[284] COUTO E SILVA, C. V. do. *Da obrigação...*, p. 31.

[285] SILVA, J. P da. *Contratos sem...*, p. 32

delimitação dos direitos, deveres e efeitos dela decorrentes é imprescindível dentro da lógica que ora se apresenta[286].

Unindo as duas ideias aqui apresentadas, segundo as quais (i) o contrato fático pode não contemplar uma prestação principal, tal qual definida no vínculo fruto da volição dos contratantes, e (ii) é o princípio da boa-fé que formalmente torna pertinente a natureza contratual das condutas socialmente relevantes, parece oportuno indagar de que é formada essa relação contratual, ou, em outras palavras, o que compõe o núcleo do contrato para que a sua exigibilidade possa gerar algum efeito prático aos contratantes.

No clássico exemplo dos *tapetes de linóleos*[287], embora não tenha havido uma contratação formal, o RG (*Reichsgericht* – tribunal superior alemão à época, substituído posteriormente pelo BGH – *Bundesgerichtshof*) reconheceu a responsabilidade do estabelecimento em indenizar a (potencial) cliente, tendo sido tal responsabilidade caracterizada como de natureza contratual. O fundamento para tal está, exatamente, no preenchimento do cerne contratual pelo princípio da boa-fé, ou, mais especificamente, pelos *deveres de conduta* dele derivados. O que seria, à primeira vista, encarado como dever lateral/anexo, ganha *status* de protagonismo, formando e justificando a própria existência do contrato.

O objeto principal da relação contratual fática, neste caso, portanto, é menos a prestação (decorrente da volição expressa pelos contratantes) e mais os

[286] Aqui parece fundamental apresentar uma divergência doutrinária com relação ao arbítrio de aplicação do princípio da boa-fé: para C. V. do COUTO E SILVA, a atividade do juiz, neste particular, seria importante, embora o seu arbítrio na aplicação do princípio não seja subjetivo, "pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar." (p. 42). Em sentido contrário, embora não se negue a incidência dos demais princípios jurídicos nas relações contratuais, P. NALIN trata da aplicação *subjetiva* da boa-fé *objetiva,* no sentido de, em sendo a boa-fé objetiva um *standard* jurídico que reflete a figura do homem médio ou do bom pai de família, "construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias,* é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sociocultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz." (*Do Contrato...*, p. 133).

[287] Em 1922, uma cliente adentra a uma loja e pede para ver alguns tapetes de linóleos. O atendente, dispondo de forma irregular os rolos de tapetes para mostrar à cliente, faz com que estes caiam sobre ela, causando-lhe danos. Para mais, *vide* item 4.1.3.1, abaixo.

deveres “anexos”, inerentes ao *contato social* estabelecido em um âmbito de potencialidade negocial. A expectativa de conclusão do contrato não é em si suficiente à caracterização da natureza contratual da responsabilidade[288]. A boa-fé o é, na medida em que atua como o princípio que “dá conteúdo ao comportamento que o [agora] contratante pratica em face da concreta parte contrária com que se relaciona”[289].

É inequívoco que, até mesmo por uma questão de necessidade derivada dos contornos das relações sociais hodiernas, “a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo”[290]. Assim, tanto da vontade (para os negócios jurídicos, ligados à vontade dos partícipes) quanto dos interesses juridicamente valorizados (derivados da boa-fé, inerentes aos contratos fáticos) dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual.

Este é o entendimento que se extrai da realidade vivida e praticada pela ciência jurídica de nosso país. A partir daí, é preciso analisar como se entendem as questões de relações contratuais de fato e, principalmente, a incidência do princípio da boa-fé como elemento necessário e suficiente à composição de vínculos contratuais fáticos. Para tanto, analisar-se-ão experiências concebidas em determinadas tradições jurídicas escolhidas não por um critério totalmente aleatório, mas, fundamentalmente, em vista da efetiva influência por elas causada ao sistema brasileiro.

---

[288] Além de a expectativa também figurar no campo da extracontratualidade, ela destoa do viés *objetivo* assumido quando da definição do contrato fático, desvinculado da vontade dos partícipes da relação jurídica; ainda, já se teve a oportunidade de mencionar a imprecisão do conceito de *expectativa*, especialmente quanto à – suposta – possibilidade de se estabelecer gradientes de probabilidade de condutas, que podem vacilar entre os campos da responsabilidade contratual e da responsabilidade delitual. *Vide*, ns. 173 e 174, acima.

[289] Tradução livre de: “principio che dà contenuto al comportamento del singolo contraente nei riguardi della concreta controparte che egli si trova di fronte”. *In.:* D’AMICO, G. *Regole di validità*..., p. 338.

[290] COUTO E SILVA, C. V. do. *Da obrigação...*, p. 31.

4.1.3 Os contratos sem negócio jurídico e a experiência jurisprudencial no direito comparado

Os *contratos sem negócio jurídico* são, em síntese, a essência máxima das relações de contato social. Delas derivam vínculos eminentemente contratuais, nos quais é desarraigada a noção tradicional de imprescindibilidade do aspecto volitivo, entendido este, aqui, como a intencionalidade dos contratantes expressa e direcionada propriamente à conclusão do liame contratual. Enquanto a vontade (qualificada) seria elemento inerente à própria natureza do negócio jurídico, há de se reconhecer a existência de contratos sem negócio jurídico fundante, ou seja, relações contratuais em que não se vislumbra a existência de manifestação de vontade que não aquela relacionada à própria prática da conduta socialmente típica.

Essa lógica dos contratos sem negócio jurídico (relações contratuais desprovidas de vontade) apresenta facetas diversas em doutrinas de vários países. Para o fim de fundamentar o estudo a que ora se lança, buscar-se-ão analisar as experiências construídas nos principais[291] sistemas jurídicos do *civil law* (Alemanha, Portugal e Itália), bem como nos maiores expoentes do *common law* (EUA e Inglaterra).

4.1.3.1 Alemanha – o berço *do contrato fático*

A construção do conceito de relação contratual fática, no Direito alemão, adveio do julgamento, em 1922, do que ficou conhecido como o *caso dos tapetes de linóleo.* Um resumo dos fatos parece salutar à compreensão global da origem germânica do tema: uma senhora adentrou a uma loja e pediu ao

[291] Para que não haja injustiças, é preciso sinalizar que se elegeram tais sistemas jurídicos como *principais* apenas do ponto de vista da influência das tradições portuguesa, italiana e alemã à construção do ordenamento brasileiro, especialmente no que tange à doutrina dos contratos fáticos. Nestes sistemas, ao que se consta, os estudos acerca do tema alcançaram, até o momento, o que de mais avançado se pode desenvolver. Daí, portanto, a justificativa à sua escolha, bem como à sua já referida adjetivação.

atendente para que lhe fossem mostrados alguns exemplares de tapetes de linóleos, dispostos em grandes rolos. Durante a mostra, o atendente acabou dispondo de forma irregular os rolos de tapetes, que acabaram caindo da prateleira e atingindo diretamente a cliente, que sofreu, com isso, diversas lesões corporais.

Ao julgar o caso, o extinto RG (*Reichsgericht*), substituído pelo atual BGH (*Bundesgerichtshof),* trouxe à tona a tese de se reconhecer a existência de uma responsabilidade de natureza contratual por parte da loja, ainda que sem a presença de um vínculo contratual formalizado entre as partes, concebido este como o liame derivado diretamente da expressão da vontade dos contratantes, estando as partes envolvidas ainda em etapa de *preparação* ou de *negociação prévia*, sem a certeza da celebração do contrato. Para fundamentar tal posicionamento,

> o RG [atual BGH] viu no pedido de exposição dos tapetes de linóleo a circunstância através da qual teria surgido "entre as partes uma relação jurídica preparatória de compra, a qual tem um caráter semelhante ao contratual e nisso gerou vinculações de natureza jurídico-negociais." Desconsiderando que a doutrina atual não vê mais a "relação jurídica preparatória" como uma relação obrigacional jurídico-negocial, mas sim como uma relação obrigacional baseada em norma jurídica objetiva, então, parece que se precisaria ainda hoje atribuir significado decisivo ao pedido do cliente de exibição de tapete, porque somente através disso se entabulariam "negociações contratuais"[292].

Este entendimento inaugura uma nova perspectiva ao conceito de relação contratual, a partir, fundamentalmente, de dois pontos principais: o reconhecimento de uma fase vinculante *pré-contratual* e a consideração do contrato sob a uma perspectiva de *objetividade*. O reconhecimento desta *fattispecie* como enquadrada na *moldura*[293] da contratualidade está, portanto, no

[292] LARENZ, K. *Culpa in contrahendo*..., p. 347.

[293] O uso da expressão "moldura", aqui, não quer fazer menção, em qualquer medida, à lógica clássica do contrato, segundo a qual a responsabilidade contratual estaria atrelada a necessária vinculação volitiva dos partícipes, limitada aos termos de conclusão e extinção do liame. Pelo

fato de se reconhecerem no referido *contato social* preparatório os traços marcantes do vínculo contratual, segundo o qual "quem contrata sai deste modo do círculo de deveres puramente negativos do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in faciendo* para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar"[294].

Apenas considerar esta definição, entretanto, não coloca a teoria alemã na vanguarda da teoria contratual da época. O diferencial trazido por esta doutrina está, então, em reconhecer que "não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a protecção das regras sobre a *culpa,* se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia"[295]. Com isso, portanto, o reconhecimento de formação contratual derivada de condutas socialmente típicas, aliada à ideia do elastecimento da responsabilidade indenizatória para o âmbito da *pré-contratualidade,* "com ajuda dos conceitos 'de ato concludente, de silêncio vinculante, da própria declaração de vontade tácita, dos usos do tráfego, com os meios da interpretação objetiva dos modos de comportamento', [fez com] que hoje o conceito de contrato fosse 'estendido muito além do caso singular do acordo de vontades, do consenso'"[296].

Neste particular, é importante aclarar um ponto que, à primeira vista, soa contraditório entre a doutrina alemã e o posicionamento adotado no presente estudo, a partir de uma seleção bibliográfica do que de mais avançado há acerca do tema das relações contratuais fáticas, que é, exatamente, a compatibilidade da

---

contrário, o termo vem a calhar no sentido de fazer referência a esse *novo* contrato, desvinculado do conceito de negócio jurídico, liberto das amarras da volição, elastecido para antes da sua efetiva celebração (tratativas ou contato) e para além da sua extinção (eficácia pós-contratual).

[294] IHERING, R. V. Culpa in contrahendo..., p. 41.

[295] IHERING, R. V. Culpa in contrahendo..., p. 42.

[296] LARENZ, K. O Estabelecimento de Relações..., p. 59.

teoria dos contratos fáticos e o princípio da autonomia privada, ilustrado por LARENZ, a partir da conclusão de que

> o comportamento social típico se encontre ainda no campo da 'autonomia privada', ou seja, da liberdade do indivíduo em estabelecer suas relações de cunho jurídico. O significado social típico do seu comportamento é normalmente conhecido pelo agente; ao menos ele precisa conhecê-lo. Se quer evitar as conseqüências jurídicas inafastáveis de seu ato, ele deve deixar de realizá-lo. (...) Apenas o próprio fazer uso de fato depende de sua vontade, o efeito jurídico não[297].

Ora, o que LARENZ parece afirmar aqui é que a intencionalidade e a ciência acerca do *significado* da atuação do indivíduo são previamente conhecidas por ele – contratante. Entretanto, tal não traduz uma predisposição volitiva particular à conclusão de um contrato ou à composição de características de cunho contratual. Estas são dotadas pelo próprio ordenamento, que reconhece a relevância e a tipicidade da conduta social praticada, atribuindo-lhes contorno eminentemente contratual, derivado da mera relação *contratual fática.*

Dentro dessa lógica, portanto, é acertado concluir que o reconhecimento das relações obrigacionais oriundas de comportamentos sociais típicos "exige uma certa ampliação do nosso sistema, mais precisamente das fontes de relações obrigacionais, mas não contradiz os princípios fundamentais da autonomia privada. Trata-se de uma criação nova devida à moderna circulação de bens em massa, mas que permanece, sem problemas, sobre as bases do nosso ordenamento jurídico privado"[298].

Vê-se, portanto, que a contribuição alemã foi decisiva à constituição do primeiro esboço conceitual das relações contratuais fáticas, vislumbrando nelas uma nova maneira de se encarar a formação contratual em essencial, desvinculando-a da clássica e retrógrada concepção do contrato como expressão

[297] LARENZ, K. O Estabelecimento de Relações..., p. 60.

[298] LARENZ, K. O Estabelecimento de Relações..., p. 61.

de vontade. A partir daí, a teoria só se desenvolveu e foi disseminada mundo afora.

4.1.3.2 Itália – a consolidação da teoria das relações contratuais de fato

A teoria das relações contratuais de fato derivadas de *contatos sociais* ganhou pujança a partir dos estudos doutrinários italianos, embora este tema não seja unanimidade na península itálica. Tanto é assim que, para ficar com um exemplo relevante, Emilio BETTI não reconhece nos liames fáticos (advindos de *contatos sociais*) vínculos de natureza contratual; ao contrário, o que aponta o autor é a existência de relações *sui generis*, com efeitos semelhantes aos dos contratos, sem a consolidação de um vínculo contratual propriamente dito[299]. Este apontamento traz dois desdobramentos relevantes, que merecem ser aqui analisados: o primeiro deles é o fato de o referido autor, verdadeiramente, ainda fincar raízes em uma concepção volitiva do contrato, contra a qual se vem construindo o refinamento doutrinário exposto no presente estudo.

Ao não considerar nas relações fáticas derivadas de *contato social* um vínculo de natureza contratual, BETTI o faz exatamente por apontar a inexistência da manifestação de vontade dos partícipes[300]. Uma vez ausente o elemento volitivo na relação fática mantida pelas partes, esta linha doutrinária não vislumbra a possibilidade de constituição de um liame contratual, eis que incompatível à conceituação clássica deste instituto.

Em contrapartida, ainda que com um pé no retrógrado posicionamento clássico[301], o autor traz um passo importante à frente: atribui efeitos contratuais a tais enlaces fáticos. Ora, já se teve a oportunidade de mencionar que a

[299] BETTI, E. *Dei cosidetti...,* p. 248.

[300] BETTI, E. *Dei cosidetti*..., p. 30.

[301] Aqui cabe ressalvar que, no sentido já destacado anteriormente, diz-se *retrógrado* apenas para ilustrar a insuficiência da concepção volitiva do instituto privado do contrato. Não se pode olvidar, neste ponto, a relevância de toda a construção doutrinária clássica acerca dos vínculos contratuais, agora revista, mas de suma importância para que se pudesse chegar ao ponto ora apresentado.

nomenclatura “contrato”, porque composta de uma carga semântica eminentemente volitiva, talvez não seja a melhor expressão para traduzir os vínculos derivados do *contato social*, e que só ainda é utilizado por ausência de uma expressão científica própria, que cinda com esta concepção tradicional das relações contratuais[302]. Da mesma forma, afirmou-se, oportunamente, que são os efeitos e os reflexos surgidos da relação que a qualificam, a partir da relevância concedida pelo ordenamento. Portanto, a conclusão alcançada por BETTI não destoa de todo do posicionamento assumido neste estudo, ainda mais quando se tem em vista o reconhecimento feito pelo autor da dotação de efeitos contratuais à relações que ele denominou de *sui generis*.

A ideia da contratualidade das relações de fato (especialmente das derivadas dos *contatos sociais*) está presente, também, nos idos escritos de Vincenzo FRANCESCHELLI e sua teorização sobre a teoria do *suporte fático* aplicada a vários ramos do direito, tais como o comercial, o de família, o do trabalho, o público e o contratual[303]. Especificamente no que tange às relações contratuais de fato, FRANCESCHELLI faz um apanhado histórico, a partir da doutrina originária de HAUPT, estabelecendo que o grande mérito da doutrina alemã foi ter sido a primeira a “tomar consciência da crise de ajuste do mecanismo contratual com base no sistema de proposta-aceitação da realidade do moderno tráfego de massa”[304].

Como um legítimo (e salutar) “assalto direto à categoria do contrato”, a teoria da relação contratual de fato, nas palavras de FRANCESCHELLI,

> não trata, evidentemente, de criar nova obrigação contratual em que está ausente um suporte contratual de fundo, mas, sim, de buscar uma justificação para a existência obrigacional em que o contrato originário é sombreado pelo fato de não estarem

[302] Nesse sentido, *vide* n. 148.

[303] A obra a que se refere é a intitulada *I rapporti di fatto*, de 1984.

[304] Tradução livre de: “di aver per primo preso coscienza della crisi di adeguamento del meccanismo contrattuale basato sul sistema proposta-accettazione alla realtà del moderno traffico de massa.” *In.:* FRANCESCHELLI, V. *I rapportto...*, p. 296.

> claramente perceptíveis as declarações de vontade, sem se recorrer à fórmula mágica do comportamento concludente[305].

A partir da firme lição apresentada pela doutrina italiana, ao menos com relação ao segundo autor ora mencionado, vale trazer à tona a conclusão alcançada por outro autor italiano, que, à primeira vista, poderia destoar do que já foi apresentado até o momento: ainda que se vislumbre a existência de contratos derivados de relações fáticas, para a doutrina italiana de Lucio RICCA é reconhecidamente inaceitável atribuir a determinado sujeito, por meio de ficção jurídica, uma vontade inexistente[306]. Acontece que, entretanto, tal apontamento em nada prejudica o que se construiu até o momento, exatamente pelo fato de a vontade não ser elemento decisivo na construção da vinculação contratual. Não se cria uma vontade inexistente aos partícipes da relação, mas apenas se encaram os efeitos (contratuais) derivados da legislação específica aplicável ao vínculo (contratual) de fato estabelecido entre aos atores participantes do liame (contratual)[307].

A doutrina italiana, portanto, contribui com os debates para um amadurecimento decisivo da teoria da relação contratual de fato. Nesse ponto, merece referência destacada a distinção de SCOGNAMIGLIO entre contrato e negócio jurídico, por meio da qual o autor desvincula aquela figura do conceito de autonomia privada, resguardando para este – negócio jurídico – o componente

---

[305] Tradução livre de: "Non si tratta, evidentemente, della creazione di nuove obbligazioni contrattuali in mancanza di un rapporto contrattualle, quanto piuttosto di cercare la giustificazione di obbligazioni esistenti, là dove l´origne contrattuale sia annebbiata dal fatto che non sono chiaramente percepibili le rispettive dichiarazioni di volontà, senza ricorrere alla magica formula del comportamento concludente." *In.:* FRANCESCHELLI, V. *I rapporti...*, p. 298.

[306] *Vide* RICCA, Lucio. *Sui cosidetti rapporti contrattuali di fatto*, p. 3.

[307] Seguindo a lógica do autor citado na nota anterior, Fernando NORONHA destaca que "os casos em que o agente não tem consciência de que o seu comportamento engendra uma *aparência* de declaração negocial ou em que, *tendo-a,* emite uma declaração de *protesto* não devem, *de forma nenhuma*, converter-se num *negócio jurídico bilateral ou plurilateral válido e eficaz.*" *In.:* NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual*, p. 117. A conclusão alcançada pelo autor é válida, mas não a partir da premissa apresentada: de fato, não há negócio se não houver expressão volitiva, mas isso não exclui a natureza contratual do vínculo derivado das relações derivadas de comportamento social-típico, uma vez que tal vínculo independe do aspecto intencional de seus partícipes.

volitivo[308]: “deve-se concluir, portanto, que a noção e a teoria do negócio jurídico possuem uma justificação própria e intrínseca, pelo que é possível, e de fato parece oportuno, promover um discurso distinto e separado para o negócio e para o contrato”[309].

Absorvidos os esboços traçados pelos estudos alemães acerca do tema, as relações contratuais de fato ganharam corpo na península itálica, ainda que em meio a controvérsias e incertezas. Do ponto de vista específico do estudo das fontes das obrigações, mostrou-se um decisivo avanço rumo ao elastecimento do rol de elementos originários das relações contratuais.

4.1.3.3 Portugal – o refinamento da doutrina dos contratos fáticos

A doutrina portuguesa recebeu, com relativa facilidade, a teoria dos contratos fáticos. Por meio, fundamentalmente, das vozes de Carlos Alberto da MOTA PINTO e António Pinto MONTEIRO, as relações contratuais de fato derivadas de condutas socialmente típicas foram reconhecidas como elementos intrínsecos à realidade do direito contratual lusitano.

Com fundamento na teoria alemã de HAUPT, a doutrina portuguesa mais especializada encontrou na conceituação dos contratos fáticos uma saída para explicar o fenômeno prático da vinculação contratual entre sujeitos com a ausência do aspecto volitivo. Para tanto, definiu, de forma conclusiva e acertada, que “esta orientação postula, no essencial, a possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondências nos deveres legais tradicionais”[310]. Entretanto, há posicionamentos destoantes junto à

[308] Para o autor, “*il contratto (...) rappresenta la categoria di tutte la fattispecie tipiche o atipiche di accordo aventi ad oggetto di regolare i rapporti patrimoniali tra privati, che sono assoggettati tendenzialmente ad um corpo unitario di regole*”, enquanto que o negócio jurídico “*si pone invece come la figura rappresentativa, al di là dello schema del contratto, di tutti gli atti di autonomia privata giuridicamente rilevanti*”. *In.:* SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*, p. 7.

[309] SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*, p. 7.

[310] MENEZES CORDEIRO, A. *Da Boa-fé...*, p. 555.

doutrina lusitana, que, ao contrário, veem com certa resistência a teoria das relações contratuais de fato derivadas dos *contatos sociais*. De forma livre, elegem-se dois nomes de alta relevância da dogmática portuguesa para representarem esse posicionamento, o qual, em que pese não ser compatível à linha mestra adotada no presente estudo, é de fundamental importância para o desenvolvimento da análise ora realizada: ANTUNES VARELA e Manuel da FRADA.

Iniciando-se pelos escritos de Manuel da FRADA, já se teve a oportunidade de situar o posicionamento do autor quanto à impropriedade da teoria do *contato social,* especialmente em vista da acentuada *imprecisão* do significado de tal expressão[311]. Revolvendo-se o que se expôs acerca das teorizações do referido autor, o qual se viu mais bem alocado junto à teoria da *confiança* para explicar o surgimento das relações contratuais de fato, refutando-se uma filiação junto à teoria do *contato social*, a dúbia significação do termo impossibilita uma qualificação suficiente dos *contatos* em *contratos*, especialmente diante do complexo regime de diversidade e intensidade com que as relações sociais são mantidas hodiernamente. Desta feita, a linha divisória da escala de intensidade com que os *contatos* se dariam seria demasiadamente tênue para atuar como critério de segmentação entre relações fáticas genéricas e vínculos contratuais de fato[312].

Seguindo este norte, ANTUNES VARELA ratifica a conclusão acima apresentada, destacando que "não se demonstra, porém, que seja indispensável recorrer a uma figura especial, distinta do *contrato*, como seja a das (*faktischen Vertragverhältnisse*) *relações contratuais de facto* para cobrir as soluções fundadamente propugnadas por HAUPT e seus continuadores"[313]. Para tanto, continua o autor explanando que, para as hipóteses de *contato social*, "bastará observar que o princípio da boa-fé se estende, não apenas à *execução* do

[311] *Vide* n. 194, acima.

[312] Repisando a já citada lição do autor: "os critérios basilares do acréscimo de risco e da especial possibilidade de interferência não lograriam, sem arbitrariedade, estabelecer uma nítida linha de separação na escala variável de intensidade que os ditos contactos podem apresentar." (*In.:* FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*, p. 243).

[313] ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. 1, p. 240.

contrato (ao cumprimento da obrigação e ao exercício do correlativo direito de crédito: art. 762º, 2), mas também ao período de preparação e formação do contrato (cfr. art. 227º, 1)"[314].

Utilizando-se das três categorias definidas por HAUPT[315], e agregando a crítica à primeira categoria, já apresentada, ANTUNES VARELA ainda aponta que a figura das relações contratuais de fato também não seria necessária a explicar a existência dos contratos nulos por ausência de vontade, uma vez que

> ao conceito naturalístico da *nulidade* (*quod nullum est nullum producit effectum*) e à própria concepção de *invalidade* do negócio como um *direito* de crítica se sobrepõem os conceitos *normativos* (ou *valorativos*) da nulidade, da anulabilidade ou da inoponibilidade, perfeitamente amoldáveis, não apenas pelas suas *causas*, mas também pelos seus *efeitos,* à extrema variedade das situações jurídicas a que se aplicam[316].

Em que pese à lucidez com que esses ensinamentos são passados, ambos parecem comungar de um mesmo mal: revolvem as ideias ao marco clássico do contrato, ainda preenchido e dependente da figura da *vontade* dos sujeitos contratantes, o que não parece mais subsistir. Pelo contrário, a reação em favor da teoria das relações contratuais de fato, especialmente na figura dos *contatos sociais*, objeto precipuamente aqui analisado, reitera um posicionamento opositor à noção de contrato como "acordo dos contratantes", afirmando que "há situações disciplinadas pelo regime dos contratos, sem que as mesmas tenham na sua base, porém, qualquer acordo de vontades"[317].

Atentando-se à complexidade das relações sociais travadas no cotidiano, dentre as quais se destacam as relativas ao consumo, em massa, de

---

[314] ANTUNES VARELA, J. de M. *Das Obrigações...*, p. 241.

[315] São eles: o *contato social* componente da fase pré-contratual, as relações comunitárias (societárias ou de trabalho) *de fato,* ou seja, ausentes de uma constituição jurídica regular, e os vínculos resultantes da prestação de bens e serviços essenciais. Para mais, *vide* n. 245, acima.

[316] Isso é o próprio ANTUNES VARELA quem reconhece. *In.: Das obrigações...*, p. 241.

[317] PINTO MONTEIRO, A. *Cláusulas limitativas...*, p. 51.

produtos variados, tem-se que a teoria das relações contratuais de fato atua como uma tentativa (bem sucedida), por exemplo, “para, em sede de responsabilidade civil do produtor, fundamentar a responsabilidade *contratual* deste perante o adquirente final dos seus produtos, vendo no *contacto social produtor-público*, propiciado pela publicidade e marca dos produtos, ‘relações contratuais de facto’ capazes de *explicar* a responsabilidade *contratual* da empresa”[318]. Indo mais além e encarando as hipóteses apresentadas como a terceira categoria de HAUPT[319], cuja origem não parece ter sido refutada pela doutrina neste particular, em se tratando de fornecimento de bens sem a devida volição do usuário, “o único fundamento para um correcto tratamento da igualdade social e para uma eficaz organização dos abastecimentos, (...) é a teoria das relações contratuais de facto ou dos comportamentos sociais-típicos”[320].

Enfim, o que se depreende é que a teoria das relações contratuais de fato (em especial a figura dos contratos derivados do *contato social*) foi bem aprofundada pela doutrina lusitana, a partir de um divergente e construtivo debate entre suas vozes mais importantes. O que fica deste ponto ao objeto de estudos sobre o qual se deitam olhos, tomando por base as limitações impostas pelas leituras realizadas, é a de que o sentido salutar da doutrina das relações contratuais de fato está, exatamente, em realçar “o surgimento de um moderno tráfico económico-jurídico de vínculos de carácter contratual, apesar da não verificação de todos os pressupostos integradores duma hipótese negocial, designadamente, apesar da ausência dum acordo de vontades ou da existência de vicissitudes susceptíveis de tornar ineficazes as declarações de vontade”[321].

Ao que parece, ninguém melhor do que a doutrina portuguesa soube explorar a essência dessa significação. E a literatura brasileira mais especializada parece querer absorver, com afinco, esta lógica.

---

[318] PINTO MONTEIRO, A. *Cláusulas limitativas*..., p. 52, n. 86.

[319] Os deveres resultantes da prestação de bens e serviços essenciais (rede de água, gás e eletricidade, transporte coletivo e utilização de espaços públicos)

[320] MOTA PINTO, C. A. da. *Cessão da...*, p. 260.

[321] MOTA PINTO, C. A. da. *Cessão da...*, p. 258, n. 3.

4.1.3.4 O sistema do common law *e a contratação de fato*

É tarefa árdua tentar compor o tema das relações contratuais de fato, tal qual desenvolvido até este momento no presente trabalho, tendo como plano de fundo o sistema do *common law.* Se a lógica de composição e de codificação do ordenamento jurídico já é praticamente incompatível, especialmente em vista da prevalência dos precedentes no *common law* em relação ao *civil law,* as diferenças parecem se acentuar ainda mais quando se verticaliza a análise para o campo do Direito Obrigacional, ou, aqui mais especificamente, ao cerne dos contratos (de fato).

Como expressões genuínas do *common law*, os EUA e a Inglaterra se posicionam de forma toda particular quando da disciplina dos contratos, particularidade realçada por meio de um comparativo com o regramento estabelecido pela sistemática contratual brasileira. Para além do papel protagonista dos precedentes, alguns pontos de conflito merecem destaque: analisadas as divergências, buscar-se-á, na medida das possibilidades, averiguar os pontos de intersecção dos dois sistemas acerca do tema das relações contratuais fáticas.

O direito inglês parece ser o que ainda apresenta maior resistência quanto à incidência do princípio da boa-fé às relações contratuais[322]. E a afirmação que mais bem simboliza isso foi pronunciada por Lord Ackner, membro da House of Lords inglesa, para quem "o conceito de um dever de pautar as negociações na boa-fé é repugnante para a posição de adversários ocupada pelas partes quando em fase negocial"[323]. Essa afirmação corrobora o que se concluíra

[322] Há, verdadeiramente, uma abnegação consistente do *common law* em relação ao princípio da boa-fé, em que pese seja necessário destacar que, tendo por exemplos fundamentais as realidades inglesa e norte-americana, os tribunais dos EUA "have gone much further than the English courts in accepting a significant role for the requiremente of good faith between contracting parties in particular contexts, and especially a duty of good faith in the performance of a contract." *In.:* CARTWRIGHT, John. *Contract Law – an introduction to the english law of contract for the civil lawyer,* p. 58.

[323] Tradução livre de: "the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnante to the adversarial position of the parties when involved in negotiations." Trecho extraído do julgado *Walford v. Miles* (1992), da House of Lords.

três anos antes, no julgamento do caso *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, quando Lord Bingham definira que "o direito inglês, tipicamente, não incorpora esse princípio fundamental, tendo desenvolvido soluções fragmentadas em resposta a problemas concretos de injustiça"[324]. Em outras palavras, a conclusão a que chega a jurisprudência inglesa é a de que "a obrigação de negociar conforme os ditames da boa-fé é tão inaplicável na prática quanto incompatível com a posição de partícipe de uma negociação"[325]. E a justificativa para tanto seria a de que, em tese, todos os participantes de um contrato pressupõem a intenção de aferir alguma vantagem desta relação.

Ao renegar[326] a incidência principiológica da boa-fé nas relações contratuais, a partir do posicionamento aqui adotado, parece haver uma incompatibilidade entre a doutrina contratual inglesa e a figura dos contratos fáticos. Isso porque, conforme já se teve a oportunidade de apresentar, a boa-fé ocupa lugar de destaque nesta *nova* figura contratual, atuando como legítima componente da própria essência dos contratos fáticos. Afora isso, é preciso sinalizar outro aspecto relevante à descaracterização da relação contratual fática derivada de *contato social* no sistema do *common law*: a ausência de *consideration* na fase pré-contratual.

O elemento do *consideration* é fundamental à constituição de uma relação eminentemente contratual no sistema do *common law*. Deve ser entendido

---

[324] Tradução livre de: "English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness." Trecho extraído do julgado *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989), da House of Lords.

[325] Tradução livre de: "a duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is (…) inconsistente with the position of a negotiating party." Trecho extraído do julgado *Walford v. Miles* (1992), da House of Lords.

[326] De modo geral, os motivos pelos quais há uma sincera resistência de recepção da boa-fé pelo sistema do *common law*, especialmente no que tange ao direito inglês (*vide* n. 307, acima), são: i) "(...) there is a general reluctance on the part of the English courts to generalise abstract principles. Within the *common law* – (...) – the courts prefer to work with particular instances of duty which can be identified in particular cases"; ii) "(…) English judges have expressed concern about the lack of certaintly in defining the content of a duty of good faith in the context of the relationship between contracting parties"; iii) "(…) English law rejects a duty to negotiate in good faith because it would be inconsistent with the nature of the relationship which the law attributes to negotiation parties." *In.:* CARTWRIGHT, J. *Contract Law...*, pp. 59-60.

como uma espécie de *barganha* ou *sinalagma,* ou seja, só haverá contrato propriamente dito se a relação definir uma prestação e uma equivalente contraprestação[327] [328]. Assim, para as relações contratuais fáticas, porque ausente a volição necessária à definição do correspondente *consideration*, o *common law* acaba deixando de reconhecer, em regra, a sua formação enquanto contratos.

Ainda que se argumente o fato de o *consideration* poder estar presente nas relações contratuais de fato, mesmo ausente a manifestação de vontade dos partícipes contratantes, no âmbito do *contato social*, mais especificamente da *pré-contratualidade*, o *consideration* é, na melhor das hipóteses, futuro e incerto, dependente da efetivação do vínculo contratual. E a lógica do *common law* não admite outra forma de sinalagma que não a presente e vinculante ao momento da conclusão do contrato.

A doutrina norte-americana, embora trilhe pelo mesmo caminho, mostra algumas aberturas interessantes que merecem ser destacadas.

A regra geral da teoria contratual dos Estados Unidos está arraigada na lógica volitiva do *metting of the minds.* De acordo com esse princípio, "a conclusão de um contrato se dá apenas quando as vontades de duas partes (ou, de acordo com a teoria 'objetiva' do consentimento, a exteriorização da sua vontade) se encontram"[329]. Portanto, o cerne da contratualidade no direito norte-americano, tendo em conta o *consideration* como elemento chave, também se consolida na noção de vinculação contratual pela vontade dos sujeitos. A boa-fé, neste campo, não é vista com o protagonismo adotado pela sistemática brasileira.

Apesar disso, já se ouvem vozes dissonantes na doutrina dos Estados Unidos que buscam superar este pensamento clássico e incompatível à realidade

[327] "(...) consideration is a universal requisite of contracts not made by deed. (...) In *Currie v. Misa* Lush J. stated: a valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other." *In.:* BEATSON, J. *Anson´s law of contract*, p. 88.

[328] Dentro dessa lógica, portanto, a doação gratuita, por exemplo, não é reconhecida como uma espécie de contrato para o sistema.

[329] Tradução livre de: "according to this principle, a contract forms only when the minds of the two parts (or, along the 'objective' theorie of assent, their outward manifestations) meet". *In.:* BEN-SHARAR, Omri. *Against the "meeting of the minds":* exploring a new basis for contractual liability, p. 01. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=341700. Acesso em: 18/07/2012.

concreta dos contratos. Para tanto, já há quem defenda que, "contrariamente à teoria do *metting of the minds,* o princípio da *não-retratação* desenvolve indicativos de que, quando duas partes atribuem diferentes, porém igualmente plausíveis, direcionamentos à sua intencionalidade contratual, a ausência de *metting of the minds* não exonera o dever de indenizar prejuízos"[330].

Portanto, o que se vê, ainda, é um projeto embrionário de reconhecimento dos contratos fáticos pelo sistema da *common law*, especialmente em vista da (aparente) incompatibilidade entre tal regramento e o princípio da boa-fé, além da resistência quanto à superação do princípio da autonomia privada. Algumas luzes já estão sendo lançadas nesta sistemática, mas ainda estão longe de dar a devida claridade ao tema.

4.2 A Responsabilidade Civil derivada das condutas socialmente típicas

Para o estudo deste tópico, inicia-se com um exemplo do cotidiano: imagine-se que um sujeito está andando em uma rua, quando começa a chover. Para se proteger, por estar sem guarda-chuva, este sujeito adentra a uma loja e, devido ao chão estar molhado, acaba por escorregar e se machucar. A partir daí, poder-se-ia indagar: há uma responsabilidade do estabelecimento comercial de indenizar este sujeito? Em sendo a resposta à primeira pergunta positiva, pergunta-se em seguida: partindo-se da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, qual é a natureza da responsabilidade indenizatória do estabelecimento comercial? Optando-se pela responsabilidade extracontratual, como resolver o fato de o sujeito, apesar de ter entrado na referida loja apenas para se proteger, já ter estado naquele estabelecimento em outra oportunidade e já ter mantido contato inicial com o vendedor para comprar determinado produto e ainda estar cogitando o fato de comprá-lo? Ao contrário, optando-se pela responsabilidade contratual, supondo que o sujeito estivesse, no momento do

[330] Tradução livre de: "in contrast to the meeting of the minds approach, the no-retraction principle developed here suggests that when two parties attach different but equally plausible meanings to their agreed-upon contractual obligation, the absence of a meeting of the minds would *not* negate any liability." *In.:* BEN-SHARAR, Omri. *Against the "meeting of the minds"…*, p. 02.

acidente, sem dinheiro ou qualquer outro meio capaz de pagar eventual compra, seria capaz de se reconhecer uma *potencialidade negocial* neste caso?

Ainda que, à primeira vista, possa soa um exemplo esdrúxulo, composto por excessos de suposições e alegorias, este parece ser um excelente ponto de partida para o que se apresentará a seguir, que é, exatamente, a responsabilidade civil derivada das relações de contato social.

4.2.1 A manutenção da dicotomia responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual: o contato social como terceira via?

A definição da natureza jurídica da responsabilidade civil derivada das relações de contato social é importante para que se possa definir, consecutivamente, os seus contornos e o viés de exigibilidade de que são dotadas. E, a partir disso, três são as correntes que buscam definir a natureza da responsabilidade dessa espécie contratual: seria uma terceira via entre as responsabilidades contratual e extracontratual; seria de natureza genuinamente contratual, em contraposição à extracontratualidade das demais responsabilidades não derivadas de liames intersubjetivos; seria, finalmente, uma hipótese de fonte de responsabilidade civil pautada no *direito de danos,* indistintamente caracterizadas as origens da responsabilização civil, todas aglutinadas em uma única categoria do dever de indenizar.

Preliminarmente, exclui-se, de plano, a possibilidade de definir a responsabilidade indenizatória derivada das relações de contratos fáticos como se extracontratual fosse. Isso porque, inegavelmente, já se demonstrou estar-se diante de figura tipicamente contratual, ainda que desprendida da manifestação de vontade dos seus partícipes, eis que não é o aspecto volitivo que define a natureza contratual da relação, mas sim os contornos e efeitos do vínculo dotados pelo próprio ordenamento jurídico. Essa constatação, consequentemente, já exclui o primeiro dos posicionamentos acima elencados, segundo o qual a relação contratual fática daria azo a uma responsabilização *sui generis*, uma terceira via distinta das responsabilidades contratual e extracontratual.

Ora, se a conduta social típica espraia efeitos obrigacionais, ainda que sem a constatação do aspecto volitivo da conclusão contratual e, consequentemente, sem um negócio jurídico fundante, a responsabilidade do agente causador do dano, nestas hipóteses, não é pré-negocial, mas, sim, genuinamente contratual. Isso porque, "mesmo sem negócio jurídico, persistirá a atividade contratual, reconhecendo-se obrigações específicas aos centros de interesses"[331]. Em outras palavras, portanto, quer-se dizer que, uma vez verificada a devida coordenação objetiva dos comportamentos humanos no caso concreto, "o contato social qualificado pode (...) retratar verdadeiro contrato sem negócio ou, na expressão de LARENZ, conduta socialmente típica, cujo significado jurídico decorrente do tráfego e princípios do ordenamento imputam eficácia obrigacional"[332].

A partir da constatação de que a responsabilidade civil inerente às relações contratuais derivadas de contato social assume a característica de natureza contratual, com o reconhecimento das figuras do *contrato sem negócio jurídico* e do *vínculo pré-contratual*, poder-se-ia sustentar estar-se diante de um elemento de unificação da dogmática do sistema da responsabilidade civil. A partir da inserção de figuras específicas[333] no campo da responsabilidade contratual, por-se-ia em xeque a dicotomia inicialmente construída (entre responsabilidades contratual e extracontratual), para englobar todas as espécies em uma única categoria: o *direito de danos*, composto pelo conjunto unitário de normas regentes do dever de indenizar.

Esse posicionamento denomina-se "corrente eclética" e observa "a existência de um sistema unitário em seus elementos fundamentais: existência de culpa, dano e nexo causal entre dano e ato culposo. Reconhece-se, por outro lado, especificidades técnico-legais de cada qual, mas sem força para se poder apontar a existência de dois ramos de responsabilidade completamente

[331] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 37.

[332] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 39.

[333] Por específicas, aqui, quer-se fazer menção às figuras que originalmente não assumem os contornos da contratualidade, mas que assim o são classificadas, *a posteriori*, a partir da sua qualificação pelo ordenamento jurídico.

distintos”[334]. E a origem para tal posicionamento está na sobressalência da figura do dano no âmbito da responsabilidade civil: seja no campo contratual, seja no extracontratual, não haverá diferença salutar no dever de indenizar; ao contrário, o que haverá é, exatamente, um *dever de indenizar.* Assim, pautada na ideia de que se há dano, há o dever de repará-lo, independentemente da gênese ou do plano de fundo deste dano, a corrente eclética ganhou adeptos de peso na doutrina pátria[335].

Apesar de ser composto de um argumento lógico, a teoria eclética sucumbe quando se tem em foco a ideia de que a dicotomia entre as responsabilidades contratual e extracontratual é proveniente de uma “oposição radical entre a Lei e o contrato”[336] [337]. Inúmeras são as características que diferenciam as hipóteses de responsabilidade apresentadas e que justificam a manutenção da dicotomia contratual/extracontratual, especialmente do ponto de vista estrutural e processual.

Inicialmente, uma diferenciação fundamental é quanto à legislação aplicável à definição do dever de indenizar: “a Lei que rege o contrato e, por conseqüência, os efeitos do inadimplemento é aquela do lugar em que o negócio foi proposto (art. 9º, par. Segundo, da LICC). No que diz respeito aos atos ilícitos absolutos, aplica-se a Lei do local do dano (art. 9º, *caput,* LICC)”[338]. Nesse sentido, cabe a dicotomização quanto à extensão da indenização: “a regra é a de que a indenização pelos danos provenientes do ilícito absoluto deva ser a mais ampla possível (arts. 186 e 927 do CCB). No que diz respeito à indenização dos

[334] NALIN, P. *Descumprimento do...*, p. 70.

[335] Nesse sentido, além dos autores já mencionados acima, *vide* PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de...*, v. II.

[336] LEONARDO, R. X. Responsabilidade civil..., p. 264.

[337] Esta conclusão também não parece apresentar incongruência com o direcionamento ora adotado, na medida em que a responsabilidade extracontratual teria a sua origem na ofensa ao *dever genérico de não lesar*, com gênese específica na lei; por outro lado, a responsabilidade contratual estaria relacionada aos contornos contratuais atribuídos, a determinada circunstância, pelo ordenamento jurídico, o que não se confunde com o *neminem laedere* e nem se resume à violação legal: a ofensa à boa-fé, por exemplo, quando preenchidos os elementos caracterizadores da relação contratual fática, pode gerar responsabilidade contratual.

[338] LEONARDO, R. X. Responsabilidade Civil..., p. 266.

danos contratuais, em princípio, sua amplitude deve-se limitar aos quadrantes do contrato (arts. 402 e 403)"[339].

O fato de a culpa não ser mais o elemento chave da responsabilização, agora pautada no dano, poderia ser vista, em um primeiro momento, como um argumento favorável à unificação. Entretanto, essa visão indenizatória pautada no dano não exclui o plano de fundo do dever de indenizar específico e particular para a relação contratual, genérico e indistinto para a extracontratual. A especialidade da responsabilidade contratual e a universalidade da extracontratual ainda justificam a sua distinção[340]. Mais além, podem ser elencadas algumas distinções do ponto de vista processual que ainda justificam a manutenção da dicotomia, conforme já elencado anteriormente[341]: enquanto para o dano contratual o prazo prescricional de cobrança judicial de uma reparação é de dez anos (art. 205, *caput*, do CC/02), passa a ser de três anos o prazo inerente à extracontratualidade (art. 206, par. 3º, CC/02)[342]; enquanto na responsabilidade civil contratual faz-se necessária a prévia constituição em mora, mediante notificação do inadimplemente, na extracontratualidade a mera experimentação do dano já é em si suficiente à demanda judicial de reparação.

Ainda, podem ser distinguidas as questões relativas ao início da fluência do prazo de incidência dos juros de mora[343], ao ônus da prova[344] e,

---

[339] LEONARDO, R. X. Responsabilidade Civil..., p. 267.

[340] Embora não seja o objeto central deste trabalho, exatamente pelo que não é abordado de forma direta e verticalizada, o papel da culpa neste cenário pode trazer consequências interessantes para o estudo das relações contratuais de fato. Entretanto, ciente da limitação espaço-temporal a que está submetido o presente estudo, reconhece-se que tal tema poderá ser objeto de uma análise mais pormenorizada em uma eventual tese a ser oportunamente desenvolvida.

[341] *Vide* n. 145, acima.

[342] Ressalva-se, aqui, que um dos pontos pelos quais alguns defendem a concatenação dessas duas categorias (contratual e extracontratual) em uma única (direito de danos) é o de que tal diferenciação do prazo prescricional é uma construção doutrinário-jurisprudencial, sem o devido embasamento legislativo. Entretanto, assumir tal posicionamento parece reduzir, demasiadamente, a produção jurídica *extralegem* aos frágeis limites do direito positivo.

[343] De acordo com a Súmula 54, do STJ, "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (posicionamento chancelado pelo art. 398, do CC/02), enquanto que a contagem dos juros de mora para as hipóteses de responsabilidade contratual se dá a partir da citação do devedor (artigo 405, do Código Civil/02 e artigo 219, do Código de Processo Civil).

finalmente, à lógica de paralelismo entre a capacidade e o alcance da indenização, na medida em que "os critérios negociais (capacidade de exercício), pertinentes à responsabilidade civil contratual, não são congruentes com a imputação do dever de indenizar dos atos ilícitos absolutos (art. 3º, 4º e 928 do CCB)"[345].

O que se depreende desse quadro panorâmico, portanto, é que as características diferenciadoras das responsabilidades contratual e extracontratual parecem ser suficientemente extensas para que a dicotomia se mantenha[346]. Nesta linha, a qualificação da responsabilidade derivada das relações de *contato social* como se contratual fosse não prejudica, em qualquer medida, a manutenção da distinção apresentada[347]. Apenas o que há é uma nova definição do quadro distintivo da responsabilidade civil, em que tão-somente os critérios objetivos servirão à diferenciação da natureza e da procedência do fenômeno indenizatório, deixando-se de lado discernimentos derivados de culpa ou de aspectos volitivos do inadimplemento da relação interprivada[348].

---

[344] No que tange ao ônus de produção probatória, enquanto na responsabilidade derivada de contrato há, via de regra, uma *inversão* do encargo de demonstração do fato, cabendo ao devedor/inadimplente demonstrar o efetivo cumprimento contratual que o exime do pagamento indenizatório, na responsabilidade extracontratual cabe ao credor/lesado demonstrar os danos e o nexo de causalidade entre estes e a conduta do agente responsável pela reparação indenizatória.

[345] LEONARDO, R. X. Responsabilidade civil..., p. 268.

[346] Um ponto a se destacar nesta parte do estudo é o de que, ainda que a distinção bilateral persista, "uma [responsabilidade extracontratual] assente na violação de deveres *gerais* de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos *direitos absolutos*; a outra [responsabilidade contratual], resultante do não cumprimento, *lato sensu*, dos deveres relativos próprios das obrigações, (...) a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, *compartimentos estanques.* (...) funcionam como verdadeiros *vasos comunicantes*". *In.:* ANTUNES VARELA, J. de M. *Das obrigações...*, p. 522. Ou seja, a dicotomia subsiste por todos os elementos apresentados neste ponto do presente estudo, mas há uma comunicabilidade relevante do ponto de vista prático, em que, *e.g.*, poderão surgir responsabilidades contratual e extracontratual derivadas do mesmo fato.

[347] Favorável a este posicionamento, salutar é a lição de Adolfo DI MAJO, em seu *Obbligazioni e contratti – l´adempimento dell´obbligazione*, pp. 61/64.

[348] Dentro desse contexto, se a dicotomia existente entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual se mantém, não logra de igual sorte o critério segundo o qual "na responsabilidade contratual o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade do indivíduo" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil,* p. 278). Não é a volição que define o contorno contratual da responsabilidade, mas, sim, os contornos (a)dotados pelo próprio ordenamento jurídico, seja a partir dos critérios processuais distintivos elencados

Pois bem. A partir das ideias aqui desenvolvidas, parece forçoso concluir pela compatibilidade entre a responsabilidade contratual derivada das relações (fáticas) de *contato social*, de um lado, e a bipartição da teoria da responsabilidade em contratual e extracontratual. Esta abrangeria, sob um *novo* aspecto, tudo o que não seria caracterizado como contratual pelo ordenamento jurídico, ou seja, se a responsabilidade de indenizar não provir de uma afronta a determinada conduta típica, concatenadas e coordenadas em centros de interesses fundados no princípio da boa-fé, de modo a desempenharem uma função social[349], ter-se-á responsabilidade extracontratual. Do contrário, caracterizar-se-ia responsabilidade contratual, na qual está inserida, logicamente, aquela proveniente de relação contratual fática.

Assim, diferenciada a natureza dicotômica da responsabilidade civil, mantida a distinção entre contratualidade e extracontratualidade, inserida a responsabilidade derivada de relações contratuais fáticas em uma das modalidades apresentadas, parece salutar o posicionamento que opta pela manutenção da divisão bem marcada dessas duas espécies de responsabilidade. A caracterização da responsabilidade derivada das relações de contato social não prejudica a dicotomia e nem a exclui. Ao contrário, complementa de forma arraigada a distinção em questão, havendo inequívoca compatibilidade entre ambas – divisão bipartida e relação contratual fática.

A responsabilidade civil derivada das relações contato social foi o que se convencionou denominar por *culpa in contrahendo*, expressão amplamente difundida a partir de IHERING, para determinar a responsabilidade indenizatória derivada de contratos nulos ou não chegados à perfeição. Esta hipótese não se mostra de todo relevante ao tema ora abordado, na medida em que contempla, também, as situações de tratativas em negócio jurídico derivadas, de alguma forma, ainda que reflexamente, da vontade dos partícipes. Ao contrário, porém, a hipótese da responsabilidade por inadimplemento dos contratos nulos compõe o

---

anteriormente, seja por meio dos efeitos jurídicos decorrentes da responsabilização, seja, finalmente, das particularidades do vínculo mantido entre devedor/ofensor e credor/lesado.

[349] Definição genuína de relação contratual fática, conforme já apresentado acima. *Vide* n. 178, acima.

foco ora apresentado, na medida em que abrangeria as circunstâncias relativas aos efeitos dos contratos em que há "falta ou um vício da vontade sobre a validade da declaração de vontade"[350] – característica marcante nas relações contratuais de fato. E isso é o que será abordado a seguir: o tema da *culpa in contrahendo* e como ela é tratada pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

4.2.2 A hipótese da *culpa in contrahendo* e os casos da jurisprudência brasileira

O desenvolvimento da teoria da *culpa in contrahendo* veio como uma espécie de reação à insuficiência da teoria da culpa para explicar a responsabilidade indenizatória em situações carentes do aspecto subjetivo-volitivo. Na explicação dada por seu mentor, "a teoria da *culpa in contrahendo,* (...) na medida em que lhe está subjacente uma concepção limitada de ilícito subjetivo, não faz justiça à própria ideia de relação em causa"[351]. Não seria mais do que a culpa contratual numa vertente específica, superada a incidência imperiosa da vontade como pressuposto de constituição da relação contratual.

A recepção da *culpa in contrahendo* pela jurisprudência nacional apresenta dois pontos de destaque: primeiramente, se resume às hipóteses de responsabilidade pré-negocial (não desvinculada do aspecto volitivo e/ou da *justa expectativa* do partícipe lesado)[352]; e, além disso, calca a responsabilidade indenizatória pela ofensa à boa-fé objetiva. Ambas carecem de supedâneo e complementação doutrinária, ainda mais quando se voltam olhos à gênese da teoria da *culpa in contrahendo.*

Inicialmente, é preciso salientar, como já destacado à exaustão, que a teoria da *culpa in contrahendo* veio, fundamentalmente, para suprir a insuficiência

[350] IHERING, R. V. Culpa in contrahendo..., p. IX.

[351] IHERING, R. V. Culpa in contrahendo..., p. XII.

[352] Ilustrativamente, pode-se citar o seguinte julgado, cujas vozes ecoam pelos diversos tribunais Brasil adentro: Apelação Cível Nº 591028295 – 5ª Câmara Cível - Tribunal de Justiça do RS - Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior - Julgado em 06/06/1991 (*vide* ANEXOS).

do aspecto volitivo como *conditio sine qua non* à composição do vínculo contratual. Desta forma, restringir a *culpa in contrahendo* a hipóteses de ofensa às expectativas e às tratativas inerentes à volição dos contratantes é não apenas reduzir o seu conteúdo, mas, de certa forma, também, desnaturar a sua própria e particular essência. A teoria de IHERING dá conta, ainda, das hipóteses de responsabilidade por descumprimento de contratos (por ele considerados) nulos, ou seja, liames contratuais em que não se vislumbra o preenchimento da vontade qualificada e direcionada à formação de um negócio jurídico. E tal parece não ser muito bem recepcionado pela dogmática doutrinária e jurisprudencial pátria: resumem-se os estudos à hipótese de pré-contratualidade, deixando de lado as circunstância da responsabilidade contratual derivada de contratos (supostamente) *nulos*, ou seja, aqueles em cuja gênese não se vislumbra a expressão volitiva dos contratantes.

O segundo elemento constante da jurisprudência nacional que merece destaque é a imputação da gênese da *culpa in contrahendo* ao descumprimento de deveres derivados da boa-fé (objetiva)[353]. A boa-fé tem particular relevância nas situações em que se relacionam dois ou mais sujeitos e "na sua especialização, à partida, em questões postas por conjunturas relativas, isto é, por ocorrências onde, de modo direto, se relacionem posições de duas ou mais pessoas, numa fenomenologia que suporta uma certa autonomização material"[354]. O papel desse princípio na definição da natureza da responsabilidade é decisivo. A sua relevância está, exatamente, na formação dos contornos contratuais das relações de fato derivadas de condutas socialmente típicas. Uma vez definido que a natureza do vínculo fático é contratual, a responsabilidade, lógica e consequentemente, também o será.

Dizer que a *culpa in contrahendo*, no Brasil, está atrelada, precipuamente, à hipótese de responsabilidade pré-contratual não significa que o reconhecimento das relações contratuais de fato (contratos sem vontade negocial) não é aceito no Brasil. Pelo contrário, há, inclusive, entendimento sumulado do

[353] Nesse sentido: Apelação Cível n. 599418266 - 2ª Câmara Especial Cível - Tribunal de Justiça do RS - Rel. Desa. Matilde Chabar Maia - DJ: 20/12/00 (*vide* ANEXOS).

[354] MENEZES CORDEIRO, A. *Da Boa-fé...*,p. 1255.

Superior Tribunal de Justiça, embora seja adstrito a uma hipótese fática em particular.

Está-se fazendo referência à já citada Súmula 130, do Superior Tribunal de Justiça[355]. E essa previsão sumular fez surgir uma discussão acerca da natureza do contrato derivado das relações provenientes do *depósito* de veículos em estacionamentos: tratar-se-ia de contrato de depósito ou de contrato (fático) *atípico*? A resposta parece pender para esta opção ou invés daquela.

O contrato de depósito é, fundamentalmente, contrato unilateral. Portanto, o depositário, no caso de estacionamento gratuito, só responderia por dolo ou culpa grave, o que não acontece sob o ponto de vista das decisões judiciais proferidas acerca do tema, que reconhecem a responsabilidade indenizatória por parte do estabelecimento com fundamento exclusivo no *dano*, independentemente da apuração da *culpa* do estacionamento. Além disso, a previsão legal é de que o depósito, quando voluntário, deve ser celebrado por contrato expresso, não se admitindo a sua versão tácita, o que também não corresponde à realidade de muitos estacionamentos gratuitos oferecidos por estabelecimentos comerciais em que não há qualquer comprovação formal do *vínculo* mantido entre (os supostos) *depositante* e *depositário*.

O lógico, portanto, é considerá-lo, a partir de toda a definição trazida até o presente momento, como contrato fático atípico, sem negócio jurídico fundante: há dois centros de interesses, há situação fática que conduz à caracterização da natureza obrigacional da relação jurídica, há necessidade de observância dos deveres derivados do princípio da boa-fé, estando configurado, portanto, o contrato: nessas relações "não há o 'acordo de vontade', fonte tradicional das relações contratuais, mas, entre as partes, forma-se uma relação sinalagmática em tudo semelhante à contratual"[356].

---

[355] "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento".

[356] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade Civil – Assalto em Estacionamento de Supermercado – Estacionamento Gratuito como caso de "Relação Contratual de Fato" – Admissão da Prova de Não-Culpa – Estupro Tentado fora do Estacionamento, Seguido de Morte – Falta de Relação de Causalidade Adequada, p. 126.

António JUNQUEIRA DE AZEVEDO faz uma ressalva neste ponto quanto à definição (não) consumerista da relação contratual fática mantida nestas ocasiões:

> é preciso não confundir o *interesse econômico* do empresário em oferecer o estacionamento a possíveis clientes e a *relação jurídica*, dita 'contratual de fato', entre quem estaciona e o dono do estacionamento. Esta *relação jurídica* é, em si, *autônoma.* Basta pensar que o estacionamento pode, até mesmo, pertencer a terceira pessoa e que quem estaciona pode nem sequer ser cliente do empresário[357].

Independentemente disso, ainda que admitindo se tratar de relação contratual (fática) de consumo, "o que é falso, evidentemente –, então, esta relação estaria colocada na fase *pré-contratual.* Nesse sentido, poder-se-ia falar em *dever de cuidado* (não em *obrigação de cuidado*, como sustentamos que há na relação já qualificada como contratual); seria dever semelhante ao que se atribui ao dono da loja, para com as pessoas que entram em seu estabelecimento"[358].

A semelhança estabelecida entre a responsabilidade existente no caso do *estacionamento* e dos casos de *contato social* mantido em estabelecimento comercial está, de fato, atrelado à lógica de potencialidade negocial. Não basta em si a mera expectativa de celebração de um contrato para caracterizar o vínculo fático como tal. Pelo contrário, é preciso que haja uma concatenação de centros de interesses, imersos em um contexto de tipicidade de condutas e de viabilização de celebração negocial, com efeitos contratuais reconhecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Neste caso, portanto, a natureza contratual do liame se inicia

> com a entrada do consumidor no estabelecimento comercial, distinguindo, em seguida, a responsabilidade pré-contratual da responsabilidade delitual, fundada no dever genérico de não lesar,

[357] AZEVEDO, A. J. de. Responsabilidade Civil – Assalto..., p. 127.

[358] AZEVEDO, A. J. de. Responsabilidade Civil – Assalto..., p. 127.

> o que tem significativa relevância, porque ainda hoje parte da doutrina brasileira aponta o princípio do *neminem laedere* como fundamento da responsabilidade pré-contratual, embora seja consenso na Europa sua justificação no princípio da boa-fé objetiva, consagrado em diversos dispositivos do novo Código Civil, como o art. 422[359].

A *culpa in contrahendo*, portanto, ainda tem seus contornos não muito bem definidos pela jurisprudência pátria. Em que pese esta reconheça a sua existência, acaba por resumi-la a hipóteses particulares e específicas da concretude das relações sociais, estreitando o seu conceito para as circunstâncias de responsabilidade pré-contratual. O avanço está, a contrapartida, no próprio reconhecimento e na recepção desta figura (ainda que de forma defeituosa) pela sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Apenas enfrentando um processo evolutivo, de gradual aperfeiçoamento da sua definição, é que se poderá alcançar, quer no âmbito da doutrina, quer, substancialmente, na jurisprudência, uma composição adequada da *culpa in contrahendo.*

4.2.3 A natureza jurídica da responsabilidade derivada do contato social

De tudo o que se expôs até o presente momento, de fundamental importância é o reconhecimento da natureza contratual dos vínculos derivados das relações de contato social. Consequentemente, a responsabilidade derivada de tais liames também é dotada desta mesma natureza, definição salutar dentro da perspectiva aqui adotada de manutenção da divisão dicotômica da responsabilidade civil brasileira.

Resumidamente, portanto, o que se procurou demonstrar foi o fato de que “não se pode enquadrar a responsabilidade do agente [partícipe de relação contratual fática] como extracontratual, uma vez verificada relação jurídica de eficácia obrigacional preexistente ao dano e não a simples obrigação geral de não

[359] LARENZ, K. Culpa in contrahendo..., p. 345.

causar dano a outrem (*neminem laedere*)"[360]. Da mesma forma, a responsabilidade derivada das relações de contato social não se confunde, necessariamente, com a responsabilização *pré-negocial*, uma vez que "o contato social realizado e caracterizado pela conduta social típica já, por si, espraiou efeitos obrigacionais sem necessidade de conclusão do negócio jurídico. Nesse passo, a responsabilidade será contratual, pois, mesmo sem negócio jurídico, persistirá a atividade contratual, reconhecendo-se obrigações específicas atribuíveis aos centros de interesses"[361].

Dentro dessa perspectiva, dois pontos de destaque apresentados ao longo deste trabalho, que se alinham ao tema ora desenvolvido, merecem ser aqui repisados, agora à guisa de conclusão: **i)** a compatibilidade entre a dicotomia contratual/extracontratual e a teoria do contato social; **ii)** a definição dos contornos que definem uma relação fática *especial o suficiente* para constituir um vínculo contratual.

Contra esse primeiro ponto, há um posicionamento que busca criar uma terceira via entre as responsabilidades contratual e extracontratual, conforme já apontado, salientando, nesse sentido, que haveria determinadas relações interprivadas *sui generis* não albergadas pela lacunosa fragmentação da teoria da responsabilidade civil em dois grandes blocos. Dentro desta perspectiva, o foco estaria menos no plano de fundo originário da responsabilidade civil[362] e mais no "postulado ideal da plenitude da responsabilidade por ofensas a integridade, exequível de *plano* no sector das ligações especiais"[363], a partir de um *direito de*

[360] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 37.

[361] SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 37.

[362] Se decorrente da violação do genérico dever de não lesar, extracontratual; se derivada de uma especial vinculação entre ofensor e lesado, contratual.

[363] FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*, p. 229. Nesse sentido, o mesmo autor complementa: "já não se trata de prosseguir desesperadamente na tentativa (falhada) de encontrar motivos para a admissão de uma *ilicitude qualificada* no dano contratual ou pré-contratual de integridade, mas de nos firmarmos, ao invés, no postulado ideal, comum a todas as ordens de responsabilidade, de viabilização de uma tutela *integral* da integridade das lesões que, já no *plano pré-positivo*, são tidas como socialmente indesejáveis e, por isso, de princípio qualificáveis como ilícitas." (p. 227).

danos – o norte está na necessidade de manutenção da integridade do sujeito, especialmente a partir de uma leitura constitucional do Direito Civil.

Ora, a proteção plena do sujeito lesado, a partir da ênfase na reparação do dano, não parece ser em si suficiente à descaracterização da dicotomia contratual e extracontratual. Para além de todos os argumentos já apresentados em momento oportuno[364], *per si* suficientes à manutenção desta distinção bipolarizada, esta diferenciação contempla de forma satisfatória as hipóteses de responsabilidade derivada de *contato social.* Tanto é que já se teve a oportunidade de renomear esta dicotomia, definindo as categorias como "plano geral dos contactos anónimos e ocasionais (o delito) e o plano dos contactos especiais e individualizados"[365].

A alegação de que há determinadas relações *especiais* não contempladas pelos blocos dicotômicos da tradicional teoria da responsabilidade civil sucumbe se se lança um novo olhar sobre tal estudo: é preciso remodelar os conceitos de contratualidade e extracontratualidade, de modo a *oxigená-los*, sem que para tanto seja necessário desconstituí-los e invalidar tal bipolarização. As relações de contato social, conforme já visto, acabam por contrair contornos manifestamente contratuais, na medida em que o próprio conceito de *contrato* passa a ser revisto; da mesma forma acontece com *extracontratualidade*, ou seja, tudo aquilo que está para além do contrato, por uma lógica de exclusão, a partir de uma *nova* leitura da relação contratual, também passa a ter *novos ares.*

A escolha do que é indenizável no plano extracontratual, ou seja, do que merece proteção enquanto posição jurídica, é feita em função da "*aparência social-típica* de que se revestem em ordem à apreensão e respeito dos não titulares"[366]. A partir disso, enquadraria-se em uma conceituação contratual toda responsabilidade derivada de liames específicos e particulares, especializados diante da vinculação própria de centros de interesses qualificados pelo ordenamento, em um plano de potencialidade negocial, tendo o princípio da boa-fé

[364] *Vide* item 4.2.1, acima.

[365] Nomenclatura trazida pelo jurista alemão EDUARD PICKER. *In.:* FRADA, M. A. C. da. *Contrato e Deveres...*, p. 230.

[366] FRADA, M. A. C. da. *Contrato e Deveres*..., p. 229.

como plano de fundo. Veja-se que dentro desta definição é perfeitamente possível inserir as relações contratuais fáticas derivadas de *contato social*, pelo que, uma vez mais, se afirma a suficiência da dicotomia responsabilidade contratual/responsabilidade extracontratual para solucionar o presente tema, não havendo que se falar em *terceira via*[367].

As relações de contato social se caracterizam a partir da

> passagem dos indivíduos de uma *anónima* convivência com a possibilidade de lesões *ocasionais* (que a regra delitual geral do *neminem laedere* visaria prevenir) para situações de mais estreito contacto entre eles, ocorrendo este quando alguém, para alcançar determinado fim, expõe os seus bens à influência alheia e, especialmente, quando entra na esfera jurídica dominada por outrem[368].

Esta conceituação, em si, além de deixar transparecer a configuração dos contornos contratuais nela imbricados e, uma vez mais, justificar a manutenção da dicotomia já apresentada, já serve de passagem para o segundo ponto ora analisado, qual seja, o relativo à definição dos limites à especialidade da relação (contratual) derivada do contato social qualificado.

Verdadeiramente, conforme já se teve a oportunidade de afirmar, é tarefa árdua definir os limites que divergem uma relação *especial* (contato social originário de vínculo contratual) de uma relação *comum* de convívio genérico (relação de extracontratualidade). Todavia, alguns pontos podem ser retomados, já à guisa de conclusão.

Pondera-se, em princípio, que, em uma sociedade com elevado grau de complexidade e interdependência entre os indivíduos, o ponto limítrofe entre o

---

[367] Questionando tal posicionamento, M. A. C. da FRADA pondera que "este dualismo normativo, recordando contraposições tradicionais como a do contrato/delito ou a do negócio/lei terá sido nos últimos decênios matizado pela juridificação de ligações especiais distintas dos vínculos obrigacionais, fenómeno que apresenta dissonância com o modelo ideal de que partiu o legislador e que levanta naturalmente o problema da sua legitimação formal em face do sistema das fontes." (*In.: Contratos e Deveres...*, pp. 237-238).

[368] FRADA, M. A. C. da. *Contratos e Deveres,* p. 243.

contato social qualificado na condição de relação obrigacional e o mero contato genérico, de baixo grau de intensidade (não-contratual, portanto), aparece de forma tênue e de difícil distinção. De fato, a indeterminação do conceito poderia levar ao fracasso da determinação da teoria das relações contratuais de fato, aqui consubstanciada, fundamentalmente, nas relações de *contato social.* Entretanto, não é o que se conclui.

Não é o *contato social* em si que qualifica a contratualidade do vínculo estabelecida entre os sujeitos relacionados. Para além disso, o *contato social* só ganha ares contratuais se imerso em uma gama de fatores particularmente considerados, objetivamente determinados: a intensidade do contato, combinada com a relevância social do liame, imerso em um contexto de coordenação típica de centros de interesses, adjetivado pela incidência principiológica da boa-fé e da função social do (agora) contrato. A potencialidade negocial também se apresenta como fator diferencial à qualificação do contrato fático.

A tipicidade da conduta social faz com que as relações de *contato social* transmutem-se em legítimos contratos (fáticos). A partir daí, todos os efeitos contratuais configurados pelo ordenamento jurídico passam a incidir, também, sobre essa figura. Destoa-se do superado *mito* da autonomia privada, para dotar de objetividade os contornos das relações contratuais.

Por isso, e pelo muito mais que se foi apresentado neste estudo, a importância da teoria do *contato social*, especialmente em vista do seu papel de reformulador das fontes do direito obrigacional, e a sua relevância para a definição da natureza jurídica da responsabilidade derivada das relações contratuais fáticas ficam chanceladas e indubitavelmente demonstradas. A complexidade das relações sociais hodiernas acaba por dar o toque final ao tema, justificando a linha de argumentação adotada, a partir da seletiva escolha dos posicionamentos apresentados.

5. CONCLUSÕES

Realizado o plantio, é hora de colher os frutos que até aqui restaram maduros. Mas, preliminarmente, faz-se imprescindível justificar o porquê de se estar a tratar de conclusões, em sua forma plural, e não em uma conclusão singular.

A menção pluralística às conclusões quer se referir ao fato de que, por tudo o que se analisou, não é possível extrair uma única lógica axiomática: no mínimo, alcançam-se vários delineamentos imersos em dois grandes campos de estudos, que são o contrato e, consecutivamente, a responsabilidade civil.

Ao longo dessa dissertação, que já alcança, aqui, as suas últimas linhas, procurou-se demonstrar, a partir de um resgate histórico, seguido de um *voo panorâmico* cultural, como foi a evolução do instituto jurídico do contrato, desde a sua concepção clássica, pautada, fundamentalmente, na expressão máxima da autonomia privada, à sua roupagem pós-moderna, em que se admite a vinculação contratual entre sujeitos ainda que ausente a manifestação volitiva, ou, indo mais além, ainda que presente uma opção contrária à formação do liame de natureza contratual.

A lógica da igualdade formal entre os sujeitos, traduzida na máxima de que *quem fala em contrato, fala em justo*, imperava em um momento marcado pelo imperialismo liberal, a partir do qual o Direito era visto como mero instrumento garantidor da segurança das relações interpessoais. Mais do que assegurar a proteção aos sujeitos, a realidade jurídica servia como *meio* à manutenção dos negócios.

Essa realidade se alterou substancialmente e, dentro da experiência civilista brasileira, mostrou-se demasiadamente retrógrada a partir do movimento de *constitucionalização* do Direito Civil, com destaque, sob a ótica do objeto de estudos aqui tomado, à *funcionalização* dos institutos de direito privado, em especial do contrato. A partir disso, o vínculo contratual não servia mais à garantia do lucro ou à mera instrumentalização da circulação de riquezas, mas, sim, à

manutenção e proteção do sujeito, à promoção da dignidade da pessoa humana. O *novo contrato* começa a soltar as amarras das grandes codificações do século XIX para rumar a um novo horizonte.

Dentro dessa faceta pós-moderna do contrato, focaram-se os estudos das relações contratuais de fato, dando-se destaque aos contratos fáticos derivados dos *contatos sociais.* Para tanto, viu-se necessária a análise do conceito de contato social sob dois vieses: o sociológico e o jurídico. Naquele, concebe-se o contato social como *conexões mantidas no meio social, responsáveis pela influência mútua entre os sujeitos e, consequentemente, pelas relações dinâmicas mantidas no cotidiano da vida humana*, conceito este que serve de embasamento à concepção jurídica do *contato social* na condição de fonte originária de vínculo contratual de fato.

A perspectiva contemporânea do contrato fático trouxe à tona um papel de protagonismo assumido pelo princípio da boa-fé. Como elemento intimamente ligado à figura do contrato, este princípio parece ter ganhado ainda mais destaque quando diante de relações contratuais desvinculadas da expressão volitiva dos contratantes. Chega-se a se reconhecer, a certa altura, que é possível vislumbrar, ainda que com certa parcimônia, a boa-fé como pressuposto de existência do contrato.

Ainda, procurou-se, de forma didática e lógica, distinguir os conceito de contrato e negócio jurídico, a partir da incidência do conceito de volição em cada uma dessas figuras, isto é, enquanto para o negócio jurídico a vontade é elemento intrínseco à sua formação estrutural, ao contrato a sua ausência não reflete prejuízos significativo, ainda mais quando se tem o conceito do contrato como aquela "*atividade ou operação econômica socialmente relevante, deflagrada por dois ou mais centros de interesses, fundada ou não em negócios jurídicos"* (n. 89).

O estudo das relações contratuais de fato aqui realizado leva em conta, do ponto de vista metodológico, uma análise feita a partir do direito comparado. Para tanto, elegem-se, como parâmetro comparativo, as realidades imperantes nos ordenamentos pátrios alemão, italiano, português e do *common law* (em

especial, EUA e Inglaterra), de modo a cotejar a experiência dos contratos fáticos nessas diferentes culturas jurídicas com aquela praticada em terras brasileiras.

Após todo esse resgate, alcança-se um dos mais importantes tópicos estudados: a natureza jurídica da responsabilidade civil derivada das relações de *contato social.* E para tanto, observa-se tal objeto sob duas perspectivas: i) a (in)compatibilidade entre a dicotomia responsabilidade contratual / responsabilidade extracontratual e a teoria dos contratos derivados do *contato social*, de um lado, e ii) a definição das características que particularizam uma relação fática de forma *especial o suficiente* para constituir um vínculo contratual.

Dentro do primeiro foco, refuta-se a teoria de que a responsabilidade derivada das relações de contato social seria *sui generis*, ou seja, formaria uma *terceira via* na teoria da responsabilidade civil, na medida em que os conceitos de *contratualidade* e *extracontratualidade* são remodelados. Grosso modo, pressupondo que há uma nova leitura do conceito de relação contratual, e que o campo extracontratual, por uma lógica de exclusão, também passa a ter *novos ares*, é preciso tão-somente *oxigenar* os conceitos e fórmulas estanques, sem que, para tanto, haja a necessidade de desconstituir ou invalidar a bipolarização definida, eis que compatíveis à lógica do *contato social.*

Já com relação à particularização das condutas sociais típicas ao ponto de formarem legítimas vinculações contratuais, o que se conclui é que as relações derivadas do *contato social* atingem o *status* contratual se imerso em um conjunto de fatores determinados, dentre os quais se destacam i) a relevância social da relação; ii) a intensidade do contato; iii) a incidência protagonista do princípio da boa-fé; iv) a potencialidade negocial; v) e a coordenação típica de centros de interesses. Uma vez preenchidos esses requisitos, há a legítima passagem dos indivíduos de uma convivência genérica, fundada na possibilidade de lesões *ocasionais*, para situações de contato interprivado estreito, fundamentalmente contratual.

Enfim, o que se pretendeu demonstrar foi uma tentativa de reformulação do conceito de contrato, aliada a uma nova leitura da responsabilidade civil, que seja adequada à realidade social contemporânea. Indo

além, buscou-se apresentar um elastecimento do rol das fontes obrigacionais, para fazer constar o *contato social* como legítimo criador de relações contratuais de fato.

Do ponto de vista ideológico, apenas para que, verdadeiramente, se coloque linhas finais neste estudo, há de se ponderar o argumento de determinada parte da doutrina (em especial, italiana), que considera a teoria das relações contratuais de fato como fundada em um pressuposto político eminentemente *autoritário* (fascista para a experiência da Itália), uma vez que, à primeira vista, impõe deveres contratuais para quem não os assumiu: ter-se-ia a constituição de uma relação contratual falsamente garantidora da igualdade (formal) entre os sujeitos, pressupondo uma intenção inexistente[369]. Ter-se-ia por atribuir um contrato a quem jamais o consentiu e celebrou.

Ora, em que pese a autoridade dos argumentos, não parece ser esse o caso. Inicialmente, conforme se teve a oportunidade de mencionar, nas relações contratuais de fato não se criam vontades inexistentes aos partícipes da relação, mas apenas se reconhecem efeitos contratuais derivados do ordenamento jurídico na qual o *contato social* está imergido. Ao se reconhecer um cunho fascista a tal teoria, parte-se de um desígnio equivocado (o que, consequentemente, faz-se com que se atinja uma conclusão também precipitada): pressupõe-se a existência de uma igualdade formal entre os sujeitos, dando-se ênfase ao insuficiente princípio da autonomia privada.

A autonomia privada já não é mais elemento suficiente e adequado para se explicar a conformação de relações contratuais. Não bastasse isso, a teoria das relações contratuais fáticas ainda pressupõe um inegável protagonismo

---

[369] Nesse sentido, *vide* RICCA, Lucio. *Sui cosidetti rapporti contrattuali di fatto*, especialmente capítulo 1 (*vide* n. 299, acima). Mais específica é a colocação de Francesco GAZZONI, em sua obra intitulada *Manuale di diritto privato*, segundo o qual *"i presupposti politici di tale dottrina sono noti e si riallacciano, almeno inizialmente, all´ideologia nazionalsocialista che voleva sostituire all´individuo (e quindi al consenso) la comunità, dominata dal Führerprinzip, cosicché l´interesse di questa era considerato del tutto assorbente rispetto a quello degli individui, giustificando la nascita di vincoli anche a carico di chi non manifesta alcuna intenzione al riguardo. In tal modo, si sosteneva, al contratto basato su um consenso falsamente garantista dell´efettiva parità delle parti ma in realtà strumento di prevaricazione della parte economicamente piú forte su quella piú debole, si sostituisce la lascita di obblighi ricollegati obiettivamente al contatto sociale e dunque non condizionati dal consenso"*, p. 812.

do princípio da boa-fé, inserido em uma leitura civil-constitucional do instituto dos contratos. Reconhece-se a concatenação de centros de interesses, mas sempre levando-se em conta a (des)igualdade material que norteia as relações interprivadas.

Portanto, o que se conclui é que a teoria das relações contratuais de fato, especialmente em vista do *contato social*, não se apresenta com tal cunho autoritário. Em oposição a isso, funciona como mecanismo eficiente de questionamento da teoria (clássica) do contrato e de *oxigenação* das fontes do direito obrigacional, buscando suprir um vácuo entre o Direito vigente e a realidade fática.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico.* Coimbra: Almedina, v. 1, 1992.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Christiano Augusto Corrales de. *Da autonomia da vontade nas relações de consumo*. São Paulo: Editora de Direito, 2002.

ANDRÉ, André Luiz Pedro. *As ordenações e o direito privado brasileiro*. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/AndreAndre.pdf. Acesso em: 19/10/12.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral.* Coimbra: Almedina, v. 1, ed. 10, 2008.

ASSIS, Araken de. *Dano Positivo e Negativo na Dissolução do Contrato.* Palestra inaugural do 'Simpósio sobre Responsabilidade Civil', organizado pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), em Gramado, RS, e proferida em 25 de novembro de 1993. *In.: Revista da AJURIS 60/121*. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7618-7617-1-PB.html.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O princípio da boa-fé nos contratos. *In.: Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 9, Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm.

_____. Responsabilidade Civil – Assalto em Estacionamento de Supermercado – Estacionamento Gratuito como caso de “Relação Contratual de Fato” – Admissão da Prova de Não-Culpa – Estupro Tentado fora do Estacionamento, Seguido de Morte – Falta de Relação de Causalidade Adequada. *In.: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, v. 735, jan. 1997, pp. 121-128.

BEATSON, J. *Anson´s law of contract*. New York: Oxford Press, 28th Edition, 2002.

BECKER, Anelise. Elementos para uma Teoria Unitária da Responsabilidade Civil. *In.: Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, n. 13, 1995, pp. 42-55.

BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. *In.: Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre.* Porto Alegre: UFRS, ano VII/VIII, 1973/1974, pp. 15-53.

BEN-SHARAR, Omri. *Against the "meeting of the minds":* exploring a new basis for contractual liability. Michigan Law and Economics Research Paper No. 02-015, outubro/2002. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=341700.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto. s. l.: Jus, VIII, 1957.

_____. *Teoria Generale del Negozio Giuridico.* Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, v. quindicesimo, t. II, 1955.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz.* São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do Conceito de Contrato: do Clássico ao Atual. *In.:* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (org.). *Direito Contratual – Temas Atuais*. São Paulo, Método, 2008, pp. 19-40.

CARTWRIGHT, John. *Contract Law – an introduction to the english law of contract for the civil lawyer*. Portland: Hart Publishing, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. *A Obrigação como Processo.* Rio de Janeiro: FGV, 2007.

D´AMICO, Giovanni. *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

DI MAJO, Adolfo. *Obbligazioni e contratti – l´adempimento dell´obbligazione*. Bologna: Zanichelli, 1993.

DONNINI, Rogério Ferraz. A concepção clássica do contrato. *In.:* VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 69/79.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, ed. 2, v. 1, 1954.

FACHIN, Luiz Edson. *A "Reconstitucionalização" do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios*. Palestra do Professor Luiz Edson Fachin no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 04 à 07/10/2004. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo% 2022.pdf. Acesso em: 10/02/2012.

_____. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas*. Curitiba: Educa/Sciencia et Labor, 1988.

_____. *Questões do Direito Civil Contemporâneo.* São Paulo: Renovar, 2008.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção.* Coimbra: G. C. Gráfica de Coimbra, separata do v. XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A influência do direito francês no direito brasileiro atual. *In.:* MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. (coord.). *O Novo Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico.* Estudos em Homenagem à Jacqueline Morand-Deviller. São Paulo: RT, 2010, pp. 268-278.

FRANSCESCHELLI, Vincenzo. *I Rapporti di Fatto – Ricostruzione della* fattispecie *e teoria generale.* Milano: Dott. A. Guffrè Editore, 1984.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A quebra do paradigma voluntarista e a objetivação do vínculo contratual. In: BELMONTE, Cláudio; MELGARÉ, Plínio. (Org.). *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira.* Rio de Janeiro: Forense, ed. 1, 2005, p. 41-61.

GAZZONE, Francesco. *Manuale di diritto privatto.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract.* Columbus: Ohio State University Press, ed. 2, 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, ed. 18, 1998.

_____. *Novos Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, atualizada por Edvaldo Brito, ed. 17, 2007.

GONÇALVES, Oksandro. *A Relativização da Responsabilidade Limitada dos Sócios.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.* Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

IHERING, Rudolf Von. *De Interes em los Contratos*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

_____. Culpa in contrahendo *ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição.* Coimbra: Almedina, tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto, 2008.

IRTI. Natalino. *Codice Civile e Società Politica*. Bari: Biblioteca di Cultura Moderna Laterza, 1995.

_____. *La edad de la descodificación*. Trad. e apres. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes*.* In: *Os pensadores.* São Paulo: Abril Cultura, 1974.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e “contato social”*. In.: Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, ano 9, n. 34, abr./jun. 2008, pp. 343-354.

_____. *Derecho de Obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, v. 1, 1958.

_____. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico (1956). *In.: Revista de Direito da FGV.* Rio de Janeiro: FGV, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006, pp. 55-64.

LAZZARI JR., Julio Cezar. Alguns aspectos da moral de Kant na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes.* In.: Revista Prometeus – Filosofia em Revista. Sergipe: UFSE, ano 5, n. 9, jan/jun 2012, pp. 111-131.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. *In*: CANEZIN, Claude (org.). *Arte jurídica.* Curitiba: Juruá, v. II, 2004.

_____. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. *In*: _____. *Arte Jurídica*. Curitiba: Juruá, v.I, 2004, p. 277-291.

_____. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *In.: Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, n. 19, jun/set 2004, p. 260-269.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Contratos.* São Paulo: Saraiva, v. 3, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Teoria Geral das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2005.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. In.: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, v. 741, jul. 1997, pp. 12-37.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais.* São Paulo: RT, ed. 4, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

_____ (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.* São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Marcos Bernandes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência.* São Paulo: Saraiva, ed. 13, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da Boa-Fé no Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Do contrato de franquia ("franchising"): autonomia privada* versus *tipicidade negocial.* Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro88.pdf. Acesso em: 18/09/12.

_____. *Tratado de Direito Civil.* Coimbra: Almedina, ed. 2, v. VI, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil.* Coimbra: Almedina, 2003.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual.* Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2010.

MOTA PINTO, Paulo. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico.* Coimbra: Almedina, 1995.

NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. *In.:* DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, v. 6 (Parte Geral), série Grandes Temas de Direito Privado, pp. 341-390.

_____. *Contrato – Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba, Juruá, ed. 2, rev., atual., 2006.

_____ (coord.). *Contrato e sociedade: princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, v. II, 2006.

_____. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial.* Curitiba: Juruá, 1996.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar: 1998.

_____. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, ed. 2, 2006.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual.* São Paulo: Saraiva, 1994.

PAGE, Henry de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge: príncipes-doctrine-jurisprudence*. Bruxelles: Emile Bruylant, t. II, 1948.

PARSONS, Talcott. O conceito de sistema social. *In.:* CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). *Homem e Sociedade: leituras básicas de sociologia geral.* São Paulo: Editora Nacional, ed. 7, 1973.

_____. Os componentes do sistema social. *In.:* CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). *Homem e Sociedade: leituras básicas de sociologia geral.* São Paulo: Editora Nacional, ed. 7, 1973.

PATTI, Salvatore. *Diritto Privato e Codificazioni Europee.* Milano: Giuffrè Editore, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, ed. 13, vs. II e III, 2007.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIEIRI, Pietro. *Le Obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi.* Collana: Pubblicazioni dell´Università degli Studi del Molise. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional.* Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, ed. 2, 1981.

_____. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, tomo I, 1972.

_____. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, tomo III, 1972.

_____. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXXVIII, 1972.

PUTORTI, Vincenzo. *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos – Estudos.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RICCA, Lucio. *Sui* cosiddetti rapporti contrattuali di fatto. Milano: A. Giuffrè, 1965.

RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, ed. 4, 1949.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, ed. 2, 2002.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz*. Problemas na importação de conceitos jurídicos*. *Disponível em*: http://www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada -importacao-institutos-juridicos-pais. Acesso em 08.08.12.

ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. *In.:* RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais.* Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna.* Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SARAMAGO, José. *A Caverna.* São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale.* Bologna: Nicola Zanichelli Editore, libro IV, 1970.

SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos Sem Negócio Jurídico.* São Paulo: Atlas, 2011.

STIGLITZ, Rubén S. *Contratos – Teoría General.* Buenos Aires: Depalma, v. I, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, tomo III, 2009.

THEODORO JR., Humberto. *O Contrato e sua Função Social.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O Contrato e seus Princípios.* Rio de Janeiro: Aide, 1993.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, ed. 2, 1967.

WIESE, Leopold Von. *Sociologia – Historia y principales problemas.* Editorial Labor: Barcelona, Ed. 2, trad. Rafael Luengo Tapia, 1932.

_____; BECKER, H. O Contacto Social. *In.*: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). *Homem e Sociedade: leituras básicas de sociologia geral.* São Paulo: Editora Nacional, ed. 7, 1973.

ZANITELLI, Leandro Martins. *A noção de contato social, da sociologia à teoria unitária das obrigações de C. do Couto e Silva.* Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/zanitel1.htm.

7. ANEXOS

7.1. Página 28, n. 29

a) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. *PACTA SUNT SERVANDA.* 1. O princípio *pacta sunt servanda* enfatiza que as cláusulas e pactos contidos nos contratos são um direito entre as partes, e o não-cumprimento das respectivas obrigações implica a quebra do que foi pactuado. 2. Esse princípio, adotado no procedimento adequado da práxis comercial e consumerista, é um requisito para a eficácia de todo o sistema jurídico. 3. Assim, os contratos devem ser cumpridos tal como ajustados, respeitado o princípio da autonomia da vontade, basilar no direito privado. (Processo: APL 46120220068070001 DF 0004612-02.2006.807.0001; Relator(a): NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO; Julgamento: 27/04/2011; Órgão Julgador: 6ª Turma Cível; Publicação: 12/05/2011, DJ-e Pág. 152) – grifou-se.

b) AGRAVO DE INSTRUMENTO ALUGUEL NÃO RESIDENCIAL - CONTRATO NÃO RENOVADO- DISPOSIÇÃO EXPRESSA EM CONTRATO DA INTENÇÃO EM NÃO RENOVAR - OBSERVÂNCIA DO PACTA SUNT SERVANDA - PRIMAZIA DA LIBERDADE CONTRATUAL - NORMA CONTRATUAL COGENTE - PODER JUDICIÁRIO - NÃO INTERFERÊNCIA NA LIVRE MANIFESTAÇÃO DAS PARTES - ACORDO LEGÍTIMO - CUMPRIMENTO OBRIGATÓRIO - TÉRMINO DO CONTRATO ENSEJA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA - EFEITO SUSPENSIVO REVOGADO - AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. 2. Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos (Processo: AI 20110002211 AM 2011.000221-1;

Relator(a): Des. Aristóteles Lima Thury; Julgamento: 25/07/2011; Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível; Publicação: 28/07/2011) – grifou-se.

7.2 Pág. 62, n. 124

a) DISCRIMINAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. O Princípio da boa-fé objetiva, consagrado no código civil, deve ser observado em todas as fases contratuais, inclusive na fase pré-contratual. Demonstrado nos autos que o reclamante deixou de ser contratado por motivo discriminatório, tem-se configurada a violação da norma constitucional (art. 5º, caput, art. 7º, XXX, XXXI XXXII e XXXIV), sendo, pois, devida a indenização por danos morais. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido. (AC 693200801216009/MA - Relator: AMÉRICO BEDÊ FREIRE - Data de Julgamento: 03/11/2009 - Data de Publicação: 19/11/2009) – grifou-se.

b) APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C ABSTENÇÃO DE NEGATIVAÇÃO CADASTRAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA - PESSOA JURÍDICA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - MULTA CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO DISTRATO - EMISSÃO DE FATURA - NÃO CABIMENTO - PRINCÍPIOS DA PROBIDADE E DA BOA-FÉ. RECURSO DESPROVIDO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDORO Código de Defesa do Consumidor se aplica à pessoa jurídica, que apesar de utilizar o bem para incrementar suas atividades, é hipossuficiente na relação com o fornecedor. Tanto nas fases pré e pós-contratuais devem as partes observar os princípios da probidade e da boa-fé. Código de Defesa do Consumidor (AC 5333366 PR 0533336-6 - Relator: Costa Barros - Data de Julgamento: 06/05/2009 - 12ª Câmara Cível - Data de Publicação: DJ: 145) – grifou-se.

c) AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSTRUTORA QUE LANÇOU EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO DE 7 (SETE) BLOCOS E OBTEVE FINANCIAMENTO DO BANCO DEMANDADO PARA A CONSTRUÇÃO DOS 2 (DOIS) PRIMEIROS BLOCOS. GARANTIA HIPOTECÁRIA OFERECIDA PARA TODO O EMPREENDIMENTO. PEDIDO DE FINANCIAMENTO DA SEGUNDA ETAPA (3º E 4º BLOCOS) FORMULADO EM 26.04.1999. CONSTRUTORA QUE CUMPRIU O CONTRATO ANTERIOR E TODAS AS EXIGÊNCIAS DO BANCO DURANTE AS TRATATIVAS PARA A LIBERAÇÃO DO NOVO FINANCIAMENTO. NEGATIVA DE LIBERAÇÃO DO CRÉDITO FORMALIZADA EM 31.01.2000. JUSTIFICATIVA EMBASADA NA NOVA POLÍTICA DE ANÁLISE DE CRÉDITO E NO PORTE DA EMPRESA. DEMORA DO BANCO E APRESENTAÇÃO DE OUTRAS EXIGÊNCIAS PARA A LIBERAÇÃO DE PARTE DA GARANTIA. CONDUTA DO BANCO ARBITRÁRIA E EM DESACORDO COM A POSTURA ADOTADA NO CONTRATO ANTERIOR E DURANTE A NEGOCIAÇÃO DO SEGUNDO FINANCIAMENTO. ABUSO DE DIREITO. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DE LEALDADE E BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E PRÉ-CONTRATUAIS. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR (...). REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS EM RAZÃO DE DESPESAS COM O PROCESSO DE FINANCIAMENTO NEGADO E DE ACRÉSCIMO NO CONTRATO DE MÃO-DE-OBRA POR CONTA DO ATRASO NA CONSTRUÇÃO. (...) (AC 515289 SC 2007.051528-9 - Relator: Nelson Schaefer Martins - Data de Julgamento: 16/12/2011, 2ª Câmara de Direito Civil) – grifou-se.

7.3 Pág. 79, n. 172

a) RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE BENS DO INTERIOR DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. DANOS MATERIAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 130 DO STJ. Extraindo-se do contexto probatório a veracidade das alegações prestadas pela parte autora, no sentido de que teve efetivamente subtraído de seu automóvel acessórios que se encontravam no

interior do veículo, deixado em estacionamento de supermercado, ainda que gratuitamente, faz jus à indenização respectiva. Aplicação da teoria das relações contratuais de fato. Questão probatória - aplicação da redução do módulo da prova, quando o conjunto das circunstâncias está a gerar o chamado paradigma da verossimilhança. Sentença de primeiro grau mantida por seus próprios fundamentos. (Recurso Cível Nº 71000867895 - 2ª Turma Recursal Cível - Turmas Recursais - Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos - Julgado em 15/03/2006) – grifou-se.

7.4 Pág. 145, n. 338

a) CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTICIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTAO MANIFESTA A INTENCAO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIENCIA, NAO MAIS INDUSTRIALIZA-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUIZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRACAO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCACAO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZACAO A METADE DA PRODUCAO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGENERE, AS INSTANCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A ACAO. (Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991) – grifou-se.

7.5 Pag. 145, n. 339

a) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. TEORIA DA CULPA IN CONTRAHENDO. CESSÃO DE COTAS SOCIAIS. INEXISTÊNCIA DE

CONTRATO. CONDUTA DA RÉ COMPATÍVEL COM A BOA-FÉ OBJETIVA. Induvidosa a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade pré-contratual ou culpa *in contrahendo*, daquela parte que rompe imotivadamente relação jurídica notadamente existente, embora ainda não consubstanciada em contrato escrito. Tal possibilidade repousa na tutela da confiança que o contratante lesado depositou no vínculo, bem como no fato do outro contraente não ter agido de acordo com a boa-fé objeto, ou seja, desconsiderando a pessoa do *alter* e renegando deveres anexos ao contrato propriamente dito, como o dever de informação, de lealdade, de honestidade, de diligência – verdadeiros preceitos éticos que devem reger não apenas as relações negociais, mas a vida em sociedade. (Apelação Cível n. 599418266; 2ª Câmara Especial Cível; Tribunal de Justiça do RS; Rel. Desa. Matilde Chabar Maia; DJ: 20/12/00) – grifou-se.