

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

IARA PEREIRA RIBEIRO

CILDO GIOLO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cildo Giolo Junior; Iara Pereira Ribeiro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-726-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I do VI Encontro Virtual do CONPEDI realizado em junho de 2023 abordou temas clássicos do direito privado, como propriedade, negócio jurídico, capacidade civil, contratos e bens revisitados pela perspectiva hodierna do Direito Civil, demonstrou o impacto da tecnologia, inclusão, solidariedade e globalização sem deixar de lado o rigor técnico conceitual e o apuro metodológico na produção da pesquisa dos artigos.

A devida publicação dos Anais do GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO contém 12 artigos que apontam caminhos para o aprofundamento dos estudos civilistas no Brasil.

O primeiro artigo intitulado LÉON DUGUIT E O DIREITO DE PROPRIEDADE: CONTRIBUIÇÕES PARA O TEMA de Jorge Aurênio Ribeiro Júnior aborda o direito de propriedade e sua função social de acordo com os postulados definidos pelo jurista Léon Duguit. Como contribuições ao debate atual sobre propriedade, o artigo destaca que a propriedade não pode ser vista como um fim em si mesmo e que possui como característica marcante a solidariedade social; trata do evolucionismo positivista e suas consequências para a propriedade; e aponta que a análise da propriedade como um fato social pode conduzir a reducionismos que retiram seu sentido valorativo.

A reflexão seguinte sobre A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA MULTIPROPRIEDADE E A ANÁLISE JURÍDICO-AMBIENTAL ACERCA DO MODELO MAIS LONGEVO DO BRASIL com autoria de Rannia Tameirão Oliveira, Johan Guilherme Alvino Pontes e Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira analisa o instituto da multipropriedade como modalidade especial de condomínio instituído pela Lei nº 13.777/2018 que alterou o art. 1.358 do CC para incluir as alíneas a a u e apresenta o estudo do modelo multiproprietário Paúba-Canto Sul no município de São Sebastião, considerado o mais antigo do Brasil com mais de 60 anos de existência, comprovando a hipótese de que o parcelamento temporal multiproprietário reduz impactos ambientais, atende às funções econômicas e socioambientais, democratiza a aquisição da segunda moradia no Brasil, e ajuda a promover o desenvolvimento sustentável, sendo possível instituir o regime de multiproprietário nas unidades imobiliárias já existentes. Conclui que a multipropriedade é um paradigma racional para o uso de recursos socioambientais e viável sob o aspecto econômico.

O terceiro texto sob o título RECONHECIMENTO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO AOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS de Luciano Monti Favaro analisa o Projeto de Lei n. 3.461, de 2019, já aprovado no Senado Federal, que intenta atribuir personalidade jurídica aos condomínios edilícios, considerando-o como pessoa jurídica de direito privado. O artigo conclui que o projeto representa um avanço e pode resultar em solução de problemas enfrentados por esses condomínios, mas que, entretanto, poderá resultar novos debates jurídicos como, por exemplo, a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso da personalidade pelo condomínio edilício.

Na sequência o artigo O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO REVISITADO PELO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO com autoria de Guilherme Augusto Giroto, Daniela Braga Paiano, Arthur Lustosa Strozzi parte de considerações sobre como o negócio jurídico e o contrato emergiram no período de dominância do liberalismo como uma forma de conferir segurança jurídica à transmissão de propriedade e à circulação de riquezas para apontar que ao se instalar Estados Democráticos de Direito, com constituições que colocam a pessoa como eixo central, foi necessária uma releitura das relações privadas. O artigo pretende, desta forma, verificar num primeiro momento os preceitos clássicos destes institutos, e, em seguida, traçar quais preceitos constitucionais podem ser aplicados, revisitando esses dois institutos (negócio jurídico e contrato) sob o paradigma civil-constitucional.

O artigo REPERCUSSÕES NA CAPACIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA de Lucas Fagundes Isolani e Andressa Kézia Martins busca examinar as mudanças na teoria das (in)capacidades em razão do Estatuto da Pessoa com Deficiência para discutir as repercussões quanto a capacidade das crianças e dos adolescentes a partir da obra cinematográfica Uma Lição de Amor. O artigo também analisa a “Competência Gillick” do ordenamento jurídico inglês, que estabelece critérios para determinar se a criança ou o adolescente possui discernimento para decidir os atos de sua vida civil, com a autonomia dos jovens no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo tema, o artigo A (DES)NECESSIDADE DA REINTERPRETAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA PELO CRITÉRIO CRONOLÓGICO RÍGIDO de Larissa Lassance Grandidier propõe, por meio de pesquisa bibliográfica, que o melhor entendimento do dispositivo legal que restringe a capacidade civil de forma absoluta para crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos (art. 3º do CC) seja restringi-lo aos atos extrapatrimoniais para que seja preservada seus direitos da autonomia e liberdade nos atos personalíssimos.

Sobre autonomia privada, também discorreram Ana Clara da Silva Ortega e Galdino Luiz Ramos Junior no artigo O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE DO CONTEXTO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA ao examinarem o papel limitador do princípio ao conceito de autonomia e sobressalente à Lei de Liberdade Econômica.

As incitações trazidas pela tecnologia foram objetos de três artigos. Os autores Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima e Alisson Santos Rocha em O REGIME DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO BRASIL analisaram o tema a partir de estudos sobre o direito à privacidade para afirmar que existe um regime jurídico específico de proteção de dados pessoais sensíveis em prevalência ao regime geral e que esse sistema está presente em outros ordenamentos na Europa e no Estados Unidos. Os autores Bruno Santos Lima, Sebastião Patrício Mendes da Costa e Deborah Dettmam Matos se debruçaram sobre OS NOVOS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO MUNDO VIRTUAL E A HERANÇA DIGITAL realizando uma reflexão acerca da judicialização e da atuação do poder judiciário frente à suposta ausência de legislação específica para regulamentar as relações no ambiente virtual e suas consequências post mortem. Já Matheus Massaro Mabtum, José Ricardo Marcovecchio Leonardeli e Natália Peroni Leonardeli no artigo O METaverso E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS analisam os desafios legais que envolvem esse ambiente virtual, ao qual por meio de avatares, os usuários interagem entre si e como essa interação pode impactar as pessoas fora do ambiente virtual deve ser objeto de regulação governamental.

O artigo O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO sob autoria de Horácio Monteschio, Luiz Gustavo do Amaral e Lucas Leonardi Priori realizou estudo sobre as mudanças trazidas pelo compliance e os acordos de leniência em práticas corruptivas nas atividades das empresas privadas e a participação do Estado frente a essas mudanças globais. Por fim, o artigo DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO SOCIAL-SOLIDARISTA: BREVES APONTAMENTOS de Jason Soares de Albergaria Neto e Luiz Henrique Murici se debruça sobre o debate entre o viés social e o viés econômico-liberal do direito no âmbito da constitucionalização do direito civil.

Excelente leitura!

Thais Janaina Wenczenovicz / Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e PPGD UNOESC.

Iara Pereira Ribeiro / Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo - USP.

Cildo Giolo Junior / Universidade do Estado de Minas Gerais.

O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO REVISITADO PELO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

THE CLASSIC PARADIGM OF LEGAL BUSINESS REVIEWED BY CONTEMPORARY CONSTITUCIONAL-CIVIL LAW

**Guilherme Augusto Giroto
Daniela Braga Paiano
Arthur Lustosa Strozzi**

Resumo

O negócio jurídico e o contrato emergiram no período de dominância do liberalismo como uma forma de conferir segurança jurídica à transmissão de propriedade e à circulação de riquezas. Entretanto, ao se instalar o Estado Democrático de Direito, mormente com a vinda de Constituições que tinham a pessoa como seu eixo central, foi necessária uma releitura das relações privadas. Desta forma, a problemática reside em verificar num primeiro momento os preceitos clássicos destes institutos, e, em seguida traçar quais preceitos constitucionais podem ser aplicados, revisitando esses dois institutos (negócio jurídico e contrato) sob o paradigma civil-constitucional, objeto deste estudo. A pesquisa adotou o método dedutivo instrumentalizado pela análise exploratória de doutrina (pátria e estrangeira) e trabalhos acadêmicos que aludem à temática, com a consulta legislativa e jurisprudencial, em especial do Superior Tribunal de Justiça. Os resultados esperados são a partir de uma leitura civil-constitucional qual o novo paradigma a ser observado ao se desenvolverem relações jurídicas privadas.

Palavras-chave: Civil-constitucional, Negócio jurídico, Contrato, Novo paradigma, Pós-modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

During the reign of liberalism, the legal business and the contract evolved as a means of providing legal certainty to the transmission of property and the circulation of wealth. Yet, when the Democratic State of Law was established, particularly with the generation and promulgation of Constitutions concerning the individual, it was important to rethink private relations from a values perspective. Consequently, the issue is determining, at first, the classic precepts of the institutes, and then tracing which constitutional precepts can be implemented by examining these two institutes (legal business and contract) through the civil-constitutional paradigm, which is the focus of this research. The investigation used the deductive approach, which was aided by an exploratory analysis of doctrine (homeland and foreign) and scholarly works that alluded to the issue, as well as legislative and judiciary consultation, in particular the Superior Court of Justice. It is expected that a civil-constitutional interpretation will finally reveal the new paradigm to be observed in the building of legal relations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil-constitutional, Juridic business, Contract, New paradigm, Postmodernity

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, seguindo o paradigma clássico, o negócio jurídico e o contrato não perdem o papel patrimonialista de transmissão e circulação de bens, propriedade e riquezas. Todavia, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, estes institutos devem ser revisitados, configurando um novo paradigma, pois é imprescindível que seja introduzido em seu conceito as imposições constitucionais de observância obrigatória à matéria civil.

A relevância do trabalho concentra-se em conceituar o paradigma clássico, para então revê-lo sob o viés civil-constitucional, com o objetivo de demonstrar que os supramencionados institutos podem estar em consonância com o texto constitucional, ou seja, que conceitualmente possam englobar o respeito à dignidade da pessoa humana, ao proporcionar a equidade entre os contratantes, a transparência nas relações contratuais, a confiança e satisfação dos interesses, geridos pela boa-fé negocial.

A primeira parte abordará o paradigma clássico, diante da visão liberal, cujo primordial interesse era a circulação de bens e riquezas, não deixando espaço para que se observassem os próprios contratantes que, vistos abstratamente, eram tidos como paritários e, assim, considerava-se em absoluto o que havia sido contratado.

No segundo tópico, há a exposição dos novos preceitos civis-constitucionais que trazem o novo paradigma conceitual de negócio jurídico. Inicia-se com o que deve ser considerado constitucionalização do direito civil, para então, de fato, concretizar o novo conceito dos institutos.

A terceira parte concentra-se no recorte de três julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça que adotam o novo paradigma do contrato e, assim, conferem uma nova leitura ao mesmo e ao negócio jurídico, observando a boa-fé, a equidade, o dever de informação, entre outros elementos em concordância com a doutrina.

O marco teórico utilizado está na doutrina clássica de Emilio Betti, Enzo Roppo, Antônio Francisco Amaral e no que se refere ao novo paradigma, baseia-se nos escritos de Paulo Nalim, Teresa Negreiros, Luiz Edson Fachin e Giselda Hironaka.

A pesquisa desenvolvida utilizou-se do método dedutivo mediante a análise exploratória de doutrina e trabalhos acadêmicos que aludem à temática, com a consulta legislativa e jurisprudencial.

1 O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO E DO CONTRATO

O contrato é tão antigo quanto o próprio ser humano. Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, identificou que os indivíduos precisam viver em sociedade ao dizer que “não menos estranho seria fazer do homem sumamente feliz um solitário, pois ninguém escolheria a posse do mundo inteiro sob a condição de viver só, já que o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade” (ARISTÓTELES, 1991, p. 209).

Contudo, o recorte do presente trabalho parte das premissas fincadas no Estado de Direito, no qual a chave para compreensão encontra-se em meados do século XVIII, quando as Constituições modernas passaram a reservar um capítulo específico para positivar os direitos do homem, chamando-os de direitos fundamentais. Falar de negócios jurídicos em um Estado absoluto é tarefa hercúlea já que tal regime de governo sufocava a sociedade em todos os setores da vida (econômico, religioso, político, jurídico etc.). Por isso, a análise a ser feita parte da doutrina liberal.

Adam Smith, em seu livro “*A Riqueza das Nações*”, publicado em 1776, desenvolveu a ideia da denominada “mão invisível do mercado”: o Estado não deveria intervir na economia, pois o mercado seria capaz de se autorregular, resultando na doutrina do “*laissez-faire, laissez-passer*” (deixar fazer, deixar passar), em que o Estado teria como função somente a proteção da propriedade e garantir a segurança dos indivíduos, de tal modo que permitisse que as relações sociais e econômicas se desenvolvessem livremente, sem qualquer interferência estatal. A burguesia, classe econômica-social emergente daquele período, utilizou-se desses fundamentos para proteger os seus interesses. Os séculos XVII e XVIII tornaram-se palco das chamadas revoluções liberais ou burguesas e, a partir delas, o Estado absoluto cedeu lugar ao Estado de direito (MARMELSTEIN, 2019, p. 43).

As matrizes morais defendidas pelos liberais passaram a ser incorporadas em inúmeras “declarações de direitos” proclamadas no período compreendido, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, e a Declaração da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução e Independência dos Estados Unidos da América. Os direitos protegidos nesses documentos tinham como influência o pensamento liberal propagado pelos filósofos do iluminismo, em especial John Locke, para quem “o grande e principal fim dos homens se unirem em sociedade e de se constituírem sob um governo é a conservação da sua propriedade” (LOCKE, 2003, p. 76).

Com a vitória da burguesia, restou a seguinte ordem: o Estado deveria proteger a propriedade, considerada como um direito “sagrado” e “inviolável”, de acordo com a

declaração francesa¹. O cumprimento da lei condicionava-se à preservação e consagração de incontáveis direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade de profissão, liberdade religiosa etc.

Dentro da sua acepção clássica, edificada no direito francês através do Código Civil de 1804, o contrato era a exata tradução de um monismo valorativo. Entendia-se que a autonomia da vontade era absoluta, sem concorrer com outros princípios. Logo, o contrato inseria-se no plano da liberdade formal, independentemente das condições materiais das partes e da sociedade que os cercava. Portanto, o Estado não podia intervir no contrato, cabendo-lhe, apenas, zelar para assegurar a liberdade dos contratantes, no momento do nascimento do negócio celebrado.

O Código Civil francês de 1804 foi inspirado pelo individualismo emanado da Revolução Francesa, que refletia, no campo jurídico, a respeitabilidade dos direitos individuais. Nele houve a ascensão dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. Portanto, os contraentes eram os exclusivos responsáveis pelas avenças, suas intenções e a conveniência de se firmar o contrato. Regia a ideia de que se é contratual é justo e, sendo os indivíduos livres, todos são igualmente capacitados para autorregular seus interesses privados.

A história do Código Civil de 1916 aponta a inafastável influência que o Código Civil francês exerceu em sua fundação. No direito contratual, por exemplo, o Código Beviláqua foi silente quanto à lesão, não a incluindo no restrito elenco dos vícios de consentimento, possível de ensejar a anulação do negócio jurídico, como fez o Código Civil napoleônico. O Código francês consagrava, sem exceções, o princípio da forma obrigatória dos contratos, em seu artigo 1.134 que estabelecia: “as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”² (FRANÇA, 1804, n.p.), inspirando o sistema civil brasileiro de 1916.

O Código Civil de 1916, semelhante a outros Códigos – por exemplo, o alemão (1900), o polonês (1933), e o suíço (1907) –, não trazia um conceito legal do que seria o contrato. Por sua vez, o Código Civil de 2002 segue o mesmo caminho, e não o conceitua. Cabe, portanto, à doutrina delimitar o que é o contrato..

Em uma visão clássica do contrato, Clóvis Beviláqua (1977, p. 194) entendia que se tratava de “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir

¹ Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

² Tradução livre de: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

direitos.” Para Orlando Gomes (2007, p. 10), ele pode ser visto como “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regulam”. Por fim, Washington de Barros Monteiro (2003, p. 5) conceitua o mesmo como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito.”

Francisco Amaral analisa o contrato igualmente pela característica de transferência patrimonial entre os indivíduos, pois esse instituto básico do direito civil, no campo patrimonial, dá origem às obrigações, que são elementos dinâmicos do direito patrimonial (2017, p. 243). O autor tece críticas sobre a importância atual do negócio jurídico afirmando que as condições econômicas e políticas da época de sua criação não mais existem e, assim, o ato jurídico (como gênero) permaneceria vigente e com crescente importância ao contrato (AMARAL, 2017, p. 473-475).

O Código Civil italiano de 1942, em seu artigo 1.321, indica que “o contrato é um acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular, ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”³ (ITÁLIA, 1942, n.p.). Trata-se de conceito clássico para delimitar que o contrato pode ser conceituado como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo meramente patrimonial. Destaca-se que, ao longo do presente artigo, com a releitura do próprio instrumento, verifica-se que é possível avançarmos para questões existenciais.

Com o objetivo de conceituar o negócio jurídico em uma visão clássica, Emilio Betti (2008, p.88-89) afirma que três perguntas devem ser respondidas, as duas primeiras se referem à estrutura (forma e conteúdo) e a terceira à função, são elas: (i) como é (forma)?; (ii) o que é (conteúdo)?; e (iii) o por que é (causa)? Desta forma, o instituto do negócio jurídico não valida um querer no vazio, trata-se de ato pelo qual o indivíduo normatiza seus interesses nos vínculos com os demais (ato de autonomia privada).

Ao responder a primeira pergunta, Betti afirma que o negócio jurídico ora é ato de uma declaração e ora é um comportamento; a vontade apenas rompe o fato psicologicamente interno do sujeito no momento que se torna reconhecível no ambiente social, suscetível então de interpretação e valoração pelas partes. Somente então declarações ou comportamentos podem constituir objeto de interpretação e conseqüentemente instrumento de autonomia privada (BETTI, 2008, p. 89).

Na segunda questão levantada, tem-se essencialmente o conteúdo do negócio jurídico

³ Tradução livre de: “*il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

como uma disposição ou preceito da autonomia privada, direcionado para interesses concretos e próprios de quem os estipula. Esse preceito é a própria eficácia do negócio jurídico, uma vez que, ao se constituir o negócio jurídico pela vontade, os efeitos ordenativos correspondentes são imediatos. (BETTI, 2008, p. 90).

A terceira pergunta é respondida pelo autor no sentido de que o direito não confere sanção ao mero capricho do indivíduo, mas em verdade concede funções que entende como importantes e úteis socialmente para o coletivo que organiza e no qual se desenvolverá (BETTI, 2008, p. 91).

É importante destacar que a teoria da vontade transmutou-se na teoria da declaração, sendo a última uma sequência de regras que disciplinam o próprio contrato, unidas pela característica de criar/ligar efeitos e o tratamento jurídico dos vínculos ao elemento objetivo, exteriores e socialmente reconhecíveis, ou seja, busca sacrificar o subjetivismo íntimo para dar prevalência à declaração da vontade (ROPPO, 2020, p. 298-299).

Enzo Roppo (2020, p. 13-14) afirma que, necessariamente, o caráter de patrimonialidade deverá estar presente no contrato, sob pena de, ausente tal elemento, não existir contrato, inobstante seja alargada a concepção de patrimonialidade. Pontes de Miranda (2002, n. p.), por sua vez, aduz que a manifestação de vontade é um suporte fático do negócio jurídico, que se consubstancia como uma das classes de atos jurídicos, na medida em que este conceito surgiu a partir da necessidade de abranger os casos em que a vontade humana criava, modificava ou extinguiu direitos.

Das premissas expostas, é possível identificar que, na visão dos mencionados autores, o negócio jurídico e o contrato possuem uma característica de patrimonialidade. Não obstante a autonomia privada para dispor livremente de bens, não se confundem com a autonomia contratual para regulamentação de situações subjetivas existenciais, existindo diferença a cada caso em concreto.

Emilio Betti (2008, p. 266), ao tratar da relevância jurídica da causa do negócio, em especial no seu aspecto subjetivo, aduz que a causa é precisamente a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada e, por consequência, configura o conteúdo mínimo imprescindível.

Enzo Roppo (2020, p. 140-141) por sua vez, faz uma consideração sobre a autonomia privada e as fontes heterônomas da determinação do regulamento contratual. O autor indaga se a autonomia privada e a liberdade contratual configuram uma garantia constitucional e, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional conclui que a liberdade contratual,

atendo-se exclusivamente a disposições patrimoniais, não pode abarcar direitos invioláveis. Trata-se de situação contrária à que acontece na Alemanha, onde o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no texto fundamental adota a autonomia privada como a mais forte garantia.

Antonio Junqueira de Azevedo (2020, p. 21-22) afirma que, para resolver a questão entre as concepções genéticas e às concepções funcionais, deve-se analisar o negócio jurídico na sua forma estrutural, como um fato jurídico. Tal fato, somado às suas circunstâncias, é recebido socialmente como uma declaração de vontade e aliado ao exame da projeção nos três planos (existência, validade e eficácia), na medida em que a vontade e causa não são parte integrantes do negócio jurídico que subsiste a elas (plano da existência), configurando-se, portanto, em meios de correção do negócio.

O conceito de negócio jurídico como mera declaração de vontade refere-se a um único sujeito. Assim, toda a análise do contrato é vinculada na volição de cada um dos envolvidos, perdendo-se de vista a estrutura bilateral do contrato, ou seja, limita-se a participação comunicativa, fechando-se os fluxos intersubjetivos. Todo o discurso do negócio jurídico conjuga-se no indivíduo. Sendo a liberdade contratual pensada isoladamente, sem se considerar a igual liberdade do outro sujeito, o sistema ignora qualquer limite imanente à liberdade daquele que detém o poder contratual (RIBEIRO, 2007, p. 38-40).

A decadência do Estado liberal fez com que a própria liberdade fosse contaminada, porque os contratos que foram consolidados pela ideia de autonomia da vontade não superavam a supremacia do mais forte economicamente sobre o mais fraco. Consequentemente, o entendimento de que a liberdade desenfreada era algo positivo à sociedade foi enfraquecendo. O contrato não pode ser visto como um ato isolado, mas sim uma relação inserida em processos econômicos-sociais de relacionamento entre categoria de indivíduos.

Giselda Hironaka aduz que, entre o período do prevaecimento da burguesia e o paradigma da pós-modernidade, houve um novo tempo em que os efeitos deletérios do liberalismo jurídicos foram amenizados pela proteção estatal:

Desde a vitória burguesa até o paradigma da pós-modernidade, foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual, tudo em nome do interesse coletivo e em atenção às exigências do bem comum. O modelo atual pede e espera uma abertura maior do sistema outrora tão fechado a valoração externas e, para tanto, procura injetar-se de bases principiológicas novas ou, no máximo, renovadas. (HIRONAKA, 2002a, p. 129).

Com a percepção de que os indivíduos, embora livres, não são iguais e na busca de se

atingir uma igualdade material – e não apenas formal –, o Estado passou a ser um agente intervencionista no que se refere às estruturas contratuais, ao assumir postura ativa diante de um desequilíbrio contratual.

É nesse cenário que nasce o Código Civil de 2002, fortalecendo conceitos arraigados de uma concepção que busca o interesse social, sobretudo, na matriz da sociabilidade, fincada no artigo 3º, inciso III da Constituição de 1988. Por esse motivo, a concepção clássica de negócio jurídico e contrato sofre interferências sociais e, ao entrar em crise, cede lugar à mudança paradigmática cujo teor revela-se na releitura destes dois institutos à luz da doutrina civil-constitucional, na perspectiva do diálogo das fontes⁴, que será exposto a seguir.

2 O PARADIGMA CIVIL-CONSTITUCIONAL DO NEGÓCIO JURÍDICO E DO CONTRATO

Quando o legislador age para disciplinar diversos institutos nitidamente privados no seio constitucional, o ato legislativo acaba por redimensionar a norma privada e fixar os parâmetros fundamentais interpretativos. Isto é, ao reestabelecer o sistema jurídico em seu eixo fundamental, estabelece como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade substancial, a erradicação da pobreza e a diferença das desigualdades sociais. A Constituição Federal de 1988 marcou uma superação da tênue fronteira entre o direito público e o direito privado, pois ambos devem observar os princípios fundamentais constitucionais, no que Luiz Edson Fachin (2000, p. 317-324) denomina virada copernicana no Direito Privado. Tal mudança reunifica valores existenciais da pessoa humana que se encontravam perdidos na longa e vasta legislação infraconstitucional.

Como se verificou, os direitos fundamentais foram concebidos como instrumentos de proteção dos indivíduos em oposição à opressão estatal. O particular era visto como titular dos direitos e nunca o sujeito passivo, simbolizando uma relação assimétrica de poder em que o

⁴ Conforme expõe Flávio Tartuce: “Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso, vai-se até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização). Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A porta de entrada dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (eficácia horizontal mediata), ou mesmo de forma direta (eficácia horizontal imediata). Em síntese, percebe-se que todas essas teorias possibilitam a visão de um sistema unitário, em que há mútuos diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade. Assim está sendo construído o Direito Civil Contemporâneo.” (TARTUCE, 2023, online).

Estado se coloca em uma posição de superioridade hierárquica em relação ao indivíduo. Com o passar do tempo, constatou-se que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, por esse motivo fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (MARMELSTEIN, 2019, p. 343).

O contrato é o instrumento que confere segurança jurídica às relações jurídicas, porém esse não é o seu único papel. O seu fundamento é a perpetuação da vida humana, isto é, a satisfação das necessidades dos indivíduos, por isso, o contrato deve ser analisado sob o prisma da personalização do Direito Privado e do Direito Civil Constitucional, no intuito de atender o mínimo para que a pessoa viva com dignidade (TARTUCE, 2023, p. 8)

O paradigma da autonomia da vontade começou a ser, em alguns momentos, substituído pelo princípio da autonomia privada. As normas restritivas da autonomia privada constituem exceção dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não admitem analogia ou interpretação extensiva, justamente diante da permanência da valorização da liberdade. Contudo, em situações de dúvida entre a proteção da liberdade da pessoa humana e os interesses patrimoniais, deve prevalecer a primeira, logo, o direito existencial prevalece sobre o patrimonial.

Em matéria de contratos, o Código Civil de 2002 foi pioneiro ao afirmar a função social do contrato como limite à autonomia privada (arts. 421 e 2.035, parágrafo único). Na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil, datado de 16 de janeiro de 1975, Miguel Reale expôs que um dos objetivos era “que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da propriedade” (REALE, 1999, p. 71).

Desse modo, verifica-se que os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social em que estão inseridos e assim impedir a onerosidade excessiva às partes contratantes, além de observar a busca pela concretização da igualdade material e da justiça contratual. Desse modo, deve o Estado reequilibrar a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contraentes sobre a do outro.

Paulo Nalim afirma que ainda se aplica o princípio da autonomia da vontade, a despeito de valores e dos princípios constitucionais que modificaram substancialmente o conceito de contrato, quais sejam a inclusão de *status* aos contratantes, a mitigação das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato:

A constitucionalização do Direito Civil não é o único, mas, sim, representa um dos caminhos possíveis para eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados. Por exemplo: na Europa, o comunitarismo fez emergir as leis supranacionais

e, especialmente, as diretivas comunitárias as quais indicam o sentido a seguir, pelos membros daquela União. [...] O primeiro passo para a compreensão desta nova metodologia está na própria regra jurídica, em sentido mais amplo, passando a técnica legislativa, do tipo hermético (preceito e sanção), às cláusulas gerais, abrangentes (...). O modelo estratificado da regra jurídica, composta de preceito e sanção, notabilizada, no seu todo, pelo sistema jurídico dito fechado, posterior objeto de análise, não se coaduna com a necessária plasticidade do tecido normativo às tendências sociais. A Constituição brasileira tem esta característica, repleta de dispositivos ávidos a serem concretizados com base na experiência hermenêutica. (NALIM, 2008, p. 33-34).

Ao analisar a nova concepção de contrato, Enzo Roppo (2020, p. 71) explicita o papel do contrato e a relação do instituto com as formas de organização econômico social, ao dizer que é através da relatividade do contrato que “muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido.”

Isso tudo se dá graças ao movimento da personalização e constitucionalização do Direito Civil, segundo o qual se pode afirmar que a “real função do contrato não é a segurança jurídica ou a proteção excessiva a cega do mercado, mas sim atender os interesses da pessoa humana” (TARTUCE, 2023, p. 66).

Teresa Negreiros avança no estudo dos novos paradigmas dos contratos afirmando que seus princípios regentes estão sofrendo uma evolução social, na medida em que contrastam com o modelo liberal, cedendo lugar a um modelo contemporâneo que, baseado no paradigma da essencialidade, busca a adequação dogmática contratual à ordem civil-constitucional:

O paradigma da essencialidade – a servir para distinguir contratos em razão do grau de imprescindibilidade do bem contratado – traduz adequadamente a metodologia civil-constitucional, na medida em que é deduzido de uma releitura, à luz da constituição, de categorias dogmáticas consagradas (como é o caso da classificação dos bens, que passa a levar em conta o critério da utilidade existencial, em lugar da utilidade exclusivamente patrimonial). Ademais, a inovação no sistema de diferenciação dos contratos, por meio da classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos, traduz ainda a metodologia especificamente contratual, que, atualmente, se caracteriza por uma crescente fragmentação. Com efeito, a unidade e o formalismo do direito contratual clássico são incompatíveis com a concepção social do contrato, em que certas características das partes contratante, antes inteiramente desconsideradas, ganham relevância jurídica. (NEGREIROS, 2002, p. 29)

A autora acrescenta, aduzindo que os contornos da liberdade contratual acarretam numa despatrimonialização, bem como numa funcionalização, uma vez que a autonomia da vontade experimenta intensas modificações no âmbito do contrato:

A livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como a justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim que o direito dos contratos não está à parte do projeto

social articulado pela ordem jurídica em vigor no país. (NEGREIROS, 2002, p. 107-108).

Se antes o patrimônio era posto em primeiro plano, o sujeito era desconsiderado e o indivíduo era considerado em abstrato (FACHIN, 2012, p. 101), por consequência, as condições e interesses também ficavam em segundo plano. Dessa forma, o equilíbrio econômico-financeiro das tratativas não era levado em conta, já que a intenção era somente a transmissão de bens.

Luiz Edson Fachin (2012, p. 106) afirma que o direcionamento contemporâneo é a superação das perspectivas abstratas e genéricas, não apenas no que diz respeito aos sujeitos (titulares de direito), mas quanto àquilo que se refere ao próprio objeto de titularidade, uma vez que a noção clássica de o que se configura como pessoa e coisa não mais guarda relação com o que o Código Civil confere a esta realidade.

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 185) esclarece que as disposições constitucionais demandaram o abandono do antigo preceito individualista pelo novo paradigma da solidariedade social.

O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil – que se faz notar nas mais recônditas minudências do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir igualdade de todos perante a lei – igualdade representativa, à época, de significativo avanço social –, posição que era, no entanto, incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas. Por seu turno, o legislador constituinte teve a pretensão, apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, de querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social. (MORAES, 2001, p. 185).

Com relação à própria metodologia civil-constitucional, Paulo Lôbo expõe que o humanismo é o foco central de aprendizagem e a aplicação do Direito Civil, com o objetivo de efetivar-se os direitos fundamentais nas relações privadas:

O que caracteriza o Estado Social, sob o ponto de vista do Direito e do constitucionalismo moderno? É a incorporação de um terceiro segmento, inexistente na experiência anterior do constitucionalismo, que é a ordem econômica e social. Na fase do Estado Moderno Liberal, a preocupação central foi com o controle do Poder Político. Depois, veio à afirmação dos direitos e garantias individuais, fase esta que indica o segundo seguimento. Na época, não se cogitava, evidentemente, da existência de garantias sociais, resultado da experiência, ainda em construção em nosso tempo, sofrendo todo tipo de resistência e reações, especialmente após a maré montante do conservadorismo nos países de Reagan e Thatcher. A experiência do Estado Social, ao longo do século XX, tem em comum, tanto nas vertentes democráticas, quanto nas totalitárias, a afirmação dos direitos econômicos e sociais. Daí chamar-se de constitucionalismo econômico e social. (LÔBO, 2014, p. 21)

A superação do conceito clássico de contrato deve ocorrer conforme o paradigma da essencialidade, que se propõe a analisar a utilidade existencial do bem contratado como juridicamente relevante ao exame das questões contratuais, em outros termos:

O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual. Com tal, o paradigma da essencialidade proporciona instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo direito contratual, constituindo ao mesmo tempo uma expressão e um expoente do compromisso do estudioso desta área do saber jurídico com a tutela da dignidade essencial da pessoa humana. (NEGREIROS, 2002, p. 387-389).

Ao concretizar os preceitos inseridos por este novo paradigma Marcos Jorge Catalan afirma que no Brasil houve a denominada fase das descodificações em que emergiram diversas legislações esparsas visando regradar os novos institutos e/ou dar novo enfoque às normas até então existentes (CATALAN, 2004, p. 372).

A boa-fé, a equidade e razoabilidade se afiguram como fundamento primordial da nova teoria do contrato, uma vez que busca mitigar os abusos que a irrestrita liberdade pode ocasionar. Assim, os conceitos clássicos e jusfilosóficos econômicos da mencionada teoria clássica foram arrefecidos, ou seja, na contemporaneidade exige-se a consideração da função econômica e social do contrato e as peculiaridades das partes envolvidas (contratantes) (CATALAN, 2004, p. 372).

De igual sorte Nasser Ferreira, ao traçar críticas ao negócio jurídico (sob a visão do paradigma clássico), conduz a uma assertiva de que o Estado Democrático de Direito e Social supera com o clássico pensamento liberal repaginando os institutos tradicionais de direito privado, atribuindo à propriedade e ao contrato, sua função social:

O direito privado contemporâneo resgata a legitimidade e efetividade das cláusulas gerais, consideradas no passado como princípios de pouco ou nenhuma eficácia para recolocar em função dos costumes do tráfego jurídico e prática social a boa-fé e a função social do contrato no vértice negocial⁴ com função trina: de interpretação, integração e controle. As cláusulas gerais, como sustentadas pela doutrina e recepcionadas pela jurisprudência no decurso dos vinte anos da Constituição Federal, são consolidadas como consequência da abertura do sistema jurídico. No caso do ordenamento pátrio a força normativa das cláusulas gerais amplia a possibilidade de valorização da atuação do sujeito contratante, amparado pela boa-fé objetiva. A exemplo da legislação consumerista propicia o equilíbrio das partes na relação negocial, como critério objetivo, limitando vontades, exercendo controle de interesses, impondo limites aos contratantes e assegurando a possibilidade da concretização da igualdade substancial. Os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa contratante integram a composição axiológica das cláusulas gerais. (FERREIRA, 2009, p. 12).

Portanto, o modelo adotado pelo Código Civil e que conseqüentemente disciplina o

negócio jurídico e o contrato é regido por sistema aberto com cláusulas gerais que demandam interpretações do hermeneuta.

Ao elencar os princípios que informam a nova ordem contratual, Paulo Nalim (2008, p. 127-160) cita os seguintes: a boa-fé negocial (que seria parte integrante do negócio, não apenas analisado na ótica da validade, mas o contrato seria conforme a boa-fé), a boa-fé, equidade e justiça contratual (como uma vedação à cláusulas abusivas, eis que observada a equidade entre os contratantes), a transparência nas relações contratuais (significa a correlação entre o dever de lealdade com o conteúdo da avença), e, a confiança e satisfação dos interesses dos contratantes (deverá se fazer presente em fase pré-contratual, bem como durante a execução deste).

Sobre esse assunto, Teresa Negreiros afirma que é tarefa contínua da doutrina civil-constitucional a demonstração e a exploração dos vínculos existentes entre o direito civil e o texto constitucional. Ressalva, ainda, que o contrato passou a englobar temas como: justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção do vulnerável (consumidor), meio-ambiente etc., valores constitucionalmente impostos, posto que o contrato não é matéria afastada do projeto de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nas palavras da autora:

De acordo com o modelo contemporâneo de contrato, as partes contratantes não mais se concebem em termos formais e abstratos, como se fossem intercambiáveis, equiparadas em função da sua condição de sujeitos de direito, igualmente capazes e livres. Ao contrário, a característica do direito contratual contemporâneo que mais marcadamente o opõe ao direito contratual clássico é justamente a difusão das chamadas *wak-person-orientede rule* – de que o exemplo mais recente e expressivo, entre nós, são as normas de proteção ao consumidor, instituídas por expressa determinação constitucional (CF, art. 48 do ADCT c/c art. 170, V, e art. 5º XXXIII) a partir da promulgação da Lei 8.078/90 – CDC. (NEGREIROS, 2002, p. 506-508).

Paulo Nalim (2008, p. 253), ao conceituar contrato no contexto contemporâneo (pós-moderno), afirma que esse não pode ser resumido a um conciso conceito, já que se trata de uma “relação complexa solidária.” Portanto, deve-se concebê-lo como: “o contrato interprivado, a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares subjetivos da relação como também perante terceiros.”

Desta forma, com fundamento nos preceitos constitucionais vigentes, tem-se o instituto do negócio jurídico e o contrato, revisitados na figura de um instrumento que, embora contenha regramento privado, não se descuida e não se afasta da Constituição.

3 REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS DO PARADIGMA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Após o enfrentamento das questões anteriormente levantadas, e fixados os preceitos de observância obrigatória em decorrência da matéria civil-constitucional, é pertinente a análise dos reflexos que este novo paradigma gera na jurisprudência pátria.

Observa-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em atendimento à boa-fé contratual, ao indivíduo dotado de capacidade civil que opta por dar seu único imóvel em garantia ao contrato de mútuo, não se confere irrestritamente a proteção do bem de família. No caso em apreço⁵, o autor M. C. V. ajuizou ação declaratória em face da C. E. F., pleiteando a nulidade de consolidação da propriedade nos termos do art. 26 da Lei 9.514/97. A ação foi julgada, em primeiro grau, improcedente. Posteriormente, o acórdão negou provimento confirmando o entendimento do STJ em afastar a proteção irrestrita ao bem de família, privilegiando a boa-fé negocial.

No mencionado acórdão, o entendimento adotado pela relatora Ministra Nancy Andrighi foi que a pessoa dotada de capacidade civil que opta por entregar seu único imóvel (residencial) como garantia de um contrato de mútuo, objetivando favorecer pessoa diversa, não será beneficiado com a proteção do bem de família, pois, conferir a mencionada proteção de forma irrestrita após o inadimplemento do débito seria ferir a ética e a boa-fé, institutos indispensáveis nas relações negociais.

A boa-fé na visão oitocentista somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, conceituada como boa-fé subjetiva, em razão da direta relação com a pessoa que ignora um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio. Por sua vez, o Código Civil de 2002 adotou a matriz da eticidade como paradigma, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, em especial no campo obrigacional.

O atual Código Civil brasileiro adota a dimensão concreta da boa-fé, assim, não restam

⁵ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. 1. Ação declaratória. 2. Sendo o alienante pessoa dotada de capacidade civil que livremente optou por dar seu único imóvel (residencial) em garantia a um contrato de mútuo destinado a favorecer pessoa diversa, empresa da qual é único sócio, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais. Súmula 568/STJ. 3. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à condição de que os agravantes/demandantes são os únicos sócios da empresa que se beneficiou do empréstimo, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelas Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.965.299/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/3/2022, DJe de 30/3/2022) (BRASIL, 2022, n.p.).

dúvidas de que o princípio da boa-fé objetiva não pode ser desassociado do novo contrato, que surge com novos paradigmas, conforme ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Acerca desse novo contrato, então – instituto eternamente presente na triangulação básica do Direito Civil, ao lado da propriedade e da família – seria desejável referir, prioritariamente, às denominadas cláusulas gerais, que constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa (...) – foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, ‘*tout court*’, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral). (HIRONAKA, 2002b, n.p.).

Em outro julgado pelo mesmo Tribunal⁶, o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi deixa claro o dever de observância da boa-fé objetiva desde a fase pré-contratual, sob pena de responder por perdas e danos aquele que frustra a legítima expectativa e conclusão do contrato.

No caso posto em julgamento, B. S. Ltda ajuizou demanda de indenização por danos materiais e extrapatrimoniais em face de B. S.A., em razão da desistência após a realização de investimentos para implementação de cartão de crédito. Houve o reconhecimento da boa-fé negocial em fase pré-contratual, uma vez que a frustração da expectativa legítima de conclusão do contrato enseja a condenação às perdas e danos advindos. Mencionaram-se diversos outros julgados do mesmo Tribunal, cujo teor afirma que há responsabilidade civil por ruptura de

⁶ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE CONCLUSÃO CONTRATUAL. RUPTURA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. BOA-FÉ. FASE PRÉ-CONTRATUAL. INCIDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O tema relativo a supressão não foi objeto de debate pelo Tribunal estadual, essencial para a caracterização do prequestionamento da matéria a ensejar o conhecimento do recurso especial. 3. A indicação de ofensa aos arts. 489 e 1.022 do NCPC foi absolutamente genérica, o que não induz o reconhecimento do prequestionamento ficto previsto no art. 1.025 do NCPC no que se refere ao tema da supressão. 4. As teses de omissão e obscuridade não foram trazidas no recurso especial, cuidando-se, portanto, de inovação recursal, inviável de ser conhecida no presente agravo interno. 5. O acórdão recorrido, soberano na análise do caderno fático-probatório, concluiu que houve ruptura da justa expectativa de contratação, ante o decurso de avançada negociação e efetivo investimento de recursos financeiros pela parte agravada, o que teria ofendido a boa-fé negocial, exigida inclusive na fase pré-contratual, impondo o dever de compensar os danos suportados. A revisão do entendimento manifestado ensejaria reexame de fatos e provas, vedado em recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ. 6. A boa-fé também rege a fase pré-contratual, razão pela qual a frustração da expectativa legítima de conclusão do contrato impõe a condenação às perdas e danos decorrentes. Precedentes. 7. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 8. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.684.366/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1/12/2021) (BRASIL, 2021, n. p.)

tratativas, com o destaque de a responsabilidade pré-contratual referir-se não somente à tratativa rompida e o fato do contrato não ter sido cumprido, mas em razão da quebra da legítima expectativa do cumprimento do mesmo, e dos efetivos prejuízos materiais.

Paulo Nalim (2008, p. 137-138), ao tratar dos plúrimos momentos de aplicação da boa-fé objetiva, afirma que ela não apenas incide em todos os momentos negociais (corroborando o julgado mencionado alhures), como também no momento pós-negocial. Ou seja, na Teoria dos Contratos, na visão contemporânea, os contratantes devem guardar a boa-fé, inclusive após a sua extinção.

Em outro recurso julgado pelo STJ⁷, houve a aplicação concomitante de três dos princípios enfrentados no presente estudo, quais sejam boa-fé objetiva, equidade e proteção da parte vulnerável na contratação, razão pela qual se determinou a adequação do contrato de empréstimo.

Em seu voto, o relator Ministro Moura Ribeiro afirmou que a parte recorrente buscava o melhor de dois mundos em uma ação em que se discutia a possibilidade de a operadora do cartão de crédito contabilizar, na liquidação, os juros remuneratórios mensais acima da taxa média do BACEN. Inobstante, decidiu-se que o devedor tem o direito de saber quais taxa de juros está obrigado a pagar. Desse modo, decidiu-se que, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem descuidar inclusive da parte vulnerável, deveriam ser aplicadas as taxas médias do cheque especial, uma vez que eram amplamente divulgadas pela instituição financeira.

O julgado evidencia na práxis forense o que Paulo Nalim afirma ser o fundamento da

⁷ CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EM CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. ABUSIVIDADE RECONHECIDA NA ORIGEM. DECISÃO POR EQUIDADE COM VISTAS A PRESERVAÇÃO NEGOCIAL. EQUIPARAÇÃO A OUTRA MODALIDADE DE EMPRÉSTIMO COM AMPLA DIVULGAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça orienta que as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras (Súmula n.º 283/STJ). Por isso não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios, seu somatório pode ser superior a 12% ao ano e os seus contratos não são regidos pelos art. 591, c/c o art. 406, ambos do Código Civil de 2002. 2. A divulgação pelo Banco Central do Brasil das taxas médias mensais dos juros remuneratórios do cheque especial auxiliam o julgador na formação do seu convencimento quanto à existência de equilíbrio econômico do contrato de empréstimo em cartão de crédito. No entanto não há como tomar uma coisa por outra, porque essas duas práticas de financiamento possuem características distintas. 3. O Tribunal "a quo" reconheceu que a incidência dos juros remuneratórios variáveis foi expressamente pactuada e que suas taxas efetivas ultrapassavam mais de 250 % (duzentos e cinquenta por cento) ao mês, praticadas pelo cheque especial, concluindo serem elas exorbitantes e determinou que fossem limitadas às mais favoráveis taxas médias do cheque especial de igual período, conforme os princípios da boa-fé objetiva, da equidade e amparando a parte vulnerável da contratação (Súmula n.º 297/STJ). 4. A conclusão da origem, apesar de não refletir a realidade dos juros remuneratórios médios do cartão de crédito, em homenagem à segurança e à celeridade, deve ser utilizada, no caso, para a atualização do montante devido. 5. Relegar o cálculo do débito para uma perícia contábil que fará a pesquisa dos juros remuneratórios médios é prolongar o andamento do processo, porque a segurança buscada sempre poderá ser criticada em face dos dados colhidos. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.478.788/RS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 5/2/2015) (BRASIL, 2015, n.p.).

justiça que deve imperar no contrato – o princípio da equidade –, uma vez que as obrigações devidas entre os contratantes nunca poderão estar em desarrajo com cumprimento da avença, ou seja, não poderão se tornar excessivamente onerosas a uma das partes (NALIM, 2008, p. 144).

É possível identificar, portanto, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento de que o negócio jurídico e o contrato devam ser pensados, inclusive na sua fase pré-contratual, com base no princípio da informação e da lealdade, de modo que os contratantes devam guardar tais preceitos durante a execução do contrato, sob pena de responderem civilmente pelos danos que eventualmente surjam.

Não se descuidando que os princípios supramencionados devem estar presentes desde o início das negociações – fase pré-contratual –, as partes não podem deixar de cumprir o dever de informação, sob pena nulidade das cláusulas que acarretarem extrema desvantagem para um dos contratantes.

CONCLUSÃO

O negócio jurídico e o contrato necessitam de uma releitura a partir dos novos ditames civil-constitucionais. Para tanto, o presente estudo iniciou com a conceituação clássica dos institutos, que deriva de um período liberal com maior liberdade para a circulação de riquezas, descuidando do próprio indivíduo contratante, eis que visto abstratamente. Não importavam as peculiaridades que cada um carregava, como exemplo de eventuais vulnerabilidades, tampouco se concebia a necessária observância da boa-fé e/ou equidade, pois, conforme dito anteriormente, os contratantes eram paritários; logo, aos se vincularem, partia-se da premissa de que eram iguais e detinham pleno conhecimento de seus direitos e obrigações.

Tal conceito de exclusiva circulação de riquezas, de caráter único patrimonial, cede lugar para um novo paradigma, no qual o sujeito é o elemento mais importante do contrato, devendo preservar a sujeição do patrimônio ao sujeito contratante.

A nova roupagem não afasta por completo a característica de patrimonialidade, mas faz com que a boa-fé negocial, a igualdade entre os sujeitos – não mais abstrata, mas considerando cada especificidade – bem como a equidade das prestações acarretem um acordo de vontades, no qual a livre iniciativa possui uma modulação mais adequada ao texto constitucional. Sabe-se que o contrato e o negócio jurídico detêm grande força de utilização prática em situações simples cotidianas, e em arranjos complexos que demandam do operador

do direito uma concentração em conferir a necessária adequação aos preceitos constitucionais.

Hodiernamente, o negócio jurídico e o contrato, analisados neste estudo em conjunto, para além de uma concepção patrimonialista, são tidos primeiramente como um vínculo que somente terá plena utilização se formulados segundo a boa-fé, tanto na fase pré-contratual quanto durante toda a sua execução. Deve-se observar a equidade das prestações de modo a não permitir o enriquecimento de uma das partes a despeito do empobrecimento de outra, o respeito à parte vulnerável e as peculiaridades inerentes, sob pena de serem revistos judicialmente.

Em linhas conclusivas, o objetivo primordial foi contribuir para conceituação da roupagem civil-constitucional do negócio jurídico e do contrato.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. rev. e mod. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10 ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova. Cultural, 1991.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2020. 1 recurso online. ISBN 9788553615629.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. II. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp nº 1.965.299 - RS. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em 28 de março de 2022. Diário da Justiça Eletrônico de 30 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt no AREsp n. 1.684.366/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 29 de novembro de 2021. Diário da Justiça Eletrônico de 1 de dezembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.478.788/RS. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 16 de dezembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 5 de fevereiro de 2015.

CATALAN, Marcos Jorge. Negócio jurídico uma releitura à luz dos princípios constitucionais. *In: Scientia Iuris*, [S. l.], v. 7, p. 367–390, 2004. DOI: 10.5433/2178-

8189.2004v7n0p367. Disponível em:
<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11142>. Acesso em: 9 abr. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317-324.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria Crítica do Negócio Jurídico. *In*: **Revista de Direito Privado da UEL**, vol. 2, n. 1. jan./abr. 2009. Disponível em:
https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Neg%C3%B3cio_Jur%C3%ADdico.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

FRANÇA. **Code civil**. Disponível em:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006436298/1804-02-17#:~:text=Les%20conventions%20l%C3%A9gales%20form%C3%A9es%20tiennent,%C3%AAtre%20ex%C3%A9cut%C3%A9es%20de%20bonne%20foi. Acesso em: 22 abr. 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *In*: **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 68, p. 79-86, dez. 2002a.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 97, 127-138, 2002b.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-i/art1321.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Orgs.). **Direito civil constitucional**. A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Foco, 2014, p. 19-30.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 1 recurso online. ISBN 9788597021097.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *In*: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, jul. 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. v. 5. 2.^a Parte. 34. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 2002.

REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 18. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1 recurso online. ISBN 9786559646913.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v.1. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646951. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646951/>. Acesso em: 18 abr. 2023.