

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

REGINA VERA VILLAS BOAS

JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Costa Ribeiro Neto; Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-422-8

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Constituição. 4. Dano Moral.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente obra exhibe os trabalhos selecionados e efetivamente apresentados no dia 20 de julho de 2017, no período compreendido entre as 14:00 e 18:00, nas dependências do Centro Internacional de Convenções do Brasil, em Brasília (DF), em parceria com a Universidade de Brasília, por meio do Curso de Pós-Graduação em Direito da UnB – Mestrado e Doutorado, que recepcionou o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, e debateu o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

Os nove trabalhos que compõem o presente livro digital foram inicialmente selecionados e efetivamente apresentados no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI.

As apresentações dos textos selecionados respeitaram um limite de tempo, previamente estabelecido, que girou em torno de dez a quinze minutos para cada exposição, abrindo-se dois intensos e frutíferos debates, que aconteceram após a quarta e a nona exposições, debates estes conduzidos pelos Coordenadores do GT “Direito Civil Constitucional”, Professores Doutores Regina Vera Villas Bôas (PUC/SP e UNISAL/Lorena) e João Costa Ribeiro Neto (UnB).

Participaram do GT pesquisadores de diferentes regiões do Brasil, o que proporcionou ao Grupo uma rica heterogeneidade de opiniões, notadamente, nos debates sobre a responsabilidade civil, o dano moral, a função social das cláusulas gerais e da boa-fé objetiva, além da análise sobre a liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Tudo isso, refletido à luz da temática principal do GT Direito Civil Constitucional I, que enfoca a contemporaneidade do Direito Civil, no contexto sistemático Constitucional.

As problemáticas jurídicas existentes em torno do tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”, que foram trazidas à baila pelos artigos expostos, propiciaram discussões relevantes, introduzidas no GT de maneira bastante clara, interessante, atual e efusiva, propiciando debates de excelente qualidade, entre os quais se destacam o enfretamento das questões civis-constitucionais contemporâneas sobre a função exercida pelo instituto da responsabilidade civil e a efetividade das indenizações por dano moral.

A seguir, relaciona-se os títulos dos trabalhos expostos, os nomes dos respectivos autores, os nomes dos expositores e os breves resumos dos temas abordados:

Título 1 - A constitucionalização do direito civil e as consequências nos defeitos do negócio jurídico, erro ou ignorância, diante da aplicação da boa-fé objetiva

Autores: Alinson Ribeiro Rodrigues e Jonas Guedes de Lima

Expositor: Jonas Guedes de Lima

Breve resumo: O trabalho analisa os efeitos da constitucionalização do direito civil nos negócios jurídicos, apresenta os deveres impostos à parte pela boa-fé objetiva, quando da celebração do negócio jurídico. Questiona o cabimento da responsabilidade civil por abuso do direito do agente, relacionado aos atos que são praticados violando deveres de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, diante da ocorrência de vício da vontade – erro ou ignorância - nos negócios jurídicos. Destaca os efeitos da violação à boa-fé objetiva diante do erro, este entendido como causa de anulabilidade dos negócios jurídicos, diante da violação do princípio da confiança.

Título 2 - A eficácia social da posse

Autores: Marcos Claro da Silva, Bruna Migliaccio Setti

Expositor: Marcos Claro da Silva

Breve resumo: O artigo discorre sobre as teorias que ensejam a estruturação e explicação dos conceitos jurídicos da posse, seus fundamentos e sua natureza jurídica. Realiza análise investigativa detalhada sobre as teorias possessórias, comparando-as a partir de seleta doutrina. Indaga a respeito da função social da posse, objetivando desencadear raciocínio que enfrente a questão civil-constitucional sobre a sua legitimidade e sua eficácia social.

Título 3 - A função das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro e a busca pela igualdade e pelo desenvolvimento nos julgamentos

Autoras: Gabriela Eulalio de Lima e Sinara Lacerda Andrade

Expositoras: Gabriela Eulalio de Lima e Sinara Lacerda Andrade

Breve resumo: O artigo discorre sobre a eficácia da aplicabilidade das cláusulas gerais, compreendidas como normas jurídicas orientadoras do sistema jurídico, oriundas do seu movimento de flexibilização, as quais inseridas no ordenamento brasileiro, se inter-relacionam com a Carta Magna e com os demais microssistemas, amparando a preocupação plural das relações de base. Revela que em um sistema aberto, o operador do direito tem maiores condições de garantir operabilidade à equidade e ao desenvolvimento dos julgamentos de conflitos contemporâneos.

Título 4 - Análise econômica do direito civil: implicações para o desenvolvimento humano e redução das desigualdades

Autoras: Edilene Lôbo e Suzana Oliveira Marques Brêtas

Expositora: Edilene Lôbo

Breve resumo: O artigo aprecia algumas implicações do desenvolvimento humano e da redução das desigualdades, a partir de análise econômica do direito civil. Recorda algumas tendências do direito de propriedade, as quais devem ser investigadas em conformidade com o texto constitucional e com a realidade social, afirmando que em situações de conflitos sociais, relacionados à matéria, oriundas da ausência de concretização de necessárias políticas públicas, o Poder Judiciário deve corrigir as distorções e desigualdades que lhes forem submetidas. No contexto da referida análise, perquire a respeito do acesso à moradia, examinando questões importantes sobre o mínimo existencial, direito social que assegura a dignidade da pessoa humana, em face do paradigma democrático contemporâneo, o que é feito a partir de análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Título 5 - As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no direito civil brasileiro

Autores: Daniel Silva Fampa e Pastora do Socorro Teixeira Leal

Expositora: Edilene Lôbo

Breve resumo: Utilizando-se da hermenêutica normativa, a investigação se refere à constitucionalização do direito e suas implicações sociais, na seara dos institutos e categorias que compõem o Código Civil. No contexto, reflete sobre o papel desenvolvido pelas cláusulas gerais, aproximando-as do pensamento de Claus-Wilhelm Canaris a respeito dos sistemas, desenvolvido em obra de sua autoria, intitulado “Pensamento Sistemático e

Conceito de Sistema na Ciência do Direito”. Explora as cláusulas gerais como técnica legislativa apta à contribuição do fortalecimento da interpretação sistemática das normas jurídicas investigadas, objetivando à concretização de princípios e valores constitucionais, além da unidade sistemática.

Título 6 - Do dano moral ao extrapatrimonial: a necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados

Autoras: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Maiara Santana Zerbini

Expositora: Maiara Santana Zerbini

Breve resumo: O texto aprecia a figura jurídica do dano moral, considerada como subespécie de dano extrapatrimonial, objetivando apontar questões relevantes sobre o bem e/ou interesse juridicamente relevante a ser tutelado, no contexto dos estudos. Recorda que as análises doutrinária, legislativa e jurisprudencial são muito importantes para demonstrar a evolução do quadro jurídico relativo ao dano moral e respectivas indenizações, revelando a atual insuficiência dos apelos unicamente sentimentais relacionados à personalidade humana, permeando os conceitos de dano moral. Arrola o dano moral como uma espécie de dano extrapatrimonial relacionada à ofensa da esfera ética do indivíduo, explorando a distinção estabelecida entre os âmbitos extrapatrimonial e moral, a partir de reflexões sobre a finalidade ressarcitória do instituto da responsabilidade civil, enquanto dever ético-jurídico.

Título 7 - Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: breve análise do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 4.815

Autoras: Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales

Expositoras: Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales

Breve resumo: O artigo aprecia a matéria da colisão entre direitos fundamentais, relevante no atual contexto civil-constitucional, lembrando que, cotidianamente, são levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, inúmeros casos concretos em que a colisão entre direitos fundamentais vem revelada. Exemplifica a matéria esquadrihada com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.815, a qual esmiúça a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do vigente Código Civil. Referida ADIN, julgada em 2015, confronta a liberdade de expressão com o direito de personalidade de biografados, reservando à primeira, no caso apreciado, tratamento preferencial. O contexto traz à baila, entre outras, discussões importantes sobre os

direitos civis e constitucionais relacionados à liberdade de expressão, aos direitos de personalidade de biografados e aos limites entre os referidos direitos e o princípio da proporcionalidade como critério adequado à resolução de referidos conflitos.

8 - Mutação jurisprudencial e responsabilidade civil das locadoras de veículos: a supera o da súmula 492 do Supremo Tribunal Federal

Autoras: Claudiane Aquino Roesel e Maria Flávia de Freitas Ferreira

Expositora: Maria Flávia de Freitas Ferreira

Breve resumo: A investiga o se refere aos precedentes que resultam a elabora o da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal, objetivando demonstrar a existência de incompatibilidade entre referida Súmula 492 e a atual ordem sócio-jurídica. Excogita o instituto da responsabilidade civil, trazendo   baila reflexões sobre a utiliza o da responsabilidade civil como base da constru o teórica da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, coloca a problemática social contemporânea da escolha jurídica da espécie de responsabilidade civil como base teórica de referida Súmula: responsabilidade civil subjetiva ou objetiva? As discussões em torno dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil, notadamente sobre a culpa, o nexu causal e o dano conduzem o operador do direito a refletir sobre a sua capacidade de “reelabora o de uma experiência”. Conclui pela inadequa o da aplica o acrítica da Súmula 492 do STF, editada em um contexto histórico distinto do atual.

9 - O princípio da boa-fé em uma interpreta o alternativa

Autor: Filipe Augusto Sales Lima Bezerra

Expositora: Filipe Augusto Sales Lima Bezerra

Breve resumo: O artigo realiza reflexões sobre o princípio da boa-fé, trazendo discussões sobre valores nas hipóteses de confronto entre o princípio jurídico e o caso concreto. Aprecia referido contexto sob uma perspectiva alternativa, que examina os seus fundamentos históricos e éticos, de maneira a propiciar um novo contexto interpretativo jurídico   compreensão dos negócios jurídicos firmados. Vasculha os instrumentos de abertura do sistema jurídico, refletindo sobre os eventuais prejuízos que o excesso desta abertura pode causar   aplica o do princípio da boa-fé. Traz   baila discussões sobre a visão distributiva do direito e a aplica o do princípio da boa-fé.

Brasília, 26 de julho de 2017.

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas

Professora do Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-Lorena)

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados da Universidade de Brasília

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ EM UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA
THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN AN ALTERNATIVE INTERPRETATION

Filipe Augusto Sales Lima Bezerra ¹

Resumo

O presente trabalho busca tratar sobre o tão retratado princípio da Boa-Fé sob uma perspectiva alternativa em consideração aos seus fundamentos históricos e éticos, de forma a dar um novo contexto a interpretação jurídica que se faz para a compreensão dos negócios jurídicos firmados entre os atores da sociedade.

Palavras-chave: Boa-fé, Obrigações, Negócios jurídicos, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

The present study seeks deal on the so portrayed principle of Good Faith under an alternative perspective into consideration to their historical foundation and ethical aspects, so as to give a new context the legal interpretation that makes to the understanding of legal transactions concluded between the actors of Society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Good faith, Contracts

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Especialista em Direito Minerário pelas Faculdades Milton Campos. Professor titular de Direito Empresarial na Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O direito contratual brasileiro passa hoje por uma extensa revolução: na busca por estabelecer um sistema jurídico que atenda aos anseios do Estado Social, as bases sobre as quais estavam construídas noções principais desse ramo foram remexidas.

Dentre esses pilares, nenhum é mais relevante do que aquele relativo à manifestação da vontade e como essa vontade é dirigida ao estabelecimento das relações obrigacionais. Os padrões gerais que sustentavam o contratar entre pessoas foram modificados de forma a compreender outros elementos, que devem ser observados antes mesmo que as pessoas firmem respectivas vontades a fim de celebrar um contrato.

A boa-fé, enquanto modelo comportamental que equilibra relações contratuais, passou a ter importância capital ao se contratar, e, mais do que isso, a partir do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé observada objetivamente passou a ganhar espaço significativo.

Desde as intenções dirigidas entre pessoas nos momentos iniciais de uma negociação, passando-se pela formação e celebração de um contrato, a sua execução e conclusão final, todos devem materializar uma conduta de probidade e lealdade.

A vontade puramente livre, independente de norma impositiva sobre como deve ser externalizada, deixou de ser o fundamento das relações contratuais como era no passado. A partir disso, criou-se um choque entre o princípio da boa-fé e o da manifestação livre de vontades – a resolução desta aparente crise entre princípios foi resolvida pela observação do Direito como elemento social que somente existe dentro de uma visão coletiva. Seus institutos, portanto, devem ser aplicados em consonância ao propósito último do Estado brasileiro: promover e garantir o bem social.

A percepção do indivíduo enquanto elemento social, e, portanto, o interesse coletivo é o sujeito principal do direito, determina então a maneira como a vontade livre deve ser compreendida na nova ordem jurídica do direito contratual.

2 BREVE SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONTRATUAL

Não há dúvidas de que as normas relacionadas ao direito contratual, tal como hoje são albergadas pelo Direito pátrio e praticadas pela sociedade, são resultado de longa construção que se deu através dos anos, na exata medida em que as necessidades dos contratantes foram surgindo.

É fato ainda que as obrigações assumidas ao longo da vida caracterizam o cerne da história do direito privado e do ordenamento jurídico direcionado às relações entre particulares, o que tem origem nas mais primitivas formas de relacionamento patrimonial.

Ora, a partir do momento em que as pessoas passam a negociar seus bens e direitos, a comunidade que lhes cerca é impulsionada a se preocupar sobre eventuais excessos e absurdos cometidos, sobretudo porque, infelizmente, é da natureza humana privilegiar os interesses particulares/individuais. (MARQUES, 1999, p. 38).

Naquele tempo, o contrato tinha um caráter rigoroso e sacramental, de modo que o seu conteúdo deveria ser cumprido, ainda que não expressasse exatamente a vontade das partes. No mais, a solenidade era requisito essencial para que se criasse uma obrigação. (VENOSA, 2003, p. 364-365).

A tradição romana da ‘autonomia das partes’ surge de uma construção social existente em razão da simbiose insolúvel entre o cidadão romano e a *Polis*, e a concessão, por esta última, de um poder nato ao cidadão romano de dispor e negociar sobre tudo aquilo que seja efetivamente seu. A ‘liberdade’ de contratar originária do direito romano, e, via de consequência, os deveres resultantes dela são oriundos de uma benção da *Polis*.

O direito romano, assim, “revestia-se de valor universal e, mais, que as regras de todos os direitos dessa época [sua época], sem se identificarem com as do direito romano, deviam ser organizadas, classificadas e sistematizadas nos quadros criados pelos jurisconsultos de Roma”. (DAVID, 1950, p. 232).

Conclui-se, portanto, que, para o direito romano, o contratado tinha importante relevância social, e seu cumprimento era fundamental para a segurança jurídica à época, pouco importando o que subsistia além do entabulado entre as partes.

A tradição anglo-saxônica seguiu o mesmo diapasão, pois pautou ao longo de toda a sua história – principalmente em suas primordiais comunidades bárbaras, cuja organização social se fundava em homens-guerreiros livres – os pilares de que a essencialidade das relações entre as pessoas está no cumprimento daquilo que foi pactuado, independentemente de seu objeto. A rigidez do cumprimento das avenças era tamanha que chegava a autorizar verdadeiras vinganças, hipóteses em que a consequência do inadimplemento suplantava a esfera patrimonial, atingindo a vida do contratante que não cumpriu com sua palavra. (OLIVER, 2011, p. 29-35).

O direito alemão, ao seu turno, amplamente influenciado pela tradição romana, a partir da integração das regiões da atual Alemanha, pelo imperador franco Carlos Magno,

aborda também a ideia romanista da lei entre as partes a partir da derivação do direito constituído pelo Estado (NETO; HAEBERLIN, 2014, p. 248-262).

A visão romana triunfou na Europa Continental e sobre as suas colônias ao redor do globo terrestre por longos anos, posteriormente reforçada no direito canônico com a contribuição da promessa de ela mesma ser capaz de gerar efeitos vinculantes. (MARQUES, 2002, p. 44).

Ao tratar dos ideais incorporados ao direito brasileiro, Rogério Ferraz Donnini aponta que,

no direito clássico, a liberdade de contratar, a força obrigatória dos contratos e os efeitos destes vinculando apenas os contratantes (princípio da relatividade dos contratos) representam os principais fundamentos da teoria clássica dos contratos, em que se dão a oferta e a aceitação, o livre consentimento e a igualdade formal dos contratantes. É o chamado modelo liberal, seguido não só pelo nosso Código Civil, mas pelas principais leis civis substantivas do final do século passado e início deste. O contrato, nesse modelo liberal, faz lei entre as partes, e a sua força é conhecida no bocado *pacta sunt servanda*. Destarte, se os contraentes são livres para celebrar um pacto e o fazem, passam a assumir todas as obrigações convencionadas, segundo a vontade manifestada, devendo, pois, ser cumprido aquilo que foi acordado. (DONNINI, 2001, p. 3-4).

Contudo, em face da atual pós-modernidade, a ideia clássica de dois parceiros em condição de igualdade é cada vez mais rara. Isso porque, por consequência da rebuscada intersubjetividade da sociedade vigente, são poucas as vezes que se conhece todo o espectro de possibilidades de uma relação contratual. Fenômeno esse que relegou o contrato paritário à hipótese de exceção. (VENOSA, 2003, p. 367).

A presença cada vez maior dos contratos de massa, cujas cláusulas são tradicionalmente apresentadas unilateralmente por uma das partes como elemento imutável da opção de contratar, dá corpo à tese de que a suposta igualdade entre as partes que celebram o contrato é frágil e, frequentemente, inexistente. (VENOSA, 2003, p. 53).

Tem-se, portanto, que a autonomia da vontade clássica, que defendia a rigidez da interpretação dos contratos e limitava ao Estado o papel de garantidor do cumprimento do pacto, tal qual idealizada pelos iluministas e fortemente difundida nas codificações que seguiram a esta era, dentre as quais se pode citar o Código Napoleônico, perdeu força ao ceder lugar a uma dinâmica contratual distinta, em que não há mais a necessidade de garantir tamanha liberdade aos particulares, justamente em face dos referidos contratos de adesão.

Isso porque o que antes funcionava como mecanismo de garantia da liberdade de contratar ganhou características de um verdadeiro *law-making power* – capacidade de criar

leis de forma impositiva por intermédio de contratos de adesão – como gostam de mencionar os praticantes do direito consuetudinário. (VENOSA, 2003, p. 53).

Observe que, em um cotidiano contemporâneo, contrata-se inúmeras vezes ao longo de um único dia sem que, todavia, haja uma discussão detida nos termos a serem entabulados, haja vista o pacto já se encontrar pronto e acabado antes mesmo do ‘acordo’ ser firmado. Longe de uma crítica, essa prática é resultado do caminhar dos tempos; logo, cabe ao direito acompanhar a evolução dos costumes sociais e buscar realizar seu fim de justiça.

Da mesma forma que as máximas de liberdade, de igualdade e de fraternidade e, por conseguinte, o *pacta sunt servanda* deram ensejo à pujança da burguesia, ao criar uma nova forma de circulação de bens para toda a sociedade, diversa da herança, típica da nobreza, a justiça contratual da pós-modernidade exige um deslocamento do que é a vontade livre. Claudia Lima Marques (2002) denomina essa migração da teoria clássica da autonomia da vontade para a intervenção estatal nos contratos, em busca do justo, para além do pacto, de a nova ordem contratual.

A tradição jurídica brasileira, desde as influências do materialismo histórico e das visões de determinação do indivíduo sob a perspectiva social, a partir de Getúlio Vargas, tem sustentado que a liberdade e o rigor contratual não mais garantem a justiça contratual, tal qual concebida nos estudos romanos. (MARQUES, 2002, p. 47).

Em face disso, conforme registra Álvaro Villaça Azevedo (2005, p. 33), os Estados passaram a lançar mão de normas cogentes para interferir nas relações contratuais justamente no intuito de garantir o espírito de fraternidade que teria sido deixado de lado ante a leitura fria dos termos contratuais: é exatamente nesse contexto que surge a mitigação do *pacta sunt servanda* em face do princípio da boa-fé objetiva no direito civil. A sua delimitação decorre da atual intervenção estatal nos contratos, inicialmente limitando a liberdade de contratar quando as partes não estão revestidas de boa-fé ou quando fatos imprevisíveis tornam o contrato excessivamente oneroso.

Nessa perspectiva, constituir-se-á como fator fundamental para a manutenção da liberdade de contratar a observância da mencionada boa conduta, fundamentada na tese de que o contrato nasce em um contexto social e a liberdade pura pode violar a função que o contrato deve cumprir na sociedade, qual seja, instrumento seguro para a transferência de riquezas na medida justa do que se pretende contratar. (MARQUES, 2002, p. 37).

Surge, portanto, a ideia de uma boa-fé que deve estar presente em todas as relações contratuais: é realmente relevante o espírito de lealdade entre as partes não apenas quanto ao esclarecimento das vontades ao se realizar determinado negócio jurídico, mas também na sua

consecução e na manutenção desse ideal após o cumprimento das respectivas prestações. (AZEVEDO, 2005, p. 36).

3. A COMPREENSÃO DO PAPEL DA VONTADE LIVRE NOS CONTRATOS

3.1. A VONTADE LIVRE

A livre manifestação de vontade é a origem fática que sustenta as relações contratuais desde os sistemas jurídicos mais antigos.

Como visto, o princípio da *pacta sunt servanda* representa no direito romano o que se firmou nas sociedades antigas para os séculos em diante como pilar da organização social patrimonial: de que todos têm a livre iniciativa para compor negócios ao seu próprio arbítrio, independentemente de qualquer intervenção externa a isso.

Para os romanos, o *contractus* representava a relação estabelecida com base num pacto entre a pessoa que dava origem a obrigações e o que as partes exigiam uma da outra. Trata Loureiro que o pacto que firmavam dava às partes o direito de exigir o cumprimento da prestação, inclusive por meio de invocação do Pretor, magistrado incumbido da execução forçada dos contratos através das instituições romanas. (LOUREIRO, 2002).

Mariana Ribeiro Santiago (2005) assevera que, na Idade Média, o direito canônico reconhecía a vontade como elemento nuclear da relação contratual, pelo qual dois indivíduos ajustavam entre si promessas que um deveria cumprir para o outro.

Curiosamente, a partir dos princípios éticos e morais que já sustentava a civilização judaico-cristã, o descumprimento da prestação que uma parte devia a outra era considerado pecado, na medida em que era a mentira contra a palavra empenhada, que frequentemente era feita com a mão sob a Bíblia. Neste aspecto, podemos afirmar a presença de elementos caracterizadores do princípio da boa-fé muito antes de qualquer consideração social sobre a relação contratual, e muito menos de função social do Estado na promoção do bem-estar.

A despeito disso, o ponto nevrálgico do contrato era a vontade das partes, e ainda que a Igreja tivesse distante preocupação com a observância de um critério moral de retidão dos indivíduos ao longo de sua vida, não cabia a ela se opor a substância dos pactos celebrados.

O surgimento do Estado Liberal, a partir dos pensadores iluministas do século XVII, passou a dar guarida institucional para a noção de que o ser humano carrega em si a responsabilidade mediata e imediata pelas decisões que assume e manifesta ao longo da vida.

A vontade, assim, assume um papel significativo não apenas no direito, mas transcendental na política e no estabelecimento do padrão geral de vida da sociedade, na medida em que define aspectos de responsabilidade dos indivíduos, deveres mais morais do que jurídicos. Esse pilar é construído a partir da ideia de que os contratantes sabem que maximizar a proteção de seus próprios interesses acaba por resultar finalmente no *bem comum*.

3.2. A VONTADE E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

O direito, como é ciência que não se fecha em si mesma, mas faz parte indissolúvel do meio em que se encontra, absorve os novos elementos da sociedade e as interpretações que são dadas ao contexto histórico. (NEGREIROS, 2006, p. 05-20).

Com efeito, Orlando de Carvalho aponta, de forma objetiva, que não há direito que se permita existir atemporalmente, alheio aos demais valores, conflitos e elementos sociais que caracterizam um contexto. Assim, “[...] mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas [...]”. (CARVALHO, 1981, p. 50-51).

Pietro Perlingieri (2002, p. 30-31) destaca que a norma se apresenta como um critério que tende a uniformizar a realidade. Segundo o autor, quando se fala em norma, faz-se referência à expressão do processo cultural da qual surgiu e da qual é destinada a incidir. Assim, faz-se menção a uma realidade que ficou no passado, mas que deve intervir no presente, muitas vezes diverso daquele originário. Essa adequação do velho ao novo é o ponto de apoio para a determinação do que é o valor. Este será efetivo na medida em que o ordenamento jurídico se identifica com os aspectos políticos, sociais e econômicos, adequando-se à realidade social.

O modelo vigente anterior, fundado no individualismo que tanto caracterizou o liberalismo construído a partir dos Iluministas, lentamente se modificou em países em que a tradição de uma ‘solidariedade social’ passou a angariar talvez maior importância do que a defesa da liberdade individual de ser e ter.

Essa construção é derivada, principalmente, da tradição francesa, originada de sua Revolução do século XIX, de que a pessoa, necessariamente inserida na sociedade, carrega sobre si um dever moral de solidariedade que refaz os contornos da realidade social para o fim de propiciar a aclamada Igualdade.

Nesse contexto, o direito passou a ceder a sua costumeira e restrita preocupação com o exercício da liberdade individual – notadamente a contratual – para então garantir atenção ao contexto histórico e social que integra a comunidade.

É nesse aspecto que Teresa Negreiros (2006, p. 5) afirma que hoje é plenamente aceito que a realidade das relações interprivadas não se harmoniza mais com o direito civil, enquanto este tem como único objetivo a realização da vontade individual. Assim, reconhecer-se-ia que a coerência da lógica individualista seria incapaz de resistir ao embate com a realidade dos problemas sociais de um país como o Brasil.

Esses novos paradigmas começaram a se materializar no Brasil a partir das influências políticas advindas da Europa, notadamente, daqueles países alheios à cultura saxã. A partir da década de 30, um novo movimento intelectual, amparado em ideologias ‘de esquerda’, introduz uma variedade de novos valores e propostas de reconstrução dos modelos sobre os quais estavam amparados a sociedade e o Estado brasileiro.

Um novo parâmetro, em especial, vem a atingir frontalmente as bases nas quais estava sedimentado o direito civil brasileiro anteriormente: a de que o direito deve ser contemporâneo à necessidade de atendimento aos problemas sociais de desigualdade social. Assim, os ‘deveres sociais’ do indivíduo e do Estado seriam mais legítimos e menos repressores do que o exercício da vontade individual que caracterizava a *pacta sunt servanda* anteriormente celebrada. Por isso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, abandonou aquela visão individualista que antes era realidade nos diplomas legislativos brasileiros e estabeleceu como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social), além de garantir o desenvolvimento nacional.

Aliás, Carlos Alberto da Costa Pinto expõe acerca da impossibilidade de o Código Civil e outras legislações ordinárias albergarem todas as normas aplicáveis às relações privadas, demonstrando que as soluções para essas lacunas devem ser buscadas em normas de direito constitucional:

[...] Problemas de direito civil podem encontrar sua solução numa norma que não é de direito civil, mas de direito constitucional. A *Constituição* contém, na verdade, uma <<força geradora>> de direito privado. As suas normas não são meras directivas programáticas de caráter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador (como decorre logo do princípio da constitucionalidade – art. 3º, n.º 2 e 3, da Constituição), pelo juiz e demais órgãos estaduais. (COSTA PINTO, 2005, p. 73).

Ainda nessa esteira, como consequência da solidariedade social propugnada, o entendimento sobre como a vontade individual deveria ser enxergada foi definitivamente transformado, passando ela a ser percebida sob uma ótica de função social, de realização desta vontade dentro de uma perspectiva de atendimento coletivo.

Sílvia Venosa, a esse respeito, anota que,

[...] no século XIX, a disciplina do contrato concentrava-se na manifestação de vontades, no exame dos vícios do consentimento. O que importava era verificar se o consentimento era livre. No contrato de nossa época, a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. Assim, a lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. (VENOSA, 2003, p. 375-376).

Maria Helena Diniz segue a mesma corrente, uma vez que, ao acenar a importância de serem observados os princípios fundamentais do direito contratual, inclui dentro do conceito de autonomia da vontade a subserviência desta à supremacia da ordem pública:

É preciso não olvidar que a liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. (DINIZ, 2002, p. 33).

Franz Wieacker (1993, p. 719) tratou sobre este movimento sustentando que se tornou significativo da evolução do direito privado o fato de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade nas suas relações com os outros particulares.

A partir destas modificações sedimentadas no direito brasileiro, o contrato deixou de ser mera expressão da vontade das partes para seu conteúdo estar efetivamente condicionado a novos princípios que atendiam aos valores anteriormente tratados. O contrato estava agora concebido para ser, antes de instrumento de realização da vontade, meio de serviço à pessoa para sua dignidade e desenvolvimento. (NEGREIROS, 2006, p. 106-114).

Esse fenômeno da migração da autonomia da vontade pura para a intervenção do Estado é mencionado por Maria Helena Diniz e a doutrina majoritária como dirigismo contratual, assim conceituado pela renomada autora:

é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer

cláusula sem que o magistrado pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica. (DINIZ, 2002).

Conclui-se, então, que o princípio da autonomia da vontade não é onímodo.

4. A BOA-FÉ OBJETIVA COMO ÉTICA CONTRATUAL

4.1. NOÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA

As noções de que as relações obrigacionais entre as partes deveriam atender a princípios de realização do desenvolvimento humano e garantia de sua dignidade, mais do que o simples exercício da vontade, conduziram à necessidade de que as relações entre as pessoas fossem, antes de tudo, permeadas de lealdade.

A lealdade passou a ser pilar fundamental para a percepção jurídica das relações obrigacionais. O desenvolvimento histórico disso não é ao acaso: como um princípio ético, a ‘honestidade’ das partes no estabelecimento de negócios entre si é um dos valores presentes em qualquer sociedade.

A expectativa de que alguém, ao agir, o faça dentro de critérios éticos, é encontrada de forma geral principalmente no Ocidente, parte do mundo completamente influenciada pela religião judaico-cristã, que tem dentre os seus valores basilares o comportamento honesto e íntegro como bases para a pessoa virtuosa. O Novo Testamento, por exemplo, é carregado de referências que exortam os cristãos a agirem com honestidade (Timóteo 1:2; Filipenses 4:8) e tornaram-se padrões morais para a Europa ocidental durante os dois últimos milênios.

O cristianismo traz a noção de *fidelidade* como elemento da virtude humana que deve amparar toda e qualquer conduta do indivíduo. Segundo Thevissen, Kahmann e Dehandschutter (1973, p. 115), a vivência da fé cristã nos primórdios da religião, especificamente nas relações sociais, se dá a partir da consideração do *Agápê*, termo que, na literatura não-bíblica, a partir da ética grega, é advindo da noção de fidelidade no trato entre indivíduos e seus pares. Essa visão traz o entendimento de que o movimento cristão originário para definir os valores da nova sociedade que se formaria ao longo dos séculos seguintes.

A boa-fé, portanto, converte-se no direito em um princípio ético trazido dos valores da própria sociedade de que as relações entre as pessoas devem ser virtuosas, de forma que

sejam benéficas para o grupo como um todo, vedando-se condutas que sejam promovidas no intuito de prejudicar o outro ou elevar-se patrimonialmente de forma desleal e antiética.

O movimento da literatura jurídica e da ciência política de trazer a solidariedade nas relações entre pessoas para órbita de todos os elementos sociais que as circundam parte do momento histórico em que os iluministas abriram espaço para que a Europa se transformasse na base de seus princípios sociais, a partir do século XVIII, mais de dois milênios depois que estes mesmos valores já estavam incrustados dentro da teologia cristã e judaica, e parte dos princípios gerais que orientavam a noção do ‘bom homem’, como afirmaram Assman e Sung (2001, p. 47-65).

Os sistemas jurídicos seguintes – inclusive o movimento que culminou na introdução da boa-fé objetiva por meio do Código de Defesa do Consumidor – não podem ser considerados destacados desse processo histórico que tem origens há milênios.

O Código Civil de 2002, por seu turno, já traz um comando relativo a esse dever de respeito à outra parte contratante, no estabelecimento de uma obrigação, ao estabelecer, em seu art. 422, que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé.”

Christiano Cassettari define bem o diálogo estabelecido entre o Estatuto Consumerista e o Código Civil de 2002, quando assim assevera:

novos princípios foram introduzidos na teoria geral dos contratos com o advento do Código Civil vigente, que aproximaram, e muito, do Código de Defesa do Consumidor. Refiro-me aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, descritos, respectivamente, nos artigos 421 e 424 da novel legislação (2017).

Probidade e boa-fé são valores éticos derivados de um mesmo princípio moral: o de que um indivíduo deve sempre agir em relação a outro, de sorte a não lhe causar propositalmente o mal. Ao estabelecerem negócios, portanto, devem se apresentar e o fazer de forma íntegra em relação a si próprios e de forma honesta em relação ao outro – essa perspectiva perfaz a denominada boa-fé subjetiva, elemento do direito civil que impõe orientação ética ao indivíduo sobre como agir diante de uma relação contratual.

A diferença da boa fé subjetiva para aquela de ordem objetiva se dá quanto à análise comportamental e psicológica dos sujeitos a celebrarem o contrato: a diferença entre as duas é particularmente confusa no direito brasileiro, porque ambas se amparam no mesmo critério de integridade que se espera das partes contratantes, mas se diferenciam na manifestação dessa probidade.

Manuel Júlio Gonçalves Salvador (1968, p. 13-14), tratando a respeito, sustenta que a boa-fé objetiva impõe aos contraentes conduta proba e reta nas relações contratuais, independentemente das partes envolvidas. Por outro lado, a subjetiva seria derivada de um estado psíquico de aproveitamento e de ignorância dos que celebram um contrato.

Assim, em resumo, a boa-fé subjetiva destaca-se na análise dos elementos de integridade quanto ao agir do celebrante de um contrato. Ela é necessariamente o oposto da má-fé, e, portanto, existe comparativamente ao agir errado. Já a boa-fé objetiva existe como comando de ação correta, independentemente das circunstâncias. Em virtude disso, a ausência do agir corretamente no caso concreto não necessariamente provoca resultados intencionalmente lesivos à outra parte.

No direito brasileiro, a boa-fé objetiva foi positivada definitivamente no Código de Defesa do Consumidor, ao determinar, em seu artigo 51, inciso IV, que são nulas as cláusulas que imponham obrigações consideradas abusivas, com manifesta desvantagem de uma parte a outra e que sejam incompatíveis com os princípios de probidade e de integridade. A partir desse novo modelo jurídico, o que se tem é definitivamente um padrão comportamental de boa ação enquanto paradigma das relações contratuais, e que devem ser sustentadas em todos os casos de relações de consumo.

Cláudia Lima Marques (1999, p. 153-154) vai além e chega a sustentar que o princípio da boa-fé objetiva estabelecido no Código de Defesa do Consumidor seria tal como um novo paradigma para todas as relações contratuais, inclusive os contratos mercantis ou aqueles em cuja aplicação da lei consumerista ainda seja polêmica.

A maior parte da doutrina liga o princípio da boa-fé objetiva aos novos elementos vinculados à relação contratual, com intuito de estabelecer a sua função social. Assim, é costumeiro que se ligue diretamente a boa-fé ao exercício de princípios, tais como a equidade e a solidariedade jurídica no estabelecimento e na conclusão dos contratos.

Sobre o tema, Teresa Negreiros (2006, p. 136-141) afirma que a finalidade econômico-social do contrato é que deve ser observada pelo julgador no momento de estabelecer padrões judiciais que contornem o contrato ao princípio da boa-fé. E, neste contexto, são igualmente violadoras da boa-fé situações que acabem distorcendo a chamada finalidade econômico-social dos contratos. Assim, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito seriam complementares, na medida em que o abuso de direito implica, necessariamente, em situações jurídicas que violam o princípio da boa-fé, sendo, portanto, parâmetros comparativos um do outro.

4.2. A BOA-FÉ OBJETIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A partir da concepção de que os contratos no Brasil e em outros países passou a adotar um viés socializador, Cláudia Lima Marques (1999, p. 176-222) propõe abertamente uma visão do Estado intervencionista, que surge para dar guarida a um *interesse social* toda vez que um contrato é celebrado, passando a deixar em segundo plano o interesse particular das partes que celebram o negócio jurídico. Nesse viés, o Estado surge não mais apenas como elemento estranho aos indivíduos na guarda de seus interesses coletivos, mas também como proporcionador desses interesses abstratamente definidos e dimensionados: a norma imperativa passa a ter espaço também como aparadora de arestas e definidoras de contextos em que as circunstâncias de um negócio – e sua forma – celebrado entre indivíduos é saudável, interessante e proporcionador do bem social.

Dentro desse cenário, o Código de Defesa do Consumidor surge na história do direito brasileiro como primeiro diploma legal a definir expressamente a boa-fé objetiva como elemento central da relação contratual.

Dentro do texto legal do Código, é bastante claro o dever de boa-fé das partes, notadamente do fornecedor de bens e serviços em diversos casos, dentre os quais se podem destacar: quanto ao material publicitário envolvido e que tenha convencido o consumidor para a sua aquisição; o dever de informação sobre o produto que garanta uma precisão clara do consumidor em conhecer o que vai adquirir; o dever de garantir o conhecimento prévio sobre os termos do contrato que o consumidor irá firmar, bem como a sua redação clara.

Estão todos esses deveres de lealdade e probidade descritos na Lei n. 8.078/90 – que institui o Estatuto Consumerista – entre os artigos 30 e 36, e entre os artigos 46 e 53, que se revestem da materialização do princípio jurídico da transparência, comando abstrato pelo qual se ampara de forma global a boa-fé objetiva na seguinte noção: não há como ser proba e leal uma relação entre duas ou mais pessoas se não têm elas pleno e total conhecimento dos elementos e das causas, materiais e formais, que formarão aquele negócio.

A respeito do princípio da transparência, Plínio Lacerda Martins nos informa estar este materializado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 47, e que se refere à orientação de que o consumidor tem o direito de ser informado sobre todos os aspectos de serviço ou produto exposto ao consumo, em verdadeira correlação ao princípio da informação. Assim, havendo omissão de informação relevante ao consumidor em cláusula contratual, deve o texto contratual ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor. (MARTINS, 2002, p. 104-105). Além desses elementos prévios à formação dos contratos, o

código consumerista estabelece ainda regras gerais e específicas para o próprio produto – bem ou serviço – que será comercializado ao consumidor final.

Sedimenta-se, assim, uma ideia de responsabilidade jurídica objetiva, que independe dos elementos de culpabilidade envolvidos, de quem fornece, na qualidade de circulator habitual e profissional desses bens e serviços sobre eles mesmos.

A partir do Código de Defesa do Consumidor, não apenas os elementos jurídicos que determinam o arcabouço do negócio jurídico firmado passam a ser observados pela ótica de seu interesse social, mas o fornecedor passa a ser responsável direta e independentemente das circunstâncias subjetivas envolvidas por aquilo que comercializa.

O risco do negócio, neste momento, é transferido integralmente para um dos polos contratuais, estabelecido já desde muito antes por parte da Academia – momento histórico em que movimentos políticos anteriores alcançam o direito contratual – como uma parte mais forte e que teria melhores condições de suportar o ônus eventual e inesperado do negócio: o fornecedor.

A redação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor põe fim à dúvida jurídica natural de toda relação contratual quando de uma eventualidade negativa que paira sobre o negócio, ao expressamente determinar que o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, CDC, Lei n. 8.078/90)

Está então incrustado no direito brasileiro o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais. A despeito do entendimento de alguns juristas, esse pilar de responsabilidade direta e objetiva, no entanto, está adstrito aos contratos celebrados sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o contrato passa a ser observado inclusive quanto ao seu conteúdo. A substância nas obrigações entabuladas no negócio obedece a uma ideia socializante de que

deve promover o bem social e o interesse coletivo, de modo que a norma imperativa aja também sobre as cláusulas do contrato.

Assim, as condições e termos que sejam considerados abusivos, todas listadas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, passam a ser nulas, e devem ser declaradas neste sentido pelo juiz, com efeitos retroativos desde a data em que o negócio se firmou.

É o caso do fornecimento gratuito de estacionamento em razão da visita que faz o consumidor ao estabelecimento do fornecedor de bens e serviços. Em julgado de 1991, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que esses serviços são prestados por complemento do comércio que efetivamente faz o fornecedor. E, nesse contexto, o mesmo princípio da boa-fé objetiva abraça a relação contratual de depósito que celebram o consumidor e o fornecedor quanto ao veículo no estacionamento e os bens que estão, sob este entendimento, sob a guarda do fornecedor.

Veja que o convencimento daquela Corte esteve pautado na premissa de que, ainda que gratuito, se o comerciante fornece o estacionamento ao consumidor final, responde por eventuais prejuízos causados ao veículo ali em guarda.

É particularmente curiosa a força com que as ideias que sustentam a *revolução social do direito* atingiram o ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de formar a tese da aplicação imediata das normas de ordem pública, permitindo-se a sua retroatividade.

O fundamento disso estaria no argumento de que o Estado Social de Direito tem em sua finalidade nuclear assegurar a imposição de normas impositivas que permitam o equilíbrio das relações privadas ante o atendimento dos interesses sociais vigentes, finalidades estas que ultrapassariam o interesse dos particulares.

A partir disso, a noção de que a irretroatividade da lei, princípio amplamente sustentado e defendido desde as sementes plantadas pelos iluministas como mecanismo de proteção do indivíduo contra os excessos do Estado, seria substituído pela noção de que o Estado é efetivamente o elemento garantidor de interesses coletivamente observados, e que isso exige que se possa impor repentinamente normas que alterem o *status* para implementar nova ordem pública, conquistando a necessária e salutar ‘eficácia social’ da legislação estabelecida. (MARQUES, 2002, p. 578-584).

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A MITIGAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA.

Seguindo a linha histórica traçada no primeiro subtópico deste trabalho, tem-se que, na época das grandes codificações do direito privado do século XIX, as constituições liberais eram tidas como códigos do direito público, disciplinando exclusivamente a organização do Estado; enquanto os códigos privados eram como constituições de direito privado, que regulavam as relações jurídicas entre cidadãos, excluindo-se qualquer intervenção do Estado. Até ali, o direito civil e o direito constitucional seguiam caminhos completamente diferentes, cada um no seu próprio âmbito de atuação e, ainda, as constituições não traziam princípios para regular as relações jurídicas privadas. (FACCHINI NETO, 2006, p. 35-36).

Todavia, sob a influência da passagem do Estado liberal para o estado social de direito, que, por consequência, repercutiu na transformação da ética individual da vontade e liberdade para uma ética social e solidária, tal como já amplamente sustentado aqui, a competência que antes era exclusiva do poder público, agora é exercida juntamente com a sociedade. Ou seja, o interesse geral se harmoniza entre Estado e sociedade, transpondo a dicotomia direito público e privado. (GEHLEN, 2002, p. 178).

É possível dizer que o Código Civil de 1916 era tido como uma constituição privada, que regulamentava a vida do cidadão. Assim, dizia-se que a divisão entre direito público e direito privado era absoluta, uma vez que separava nitidamente o direito público como sendo aquele destinado a regular os interesses sociais ou gerais, e o direito privado como sendo o encarregado de regular as relações privadas, ou seja, os interesses individuais ou particulares. (FINGER, 2000. p. 81).

Assim, o direito civil constitucionalizado significa, de fato, uma intervenção estatal no âmbito da vida privada, mas, como visto, essa interferência tem por finalidade proteger o indivíduo de um direito civil rígido e desassociado dos princípios constitucionais, notadamente os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações abarcados nas constituições da pós-modernidade.

É indiscutível a supremacia dos valores, dos princípios implícitos e explícitos, das regras programáticas e das disposições concretas adotadas pela Constituição Federal de 1988 sobre todo o ordenamento jurídico. Desta feita, as regras assumidas pelo Código Civil de 2002 deverão ser interpretadas em conformidade com a vontade contida na Carta Superior, assim como ocorre em todos os ramos do direito. (DELGADO **apud** ALVIM et al., 2003, p. 393).

Aliás, não é novidade alguma o fato de todo o ordenamento jurídico ter por base e limite as disposições constantes na Constituição da República. Contudo, há de se reconhecer que a Carta Federal brasileira vigente trouxe em seu corpo valores e princípios inexistentes

nas constituições anteriores, e daí advém sua importância. No mais, conforme salienta Luís Roberto Barroso, o momento presente é marcado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, e mais:

No Brasil, a ideia de que a Constituição era uma norma jurídica, dotada de aplicabilidade direta e imediata, só se desenvolveu a partir da década de 80, consolidando-se com a vigência da Constituição de 1988. Atualmente, passou a ser premissa do estudo do direito constitucional o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. (BARROSO, 2007, p. 10).

O fenômeno da constitucionalização do direito civil nada mais é do que o reconhecimento e a aplicação de valores suscitados pela sociedade e os princípios que os fundamentam.

Supracitado autor ressalta que, segundo o modelo do moderno direito constitucional, o contrato deve ser interpretado em conformidade com o princípio da função social, o que justamente reafirma a necessidade de interpretação dos pactos privados sob a ótica principiológica e normativa apresentada na Carta Federal.

E é nesse ponto que se pode afirmar, a par de tudo já registrado, a possibilidade de, diante do caso concreto, mitigar o princípio do *pacta sunt servanda*, para adequar o contrato aos princípios constitucionais, e não só à estrita vontade dos contratantes.

Isso porque, conforme ressalta Cláudia Lima Marques (2002, p. 52), fica pendente na balança do direito, de um lado, a liberdade de contratar, de se auto-obrigar, na acepção clássica do contrato; e, de outro, a necessidade de regular uma sociedade que contrata em massa, sem conhecer os termos em que se vincula, não havendo mais, com tanta frequência, o contrato paritário ou individual, em que se discutia cláusula a cláusula.

É em razão da mencionada dinâmica que se deve observar uma nova interpretação das relações privadas: a liberdade que antes era dada ao indivíduo para contratar, atualmente pode representar insegurança jurídica, notadamente em razão da complexa intersubjetividade que o mundo globalizado apresenta. Neste contexto, a Constituição da República exerce um papel balizador, pois estabelece o *standart* de conduta, ao garantir a função social da propriedade em seu art. 5º, e, por conseguinte, a função social do contrato, axioma que não sobrevive sem a boa-fé objetiva.

Sobre esse *standart* de conduta, Cláudia Lima Marques acentua:

(...) uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição

contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva do artigo 1444 do CCB. Boa-fé objetiva é um *standard* de comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais. (MARQUES, 1999, p. 145)

6. CONCLUSÃO.

A evolução da boa-fé objetiva, por meio da compreensão do direito como instrumento de transformação do Estado Social sobre a coletividade, finalmente alcançou a autonomia da vontade na celebração dos contratos para abarcar a tese de que os princípios da boa-fé (subjetiva e objetiva) derivam da *função social do contrato*, perspectiva que, como dito anteriormente, está amparada na visão da expectativa dos interesses coletivos como núcleo dos contratos.

A guarda desse interesse social objetivo, segundo Cláudia Maria Marques (1999, p. 150-239) e outros autores, é derivada especificamente da visão *socializante* dos instrumentos jurídicos para realização das vontades dos indivíduos.

Não há como negar, todavia, que esse movimento da elaboração e da interpretação do Direito seja fruto dos movimentos políticos que se intensificaram na América Latina nos últimos cem anos e a partir de doutrinas advindas do socialismo marxista ou visões derivadas deste, tal como a social-democracia, na qual o papel do Estado é ser elemento central regulador da vida do indivíduo em sociedade para garantir o bem-estar de todos.

Não obstante a visão majoritária de que o princípio da boa-fé é resultante de uma visão coletivista do Direito, e no intuito de pô-lo em prática a compreender o indivíduo enquanto elemento social, foi aqui demonstrado que o comportamento probo e leal, enquanto requisito para as relações sociais, é, na verdade, muito anterior à própria formação do Direito moderno.

A presença da boa-fé enquanto princípio jurídico balizador das relações contratuais já é sedimentada no direito brasileiro. O que pode ser questionado, no entanto, é sobre qual é a precedência deste princípio no direito: se em razão da socialização do Direito ou se em razão dos valores éticos e morais de probidade e honestidade, que estão presentes em nossa civilização desde sua formação, conforme aqui dito.

A resposta a esta indagação dá guarida ao estabelecimento definitivo do Direito pela perspectiva social e coletivista, enquanto a afirmação pela segunda alternativa acima o mantém como observador do indivíduo enquanto sujeito de sua análise sistêmica.

Chega-se, invariavelmente, no entanto, à antiga indagação sobre a intervenção do Estado na sociedade e nos diversos aspectos da vida humana, renovando debates que parecem estar esquecidos ou ditos ultrapassados.

Silvio de Salvo Venosa trata a respeito dos excessos que podem ser cometidos na ânsia de se regular, através do Estado, todos os elementos da vida humana:

Assim, a lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. Nem sempre o Estado mostrou-se bem-sucedido na tarefa. A excessiva intervenção na ordem econômica privada ocasiona distorções a longo prazo. A legislação do inquilinato é exemplo típico. A denominada proteção ao inquilino desestimula as construções e, conseqüentemente, faltam imóveis para locar. A atual lei inquilinária (Lei n. 8.245/91) procura corrigir a distorção. Nas legislações pretéritas, atingia-se exatamente o oposto do pretendido pela lei. Como é lenta a tarefa legislativa, uma vez distorcida a economia, dificilmente se volta ao estágio anterior, principalmente porque o cidadão passa a desconfiar do Estado, o qual, a qualquer momento, pode intervir em seu patrimônio privado. (VENOSA, 2003, p. 376).

No mesmo sentido, Robert Alexy (2007, p. 92) aponta para os possíveis conflitos entre princípios e as conseqüentes exceções que merecem tratamento especial na dialética jurídica. Ao fazê-lo, nos traz o axioma da precedência:

Sólo sobre la base de un cuidadoso análisis de la respectiva situación, y de una ponderación justa de todos los intereses que están en juego, es posible decidir, en el caso particular, a cuáles resultados conduce esta referencia general que, sin embarco, muchas veces, permite, sin más, una decisión inequívoca.

Nota-se que, somente com a análise jurisdicional de cada caso, será possível estabelecer se a mitigação do *pacta sunt servanda*, em face da boa-fé objetiva, trará justiça à pretensão resistida levada a juízo. Conclui o mesmo autor que “una norma de derecho fundamental sólo tienen validez si, y en la medida en que, no se contraponga ningún interés (bien jurídico) de un rango mayor a los intereses de libertad que la norma protege.” (ALEXY, 2007).

Destarte, conquanto resta clara a mitigação da autonomia da vontade clássica, em face de um direito social, da coletividade, no ordenamento pátrio, a precedência condicionada pode ser aplicada em casos concretos para dar especial atenção ao pacto, desde que com essa valoração observe-se bem maior que resta prejudicado com a aplicação do que pode ser considerado uma regra geral.

A visão mais sedimentada no direito brasileiro, no entanto, é de que o Estado Social é força alheia aos indivíduos e superior a eles. Existe, por conseguinte, no intuito de promover o *bem comum* através do equilíbrio de excessos que possam – e normalmente são – ser cometidos pelas pessoas no estabelecimento de suas relações obrigacionais.

7. REFERÊNCIAS.

ASSMANN, H.; MO SUNG, Jung. **Competência e Sensibilidade Solidária**. Petrópolis: Vozes, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo coord. **Comentários ao Novo Código Civil**: das várias espécies de contratos. Da compra e venda. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p 10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 5886-SP. Julgado em 19/02/1991.

CARVALHO, Orlando de. **Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Centelha, 1981.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

DAVID, René. **Traité Élém. de Droit Civ. Compare**. Paris, 1950.

DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 393.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.3-4.

FINGER, Julio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

GAMA, Guilherme Nogueira da. **Direito de Família brasileiro**: Introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 25.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 178.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade da cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 31, jul./set./99.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

NETO, Eugênio Facchini; HAEBERLIN, Martín P. O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns de seus fatores determinantes. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, 2014. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em: 20 de abr. 2017.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

OLIVER, Lisi. **The body legal in barbarian law**. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 30-31.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 73.

SALVADOR, Manuel Júlio Gonçalves. A Boa-Fé nas Obrigações, Natureza e Definição. In: **Revista dos Tribunais**, ano 86. Porto: Sociedade de Papelaria, 1968.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2005.

THEVISSSEN, G.; KAHHMANN, J. J. A.; DEHANDSCHUTTER, B. **As Cartas de Pedro, João e Lucas**. Tradução de Fredericus Antenius Stein, Valério Heissen e Johan Konings, Boxtel: KBS, 1973.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 367.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.