CARLOS EDUARDO D'ELIA SALVATORI

**INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL
CONFORME OS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Associado José Fernando Simão

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

CARLOS EDUARDO D'ELIA SALVATORI

**INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL
CONFORME OS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Dissertação de mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, realizada
sob orientação do Professor Associado José
Fernando Simão.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia, *Incidência dos Princípios da Boa-fé e da Função Social conforme os Planos do Negócio Jurídico*, dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

RESUMO:

A presente dissertação tem como objetivo central analisar a incidência dos princípios da boa-fé e da função social em cada plano do negócio jurídico (existência, validade e eficácia), proporcionando uma ampla e detalhada visão do fenômeno contratual, que possui a característica de se reinventar e se particularizar conforme o contexto econômico-social que o permeia.

Para tanto, o caminho metodologicamente escolhido perpassa pela funcionalidade da teoria do fato jurídico, que serve de apoio à compreensão da natureza jurídica dos mecanismos da proposta e aceitação, formulando categorias de grupos contratuais – alicerçados, em regra, na hipossuficiência de uma das partes. Tais grupos (contratos clássicos ou paritários, contratos civis por adesão, contratos de consumo e contratos existenciais) revelam palpável importância, pois estabelecem, com alguma frequência, níveis diversos de condicionamento nas ponderações do princípio da autonomia privada com os princípios da boa-fé e da função social.

Assim, a partir desses subsídios, almeja-se atingir uma sistematização, melhor possibilitando a alocação de temas contratuais, como a compreensão da reserva mental, o adimplemento substancial, a *supressio/surrectio*, a realização de negócios por incapazes, as cláusulas abusivas, a expansão dos efeitos perante terceiros, dentre vários outros. Nesse pesar, como suporte, trabalha-se sempre com os planos do negócio jurídico.

Por mais que a matéria seja bastante difundida, revisitar o direito contratual nunca é despropositado pela riqueza que lhe é inerente, seja em função da possibilidade de enfrentar antigos problemas através de novas formas, seja simplesmente pelo surgimento de novos problemas que demandam prontas soluções.

Palavras-chave: Contratos. Negócio jurídico. Autonomia privada. Boa-fé. Função social.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia, *The Incidence of the Principles of Good Faith and Social Function according to the Legal Act Theory*, dissertation (master's degree), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

ABSTRACT:

The present work is focused on analyzing the incidence of the principles of good faith and the social function on each sphere of the legal act theory (the existence, the validity and the effectiveness), providing a wide and detailed overview of the contractual phenomenon, which is able of reinventing and particularizing itself according to the social-economic context permeating it.

For such, the methodology chosen pervades the functionality of the legal fact theory, which supports the comprehension of the legal nature of the mechanisms of the offer and acceptance, formulating categories of contractual groups – grounded, as a rule, in the hiposufficiency of one of the parties. Such groups (classic or joint contracts, civil contracts by adhesion, consumer contracts and existential contracts) reveal tangible importance, because they establish, quite often, different levels of conditioning in the deliberations on the principle of private autonomy with the principles of good faith and social function.

Therefore, the goal is to reach a systematization, better enabling the allocations of contractual issues, such as the understanding of mental reservation, substantial performance, the *suprecio/surrectio*, the exercise of business by the incapable, abusive terms, the expansion of effects before third parties, among several others. In this regard, as support, one always works within the legal act theory.

As much as the matter is widespread, revisiting the contractual right is never unreasonable given the affluence inherent to it, either due to the possibility of facing old problems under new perspectives or simply due to the rise of new problems that demand prompt solutions.

Keywords: Contracts. Legal act. Private autonomy. Good faith. Social function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
------------------	---

1ª PARTE – A TEORIA DO FATO JURÍDICO COMO SUPORTE À COMPREENSÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA FORMAÇÃO CONTRATUAL (PROPOSTA E ACEITAÇÃO)	12
---	-----------

Capítulo I - Teoria do Fato Jurídico	12
I.1 Classificação dos fatos jurídicos	21
I.2 Atos jurídicos <i>lato sensu</i> lícitos e atos-fatos jurídicos lícitos.....	27
I.2.1 Considerações sobre “manifestação de vontade” e “declaração de vontade”	27
I.2.2 Negócio jurídico.....	29
I.2.3 Ato jurídico <i>stricto sensu</i>	38
I.2.4 Ato-fato jurídico.....	43

Capítulo II - Considerações sobre Proposta e Aceitação	47
II.1 Princípio da autonomia privada e os “grupos contratuais”	47
II.1.1 Autonomia privada ou autonomia da vontade? O preenchimento do conteúdo do princípio	48
II.1.2 Uma abordagem dos “grupos contratuais”: as facetas da liberdade.....	57
II.2 Análise da natureza jurídica da proposta e aceitação.....	73

2ª PARTE – OS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E A INCIDÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL	85
---	-----------

Capítulo III - Os Planos do Negócio Jurídico e a Aferição dos Princípios	85
III.1 Apreciação dos planos do negócio jurídico.....	85
III.1.1 Aspectos do plano da existência.....	86
III.1.2 Aspectos do plano da validade.....	95
III.1.3 Aspectos do plano da eficácia	106
III.1.4 Enfoque sintético ao nosso escopo	113
III.2 Aferição dos princípios	113

Capítulo IV - A Incidência do Princípio da Boa-fé	125
IV.1 Amplitude.....	125
IV.2 Hipóteses de incidência no plano da existência.....	131
IV.3 Hipóteses de incidência no plano da validade.....	144
IV.4 Hipóteses de incidência no plano da eficácia	156

Capítulo V - A Incidência do Princípio da Função Social	165
V.1 Amplitude.....	165
V.2 Hipótese de incidência no plano da existência	172
V.3 Hipóteses de incidência no plano da validade	175
V.4 Hipóteses de incidência no plano da eficácia.....	185

CONCLUSÃO.....	199
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (JURÍDICAS).....	204
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (NÃO-JURÍDICAS)	218

INTRODUÇÃO

Considerando que o contrato nos afigura como um dos principais institutos do Direito Civil, e tendo sido notadamente um instrumento de grande valia para a história, por conter a simbolização de relacionamentos interpessoais nas mais variadas épocas, é de grande interesse o seu contínuo estudo.

É inerente à seara do direito contratual estar sempre em perene mutação – algo proeminente ao homem, porquanto reflete sua própria dinâmica –, reivindicando constantes releituras, o que não diminui, sobremaneira, sua importância. Afinal, como salientava C. M. SILVA PEREIRA: “*o mundo moderno é o mundo do contrato*”, sendo que “*sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários*”¹.

Adaptar a estruturação desse secular fenômeno à realidade contemporânea é tarefa quase que obrigatória à ciência do direito. E muitas foram as transformações experimentadas, e já bastante difundidas na doutrina.

O presente estudo não tem o objetivo de inovar, nem mesmo transgredir e se despojar de convicções passadas, para alcançar “verdades” como se buscasse utilizar do método cartesiano². O nosso intuito é, com base em conhecida dogmática, tentar sistematizar os modelos contratuais, melhor compreendendo e alocando a hipossuficiência de uma das partes da relação, para que, de forma harmônica, e em paralelo, seja possível sintonizar adequadamente a incidência dos princípios da boa-fé e da função social, na ponderação ou reforço do princípio da autonomia privada.

Nesse pesar, deve-se ter em nota que o contrato é relativo. Como salienta E. ROPPO, o contexto econômico-social altera a disciplina, a função e, até mesmo, a estrutura do instrumento contratual³, sendo que, a partir dessa constatação, é costume verificar a fixação de certos marcos históricos⁴.

As revoluções burguesas puseram fim aos privilégios e discriminações que sustentavam o sistema semifeudal do Antigo Regime, permitindo o nascimento de

¹ *Instituições de Direito Civil – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil*, v. 3, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 9.

² R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, trad. port. de A. Ditchfield, *Discurso sobre o Método*, Rio de Janeiro, Vozes, 2008, pp. 22-23.

³ *Il Contratto*, 1947, trad. port. de A. Coimbra – M Gomes, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 24.

⁴ O ponto de partida aqui adotado será o século XVIII. Isso porque não temos a intenção de percorrer mais de dois milênios de história, o que, por si só, poderia ser obra de vários volumes.

sociedades liberais. Tal ruptura teve no contrato um dos seus elementos centrais, pois, mitigado o elemento do *status* social, os homens se viram formalmente livres para se vincular com base nos seus legítimos interesses, o que conferia, pelo menos em aparência, um caráter de justiça nas relações, face à ressonância de uma pretensa igualdade que veio alicerçar o capitalismo⁵. A ampla liberdade de contratar, dentro desse contexto, auferiu especial relevo, servindo de paradigma à ciência contratual.

Porém, logo se percebeu que a igualdade jurídica imposta era meramente abstrata, de modo que disparidades de poderio eminentemente econômico levavam, no mais das vezes, a desigualdades substanciais. Quando partes fortes e partes débeis se defrontavam, o poder contratual de uma sobrepuja-se ao da outra, contrariando toda uma ideologia doutrinária que preconizava o atingimento da justiça pelos meios antes propostos⁶. Em consequência, com o intuito de trazer um maior balanceamento nessas relações, o Estado, na história Ocidental, passa a limitar aquela mesma liberdade de contratar, intervindo mais incisivamente na economia. Assim, o direito contratual é relido, adequando-se às novas conjunturas.

Contemporaneamente, e agora restringindo a análise na experiência brasileira, parece-nos que um outro marco, se não diferente, mas peculiar, pode ser visualizado. O ordenamento setoriza as desigualdades, regrando as vicissitudes do contrato de forma variada. Isso porque as disparidades são qualitativamente diferentes, não apenas se baseando no poderio econômico⁷. Em rápida ilustração, e adiantando os problemas que serão enfrentados neste trabalho, os contratos civis por adesão, os contratos de consumo e os contratos existenciais revelam distintas formas de hipossuficiência, o que reclama dessemelhantes tratamentos.

Conclui-se daí, facilmente, que o tema merece ser examinado quantas vezes forem necessárias⁸. Os contornos do contrato, como de qualquer outro instituto jurídico, na

⁵ E. ROPPO, *O Contrato...* cit (nota 3 supra), p. 35.

⁶ E. ROPPO, *O Contrato...* cit (nota 3 supra), pp. 37-38.

⁷ Apesar de se utilizar de exemplo associado a um contrato de trabalho, A. PRATA é quem bem reitera que a desigualdade contratual nem sempre se traduz em termos puramente econômicos, devendo ter o seu sentido alargado. Cf. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 89.

⁸ Nessa linha, notável é o testemunho de E. ROPPO que reconheceu a necessidade de repaginação de sua obra (*"Il Contratto"*) após trinta anos passados da primeira edição (1977), em razão das profundas transformações ocorridas. Cf. *O Contrato...* cit (nota 3 supra), p. 3.

advertência de A. HESPANHA, não são atemporais, sempre estando ligados a “*condições históricas concretas*”⁹.

Para que se aufera resultados satisfatórios, e talvez o principal traço desta dissertação, é congregar ao direito contratual toda a operabilidade da teoria do fato jurídico e dos planos do negócio jurídico (existência, validade e eficácia). Por essa razão, não serão economizadas linhas acerca desses preciosos pontos, pois somente a partir de suas bases é que entendemos possível cumprir a “*missão do sistema científico*”, que, segundo K. LARENZ, caracteriza-se por tornar visível “(...) *a conexão de sentido inerentemente ao ordenamento jurídico como um todo coerente*”¹⁰.

Assim, eis o plano que será seguido neste trabalho:

Primeira parte – A teoria do fato jurídico como suporte à compreensão da natureza jurídica da formação contratual (proposta e aceitação).

O Capítulo I discorrerá acerca da teoria do fato jurídico, com especial atenção ao negócio jurídico, ao ato jurídico *stricto sensu* e ao ato-fato jurídico, pois essas figuras terão inarredável importância no entendimento da natureza jurídica da proposta e aceitação.

Em sequência, o Capítulo II terá como desiderato evidenciar o momento de formação do contrato, aplicando os subsídios colhidos no capítulo pretérito. Também será aqui que nos estenderemos sobre o princípio da autonomia privada, com base no qual procederemos a classificação dos “grupos contratuais” (contratos clássicos, contratos civis por adesão, contrato de consumo e contratos existenciais).

Segunda parte – Os planos do negócio jurídico e a incidência principiológica da boa-fé e da função social.

O Capítulo III terá como proposta assentar os planos do negócio jurídico (existência, validade e eficácia), para que se forneça um quadro que melhor possibilite a exata visualização e especificação dos efeitos causados pela incidência dos princípios, donde se vislumbrará a cientificidade do tema.

Encerrando, os Capítulos IV e V se dedicarão a detalhar, respectivamente, as hipóteses de incidência do princípio da boa-fé e da função social, conforme as bases já traçadas, dando termo aos objetivos do estudo.

⁹ *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, 2ª ed., Portugal, Europa-América, 1998, p. 38.

¹⁰ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997, p. 694.

O elo que unirá a primeira com a segunda parte sairá justamente do estabelecimento de diferentes grupos contratuais (final da primeira parte), que servirão de condicionantes à sintonização de intensidade dos princípios na segunda parte.

Enfim, através desse panorama, demonstrar-se-á que o contrato mudou, mas, certamente, não se extinguiu, quiçá entrou em decadência¹¹. A partir de agora, passa-se, então, a visitar esse verdadeiro e desafiador universo.

¹¹ Nas palavras de E. ROPPO: “(...) o contrato não está <<morto>>, mas está simplesmente <<diferente>> de como era no passado (...)”. Cf. *O Contrato...* cit (nota 3 supra), p. 347.

1ª PARTE – A TEORIA DO FATO JURÍDICO COMO SUPORTE À COMPREENSÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA FORMAÇÃO CONTRATUAL (PROPOSTA E ACEITAÇÃO)

I TEORIA DO FATO JURÍDICO

Para o objetivo do presente estudo ser atingido, é crucial que fixemos balizas acerca da teoria do fato jurídico, uma vez que, a partir de sua compreensão, analisaremos as facetas da natureza do contrato nas mais variadas situações, trabalhando, então, com as categorias conhecidas¹².

A importância do capítulo é incontestável. Isso porque o tratamento da classificação e conteúdo dos fatos jurídicos não é pacífico na doutrina. Assim, faz-se mister que delineemos, criticamente, as nossas bases, para depois, com segurança, avançar na pesquisa de forma metodológica, evitando a sobreposição de teorias que partem de pressupostos distintos.

Some-se a isso a percepção de que a noção de fato jurídico é condição elementar para o entendimento do direito subjetivo, revelando o início de todo o seu desencadeamento estrutural, o que, por si só, demonstra palpável importância. Neste sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA já evidenciava o fato jurídico, colocando-o em primeiro lugar, muito antes do próprio direito subjetivo¹³, que, por ser consequência, situa-se apenas no plano da eficácia¹⁴. No mesmo caminho, V. RÁO afirmava peremptoriamente que não era somente a norma a fonte exclusiva do direito; e sim a conjugação entre fato e norma¹⁵, donde, portanto, o *fato jurídico* e sua relevância.

O que qualifica *algo* como fato jurídico é que esse *algo* está, de certa forma, descrito em regra jurídica, isto é, sua composição reúne suficientes elementos para que seja

¹² Ressalte-se, desde logo, que não teremos o anseio de inovar ou fazer qualquer contribuição incisiva nesta seara, até porque, possivelmente, seria desiderato deveras pretensioso para os fins aqui propostos, ou mesmo infrutífero, em razão do nível científico já alcançado pela comunidade jurídica, seja ela nacional, seja estrangeira.

¹³ Direito subjetivo aqui entendido em sentido lato (contraposto a direito objetivo), englobando, também, os *direitos potestativos*.

¹⁴ O autor se posiciona ainda além, afirmando não ser admissível, no campo da ciência, principiar-se pelos efeitos antes de “*descrever como os elementos do mundo fático penetram no mundo jurídico*”. Cf. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*, t. I, Rio de Janeiro, Borsoi. 1954, pp. XVI-XVII.

¹⁵ *Ato Jurídico – Noção. Pressupostos. Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração*, São Paulo, Max Limonad, 1961, p. 19.

preenchido o que se denomina por *suporte fático*¹⁶. Esse faz o papel de um filtro que suga todo aquele substrato¹⁷ que interessa ao mundo jurídico; ficando de fora, “*para o ponto de vista do direito*”, os meros eventos não refletidos em “*linguagem jurídica própria*”¹⁸.

Para explicar o suporte fático, bastante utilitária é a expressão adotada por F. CARNELUTTI, que o vê como *fato empalhado*, vale dizer, não é um fato real, mas um substrato abstraído (obviamente da experiência social) e modelado como um tipo jurídico, de tal modo que, na ocorrência de um fato real, compara-se esse com o *fato empalhado*¹⁹. Caso sejam compatibilizados, o fato real torna-se jurídico²⁰.

Ainda preliminarmente, e para dissipar equívocos, é recomendável advertir que a eficácia jurídica dimana do fato jurídico; e não dos próprios elementos que compõem o suporte fático deste mesmo fato. Assim, tendo como paradigma o negócio jurídico, o efeito não provém da declaração de vontade, a despeito da importância que essa representa ao negócio. O efeito será produzido pelo negócio jurídico, que é assim considerado quando uma declaração de vontade reúne características suficientes para o preenchimento do suporte fático, auferindo, por vir acompanhada de outros elementos, a qualificação de negócio jurídico pela norma. É apenas um determinado conjunto que, globalmente fixado, terá a aptidão de produzir efeitos, justamente por ter sido “juridicizado”. Tal constatação ganha força se lembrarmos que nem toda declaração de vontade origina um negócio jurídico²¹.

Neste aspecto, a doutrina diverge quanto ao exato momento da *incidência* da norma. F. C. PONTES DE MIRANDA explica que o fenômeno se verifica assim que o suporte fático descrito vier a ocorrer no mundo social; algo que não pode ser confundido com a *aplicação* da lei, que depende de efetivação judicial²², considerando que, acrescentamos

¹⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 4.

¹⁷ Às vezes, o próprio substrato considerado pelo suporte fático já é algo jurídico, vale dizer, outra regra o descrevera como jurídico anteriormente. Analisaremos melhor tal constatação alhures.

¹⁸ P. B. CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 393.

¹⁹ *Teoria generale del diritto*, 1940, trad. port. de A. Queiró – A. Castro, *Teoria Geral do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1942, p. 484.

²⁰ Em semelhante sentido o magistério de J. DEL NERO: “(...) a qualificação jurídica de um fato nada mais é que o resultado de uma certa atividade, lógica e axiológica, em que, mediante a comparação entre elementos do fato e traços característicos de diversos modelos jurídicos, termina por afirmar-se que o fato ‘corresponde’ a um determinado modelo”. Cf. *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 80.

²¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 80-81.

²² Por essa razão, o autor decreta que a incidência é inerentemente infalível, ao passo que a aplicação, por lógica, não. Cf. *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 14-16. Também de forma similar, é o posicionamento de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide

nós, os casos de *justiça de mão própria* são escassos no sistema (v.g., desforço imediato). De modo diverso, J. DEL NERO prefere dizer que a regra jurídica incidiu justamente porque foi aplicada²³, sendo essa também a orientação de P. B. CARVALHO²⁴. Entendemos que a questão não tem grande relevância para a análise e compreensão do fato jurídico, de modo que esta baliza não precisa de contornos precisos, sendo mais uma discussão de preferência. O que deve ser, contudo, fixado é a imediata qualificação de *jurídico*²⁵ assim que dado fato do mundo social vier a preencher minimamente o suporte fático descrito em regra jurídica, independentemente de considerar se já houve ou não incidência da norma propriamente dita.

Não é mistério que o mesmo fato social pode preencher mais de um suporte fático, passando, portanto, por mais de um filtro, o que, em última análise, trará a possibilidade de ser observada uma gama de consequências jurídicas de naturezas diversas²⁶. A morte é fato jurídico que, por exemplo, tem o condão de por fim à sociedade conjugal, abrir a sucessão, encerrar um contrato de empreitada *intuitu personae*, dentre outras inúmeras repercussões civis, estando apta a também “influenciar” outros campos do direito, como o previdenciário. Ademais, o mesmo fato social pode até ser suporte fático de regras jurídicas de diferentes Estados²⁷. Valendo-se novamente da metáfora utilizada, cada filtro tem o papel de direcionar o material colhido a um certo mecanismo, cujo fim é produzir variados efeitos jurídicos.

Neste passo, outras considerações merecem ser feitas sobre o *suporte fático*.

Malgrado, à primeira vista, parecer de fácil e quase instantânea apreensão, o suporte fático traz consigo, por vezes, certa complexidade. Há regras, sim, que versam sobre um fato único, não demonstrando árida visualização. Neste caso, exemplificando, teríamos o simples existir humano (*Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na*

norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*”. Cf. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 23.

²³ *Conversão...* cit (nota 20 supra), p. 86, nota de rodapé n. 66.

²⁴ *Curso...* cit (nota 18 supra), p. 90.

²⁵ Quanto à *adjetivação* dos fatos como *jurídicos*, salienta M. MELLO : “A norma jurídica, desse modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico”. Cf. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 9.

²⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 6.

²⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 27.

ordem civil.)²⁸. Todavia, não é incomum que o suporte fático seja preenchido por mais de um fato. A título de ilustração, pensemos na constituição da servidão exposta no artigo 1.378²⁹, *in fine*, do Código Civil de 2002. Tal suporte fático complexo pode ser decomposto da seguinte forma: dois atos de vontade expressos³⁰ (convergentes no sentido de se estabelecer um acordo e divergentes nos interesses³¹) somados ao ato estatal³² do Registro de Imóveis³³. Percebe-se, portanto, que o suporte fático é preenchido por mais de um fato, seja esse já caracterizado como jurídico ou não³⁴.

Esta última assertiva merece certa atenção de nossa parte. É comum, na teoria do fato jurídico, pensar-se que o suporte fático é constituído unicamente por elementos do mundo fenomênico³⁵. Algumas vezes, realmente será ele preenchido de forma exclusiva por tais elementos; entretanto, e, diga-se, talvez na maioria dos casos, uma parcela ou mesmo todo o suporte é destinado a fatos que já ganharam roupagem jurídica, não deixando de ser qualificados como tal somente porque voltam a fazer parte de outro suporte fático. Como será visto oportunamente, o contrato se enquadra nesse segundo caso por entendermos que proposta e aceitação já são fatos tidos como jurídicos³⁶.

²⁸ Abrangendo, inclusive, aos cultores da teoria concepcionista, o próprio nascituro. Cf. S. CHINELLATO, *Arts. 1º a 21*, in S. CHINELLATO (org) – C. MACHADO (coord.), *Código Civil Interpretado – Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*, Barueri, Manole, 2008, p. 8.

²⁹ Art. 1.378. *A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.*

³⁰ Na realidade, aqui teremos um negócio jurídico bilateral, ou seja, algo já *juridicizado* (na expressão de F. C. PONTES DE MIRANDA), não se tratando mais de um simples fato social, o que não retira a *complexidade* do fato jurídico, visto que esse pode ser composto, também, de fatos que se tornaram jurídicos em razão da qualificação de outras normas.

³¹ C. MOTA PINTO – A. PINTO MONTEIRO – P. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 385.

³² Tal ato estatal é denominado de *integrativo*, pois se junta a outro negócio para lhe gerar um “efeito adicional”. Cf. M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 25 supra), pp. 60-61.

³³ Obviamente, tomamos por base a constituição da servidão por ato *inter vivos*; no caso do ato ser *causa mortis*, simbolizado no negócio jurídico unilateral do testamento, a doutrina entende que o suporte fático será simples, de sorte que o registro servirá apenas como forma de regularização dominial, para preservar o princípio da continuidade. Cf. F. LOUREIRO, *Arts. 1.196 a 1.510*, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo, Manole, 2011, p. 1.455; e C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. III, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975, p. 1.163.

³⁴ São os chamados suportes fáticos compósitos, isto é, que têm mais de um componente. Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi. 1954, p. 11.

³⁵ Como por exemplo, aquisição de uma propriedade imóvel através da acessão.

³⁶ Nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA: “Quando fatos jurídicos são elementos de suporte fático, não deixam de ser fatos jurídicos, não volem a ser, apenas, elementos de fato; o elemento fático, que eles levam ao suporte fático, é exatamente o fato jurídico, donde parecer que nêle entram como direitos e não como os elementos fáticos do seu suporte. Daí não ter razão A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, II, 9)

Nesta análise sobre o suporte fático, há ainda de se constatar que os elementos que o compõem se realizam, costumeiramente, em momentos diversos, como se o preenchimento se desse de forma gradual. F. C. PONTES DE MIRANDA ao atentar-se a isso, afirma que a sucessividade pode ser *imediata, dentro de prazo e em ordem*³⁷. Na primeira, teríamos, v.g., um contrato de locação em que as partes chegaram a um consenso (proposta e aceitação) quase que de forma instantânea (porém seguida). Já na sucessividade dentro de um prazo, proposta e aceitação são separadas por um lapso temporal (comum em casos de negócio entre ausentes). O proponente lança sua proposta aguardando que, dentro de um prazo, o oblato a aceite, completando, assim, o suporte fático. E, por fim, na sucessividade em ordem, é necessário que um fato seja acompanhado de um outro. Por exemplo, não basta o fato complexo dos atos de vontade no contrato usufruto; é necessário, ainda, o registro no Registro de Imóveis (artigo 1.391 do Código Civil de 2002), de forma que somente após o último fato é que nascerá o direito real de usufruto (plano da eficácia).

Outra marcante característica do fato jurídico é que sua duração independe da manutenção dos elementos que integraram o suporte fático. O suporte é, em regra, *transeunte*, ou seja, dá-se uma vez, de forma que eventual perenidade é irrelevante para a permanência da higidez do fato jurídico³⁸. Os elementos genéticos podem se esvaír sem que o produto, por eles criado, tenha o mesmo destino. Tirou-se a foto e essa basta por si só – não é necessário que as pessoas continuem naquele dado local para que a foto continue a existir. Não há qualquer abalo na estrutura do negócio jurídico se eu emiti vontade e agora não mais a possuo, do mesmo modo que, se o papel em que foi redigido o contrato for queimado, negócio jurídico ainda há³⁹.

Isso, por outro lado, não significa que o fato jurídico está isento de qualquer alteração. Pelo contrário, existem *elementos complementares* que podem repercutir tanto na validade quanto na eficácia, suprimindo deficiências, compondo o fato e até mesmo

quando disse que os fatos jurídicos, ou os direitos, ao entrarem como elementos de suporte fático, se dissolvem na massa dos fatos, que os pôde produzir. Essa volta ao fático não se dá; o jurídico figura no suporte fático sem perder a juridicidade que adquiriu e exatamente com ela é que entra na composição do suporte fático” (...) “A oferta é fato jurídico: produz efeitos jurídicos. A aceitação também os produz, porque é fato jurídico. O contrato que delas surge é fato jurídico, com suporte de dois fatos jurídicos: a regra jurídica incide sobre dois suportes fáticos, em correlação, dando ensejo, assim, à bilateralidade”. Cf. *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 34-35 e 77.

³⁷ *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 29-30.

³⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 98-99.

³⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Bens. Fatos Jurídicos*, t. II, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 450. A ausência física do papel apenas terá relevância *probandi*, de modo que, e.g., um contrato escrito de locação de imóvel urbano por prazo igual ou superior a trinta meses não se tornará verbal na hipótese de ter se perdido o instrumento, sendo aplicada a disciplina do art. 46 da Lei 8.245/91.

extinguindo-o. O exame pontual dos planos do fato jurídico será feito posteriormente, o que não impede que se façam certas remissões desde logo. Se um dado negócio jurídico for anulável, nada obsta sua convalidação caso seja confirmado pelas partes, nos termos do artigo 172 do Código Civil de 2002. Desse modo, percebe-se que há um ato posterior cujo fim é suprir vício originado quando do preenchimento do suporte fático. Tal ato é visto como elemento complementar⁴⁰, e influencia cabalmente na sorte do negócio jurídico. Da mesma forma, é possível que um ato posterior interfira no plano da eficácia, para compor o negócio. Quando estamos diante de uma obrigação (plano da eficácia) de dar coisa incerta (artigo 243 e seguintes do Código Civil de 2002), tem-se que o suporte fático (plano da existência) fora preenchido com uma declaração na qual se estabeleceu apenas o gênero e quantidade da coisa (Tempo A). Independentemente da exata determinação caber ao devedor (regra) ou credor, o que importa é a compreensão de que o ato definidor – chamado de *concentração da obrigação*, pela doutrina⁴¹ – é elemento complementar do negócio, realizado em momento posterior (Tempo B), o qual repercute no plano da eficácia⁴². Por fim, a própria extinção do negócio jurídico, se não houver cláusula resolutiva expressa (artigo 474 do Código Civil de 2002), é, também, ato complementar, pois esvaziará os efeitos do negócio. Os atos complementares também podem ser fatos jurídicos, que tem característica de auxiliar o outro fato⁴³.

Antes de analisarmos as espécies de fato jurídico, algumas linhas sobre *relação jurídica*, mesmo que singelas, devem ser traçadas, porquanto tangenciam as noções de suporte fático.

Segundo o magistério de F. C. PONTES DE MIRANDA, a relação jurídica pode surgir de duas formas. A primeira delas consiste no simples incidir⁴⁴ da norma sobre uma relação da vida (*inter-humana*), também chamada de *básica* ou *fundamental*, a qual se tornará jurídica em razão desta incidência. Já a segunda surge como efeito de fato jurídico,

⁴⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 12. Em semelhante sentido, C. COUTO E SILVA: “Constitui-se, por isso, a determinação do objeto em requisito de eficácia do negócio (...)”. Cf. *A Obrigação como Processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2007, p. 60.

⁴¹ P. LÔBO, *Direito Civil – Obrigações*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 119.

⁴² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 14.

⁴³ A respeito, explica F. C. PONTES DE MIRANDA: “Algumas vezes, as declarações de vontade ou as manifestações de vontade *complementares* foram concebidas com certa independência, isto é, como suportes fáticos à parte; então, funcionam duplamente: são núcleo de *negócios jurídicos auxiliares* (Hilfsgeschäfte) e são elementos complementares do negócio jurídico auxiliado”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 14.

⁴⁴ Para os que dão significado diferente ao vocábulo “incidir”, melhor seria falar em “considerar uma relação da vida como jurídica” ou mesmo “juridicização de relação já existente”.

sendo denominada de *intra-jurídica*⁴⁵. Aquela se situa no plano da existência, por fazer parte do suporte fático; enquanto esta se encontra no plano da eficácia, por ser efeito de fato jurídico.

Para exemplificar essa dicotomia no trato das relações jurídicas, o autor suscita a relação vendedor-comprador. No suporte fático, já há uma *relação social* que, com a descrição normativa, ganha adjetivação jurídica (relação inter-humana). Fixada tal relação jurídica, digamos, primária, outras podem surgir em decorrência dessa, mas, agora, no campo da eficácia (relação intra-jurídica), que evidenciarão os direitos e deveres; pretensões e obrigações⁴⁶. A questão pode ser assim resumida: no plano da existência, há a relação vendedor e comprador; no plano da eficácia, há a relação credor e devedor, que, saliente-se, não será apenas uma, visto que tanto vendedor quanto comprador poderão ser credores ou devedores em relação aos elementos envolventes a esse tipo contratual. O quadro abaixo clarifica a matéria:

Pl. da Existência	Pl. da Validade	Pl. da Eficácia ⁴⁷
<p>comprador</p> <p>—</p> <p><u>relação inter-humana</u></p> <p>—</p> <p>vendedor</p>		<p>credor da coisa devedor da coisa</p> <p>▽</p> <p><u>relação intra-jurídica</u></p> <p>devedor do preço credor do preço</p> <p>▽</p> <p><u>relação intra-jurídica</u></p> <p>devedor/credor credor/devedor</p> <p>de de</p> <p>cooperação cooperação</p> <p>▽</p> <p><u>relações intra-jurídicas</u></p> <p>⋮</p>

⁴⁵ *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 117-118.

⁴⁶ *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 120.

⁴⁷ As relações intra-jurídicas aqui expostas certamente estão longe de esgotar todas as possíveis, apenas tivemos a intenção de explicitar o mecanismo das relações.

Ao exame deste quadro, nota-se que o dever de colaboração – dever anexo ou instrumental na lição de C. COUTO E SILVA – é concretizado no plano da eficácia, criando nova relação intra-jurídica em virtude da incidência do princípio da boa-fé⁴⁸. Já se afigura salutar afirmar que alguns dos princípios que serão aqui tratados têm como característica a criação de efeitos, podendo, também, apresentar outras funções que repercutirão nos diversos planos, o que nos leva a afirmar que suas atuações funcionam como verdadeiros vetores (mas isso será acuradamente analisado no Capítulo III).

Característica peculiar da relação intra-jurídica é o fato de que a lei pode criar relações ao seu puro alvedrio, diferentemente da relação inter-humana que depende da realidade social⁴⁹. Isso responde, inclusive, a alguns casos de responsabilidade civil objetiva, em que a obrigação de reparar recai sobre pessoa que não deu causa física ao dano⁵⁰.

Partindo-se do pressuposto de que há dois tipos de relações possíveis, é viável, por lógica, aventar que a extinção de uma não importa automaticamente no fim da outra; pelo contrário, a extinção de relação jurídica básica pode, até mesmo, criar uma nova relação intra-jurídica. Com efeito, o distrato de um comodato, ao por termo na relação jurídica básica (comodante/comodatário), poderá, por exemplo, dar origem a uma nova relação (intra-jurídica: credor/devedor) que se pautará na devolução de um objeto⁵¹ (distrato é negócio jurídico auxiliar). Da mesma forma, o término de uma relação locatícia não isentará o antigo locatário a pagar os alugueres que se venceram. Nesse caso, não há mais a qualificação locador/locatário, mas ainda há a relação credor/devedor.

O mecanismo proposto também explica a existência de deveres pós-contratuais, tão disseminados na doutrina⁵², na crítica ao artigo 422 do Código Civil de

⁴⁸ *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), pp. 91 e 96.

⁴⁹ São as palavras de F. C. PONTES DE MIRANDA: “Acontece, porém, que, no tocante às relações jurídicas que são criadas pela eficácia jurídica, ditas relações intra-jurídicas, a liberdade de concepção do direito é completa: a regra jurídica pode estabelecer o que entenda (...)”. Cf. *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 125.

⁵⁰ A “causa física do dano” deve ser entendida aqui como a *relação naturalística* entre comportamento e evento. Cf. S. CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 71. Evidentemente, não é por meio desse nexo que os pais respondem pelos atos danosos cometido pelos filhos. É a lei que criará a relação intra-jurídica entre aqueles e a vítima, pautada no critério do “risco dependência”. Cf. J. F. SIMÃO, *Responsabilidade Civil do Incapaz*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 72.

⁵¹ *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 120-121. Caso haja atraso na devolução, cria-se outra relação intra-jurídica que se consubstancia no pagamento de alugueis (art. 582 do Código Civil de 2002).

⁵² N. ROSENVALD, *Arts. 421 a 480*, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo, Manole, 2011, p. 488; S. VENOSA, *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 370; P. STOLZE GAGLIANO – R. PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*, v. IV, t. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 77-78; e J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Contratos*, 5ª ed., São Paulo Atlas, 2011, p. 36. Também

2002. Não obstante o encerramento da relação contratual, direitos e deveres ainda subsistem e são justamente enfeixados nessas relações intra-jurídicas, mesmo não sendo mais as partes tidas como contratantes.

Quanto ao número de direitos e deveres possíveis, tece-se classificação em relação à amplitude eficaz. Se da relação jurídica fundamental surgir apenas um direito/dever (v.g., contrato de mútuo), ela é considerada *unigeradora*. Agora, se gerar uma gama de direitos e deveres às partes (v.g., contrato de locação), dar-se-ia o nome de *multigeradora*⁵³. Hodiernamente, no campo contratual, tal classificação é difícil de ser sustentada, uma vez que, mesmo nos contratos tidos como unilaterais, onde só aparentemente uma das partes tem direito, há deveres que são trazidos no bojo de princípios como a boa-fé e a função social. Contudo, se pensarmos em uma relação decorrente de causação de dano extracontratual, haverá apenas um direito (ver o dano reparado) correspondente a um dever (reparar o dano)⁵⁴, sendo que, mesmo nessa hipótese, poder-se-ia cogitar a existência de um dever de colaboração, retirando qualquer utilidade da classificação.

É curioso ainda notar que, às vezes, direitos e deveres se entrecrocaram a tal ponto que o conflito passa a ser suporte fático de outra norma, auferindo condição de fato jurídico auxiliar. Na eventualidade de o locatário realizar uma benfeitoria necessária (ato-fato), teremos um elemento complementar que repercutirá no plano da eficácia do negócio jurídico da locação, criando o dever de indenizar (artigo 35 da Lei 8.245/91). Ao mesmo tempo, caso o referido contrato encontre o seu término, o antigo locador tem direito à restituição da posse. Nesse passo, direito de ser indenizado e direito à restituição preenchem outro suporte fático, formando o direito de retenção.

Fixados estes alicerces, estamos aptos a tratar detalhadamente de três espécies de fato jurídico que serão primordiais para a compreensão da natureza do contrato. São elas: o negócio jurídico, o ato jurídico *stricto sensu* lícito e o ato-fato jurídico lícito.

preceituando a boa-fé pós-contratual, o Enunciado n.º 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

⁵³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 130-131.

⁵⁴ Nesse sentido, F. NORONHA, ao tratar da boa-fé, diz ser “despiciendo o seu interesse no âmbito das obrigações que se poderiam (e cremos que se deveriam) chamar de responsabilidade civil em sentido estrito (...)”. Cf. *Princípios dos Contratos – Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual e Cláusulas Abusivas*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Civil, 1990, p. 73.

I.1 Classificação dos fatos jurídicos

Para que seja possível a compreensão destas categorias, cabe-nos, com fins de situar a teoria do fato jurídico, elencar suas variadas espécies, percorrendo, sucintamente, sobre elas, sem que percamos o foco do presente estudo, apenas para evitar um salto demasiadamente longo e incauto, até como forma de contrapô-las.

É consabido que o quadro geral dos fatos jurídicos⁵⁵ pode ser delineado conforme algumas ramificações. Em termos didáticos, podemos classificá-los criando dois grandes grupos: os fatos lícitos e os fatos ilícitos⁵⁶. No primeiro, encontram-se os fatos jurídicos *stricto sensu* lícitos, os atos-fatos jurídicos lícitos, os atos jurídicos *lato sensu* lícitos (atos jurídicos *stricto sensu* lícitos e os negócios jurídicos). Já no segundo, têm-se os fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos, os atos-fatos jurídicos ilícitos e os atos jurídicos *lato sensu* ilícitos (subdivididos em: atos jurídicos *stricto sensu* ilícitos, atos jurídicos caducificantes e atos jurídicos relativos ilícitos)⁵⁷.

De início, deve-se afastar a ideia de que os fatos ilícitos (violadores de direito) não são jurídicos. Pelo contrário, o fato ilícito é eminentemente jurídico, tal qual o fato lícito⁵⁸. Há regras que descrevem certos fatos como jurídicos, ocasionando a produção de efeitos. Se alguém, culposamente, abalroa o veículo de terceiro, danificando-o, terá de tornar indene a vítima. Ora, o suporte fático da regra do artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002, é justamente preenchido pelo ato culposos que deu causa ao dano, de forma que, já no plano da eficácia, cria-se a relação intra-jurídica que importa a reparação. Evidente,

⁵⁵ Apenas consideraremos as espécies relevantes ao direito civil.

⁵⁶ Reitere-se aqui a separação meramente didática da classificação entre fatos lícitos e fatos ilícitos. Em termos científicos, A. JUNQUEIRA DA AZEVEDO refuta a divisão entre licitude e ilicitude, por entender que essas são qualificações, e, como tais, não podem se encontrar na estrutura. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 21, nota de rodapé n. 34. Por sua vez, M. MELLO prefere as expressões “*fatos conformes a direito*” e “*fatos contrários a direito*” em razão da maior abrangência semântica dessas. Cf. *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 120, nota de rodapé n. 120.

⁵⁷ Adotamos a classificação mais usual, não se olvidando de outras já descritas na doutrina, como, v.g., a de V. RÃO, que assim separava três categorias: fatos ou eventos exteriores que da vontade do sujeito independem; fatos voluntários cuja disciplina e cujos efeitos são determinados exclusivamente por lei; e fatos voluntários (declarações de vontade) dirigidos à consecução dos efeitos ou resultados práticos que, de conformidade com o ordenamento jurídico, deles decorrem. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 15. Ou mesmo a de R. LOTUFO, que separa os fatos jurídicos em acontecimentos naturais (ordinários e extraordinários), ações humanas e atos ilícitos, além de acrescentar que nem todos os autores acolhem o elemento da vontade como ponto diferenciador na classificação. Cf. *Código Civil Comentando – Parte Geral (arts. 1º a 232)*, v. I, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 264 e 266.

⁵⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 184.

destarte, a juridicidade do certame⁵⁹, não obstante poder se valorado como algo contrário ao que preceitua o ordenamento⁶⁰.

Feita essa ressalva, passaremos agora, em poucas linhas, a descrever as espécies dos fatos jurídicos *stricto sensu* lícitos, dos fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos, dos atos-fatos jurídicos ilícitos e dos atos jurídicos *lato sensu* ilícitos, que, se não revelam imediata importância ao deslinde do estudo do contrato, servem para ressaltar as diferenças em relação às espécies que nos interessam.

O único fato jurídico lícito que certamente não encontrará reminiscência na gênese do contrato é o fato jurídico *stricto sensu*. A característica diferenciadora dessa espécie em relação às demais do grupo reside no ponto em que o seu suporte fático não apresenta, aparentemente, qualquer evidência de ato humano. É possível, contudo, que a causa do fato em si (ainda não-jurídico) tenha se dado em razão do homem, mas o suporte fático isoladamente considerado não tem como componente tal ato⁶¹.

Para elucidar o que fora dito acima, analisemos a comistão. Seu suporte fático é composto pela mistura de coisas sólidas ou secas (v.g., areia e cimento) pertencentes a indivíduos distintos, e que não podem ser separadas. Neste caso, a despeito da mistura provavelmente ter se originado de ato humano, verifica-se que esse não é parte do suporte fático, vale dizer, apenas se vislumbram fatos, abstraindo-se qualquer ato, seja volitivo ou não.

No mais, são também fatos jurídicos *stricto sensu* (rol exemplificativo): o nascimento (efeito: personalidade civil), a duração da vida (efeito: cessação de incapacidade), defeitos fisiológicos (efeito: início da incapacidade), parentesco (efeito: poder familiar, direito a alimentos, entre outros), morte (efeito: abertura da sucessão, entre outros)⁶² etc. O “estado” também se insere aqui, como uma situação qualificada (v.g., ser casado, ser proprietário etc)⁶³.

⁵⁹ Lição que se coaduna com a orientação seguida pelo Código Civil de 2002, como se nota através da *Mensagem n.º 160, de 10 de junho de 1975* ao Congresso Nacional: “Foi atualizada, de maneira geral, a terminologia do Código vigente, a começar pelo superamento da obsoleta sinonímia entre “juridicidade” e “licitude”, por ser pacífico, na atual Teoria Geral do Direito, sobretudo a partir de HANS Kelsen, a tese de que não podem deixar de ser considerados “jurídicos” os atos que, embora ilícitos, produzem efeitos jurídicos”. Cf. *Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, 2ª ed., Brasília, Senado Federal, 2005, p. 38.

⁶⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *XV. – Atto Giuridico* in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè Editore, 1959, p. 204.

⁶¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 187.

⁶² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 188-191.

⁶³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 23.

De acordo com V. RÁO, podemos ainda inserir, nesta espécie, certos acontecimentos humanos que são vistos de forma geral, como, por exemplo, “*as greves, as convulsões internas, as guerras, as crises econômicas e financeiras, a alteração grave e geral das condições dentro das quais as obrigações se constituíram (...)*”⁶⁴. Em suma, são conjunções de atos humanos que acabam perdendo essa característica, transmudando-se para ser considerados verdadeiros fatos, haja vista sua generalidade. Nesta esteira, exemplifiquemos com a previsão do artigo 478⁶⁵ do Código Civil de 2002, que “juridiciza” *acontecimentos extraordinários e imprevisíveis* como verdadeiros fatos jurídicos *stricto sensu*. Esses, de forma auxiliar, poderão repercutir no plano da eficácia de um negócio jurídico, pois geram um direito potestativo de resolução.

Superada a análise em questão, passemos a espécie dos fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos. O pensamento é o mesmo que o acima relatado, isto é, a imputação de efeitos gerados pelo fato jurídico em nada se relaciona a algum ato humano. A diferença aqui é que esse fato atinge frontalmente algum direito, sendo que a responsabilidade por ele será direcionada a um sujeito.

Nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA bem atenta que, quando o indivíduo responde mesmo nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, não há *ato* jurídico ilícito propriamente em si; o que há é *fato* jurídico contrário a direito⁶⁶. Na seara dos fatos *stricto sensu* ilícitos, temos, como precípua exemplo, a responsabilidade civil por danos nucleares, onde o operador da instalação nuclear responde, nos termos do artigo 4º da Lei 6.453/77, por qualquer acidente nuclear independentemente de culpa, sendo apenas excludentes as elencadas nos artigos 6º e 8º da supracitada Lei. Dentre elas, ressalte-se, não se encontram a força maior e o caso fortuito, o que, em última análise, fortalece o nexo causal⁶⁷, imputando a alguém a responsabilidade por um fato. No suporte fático, há um fato danoso, sendo que a norma cria um nexo já no plano da eficácia (o mecanismo de ativação dessa responsabilidade objetiva escolhido pela lei é “ser operador da instalação

⁶⁴ A despeito do autor adotar classificação diversa, o que por ele é considerado como “fatos ou eventos que da vontade independem” é bastante similar aos fatos jurídicos *stricto sensu*. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), pp. 21-22.

⁶⁵ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁶⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 193.

⁶⁷ Como anota C. GODOY, trata-se de caso amparado pela teoria do risco integral, também denominada de risco exacerbado ou risco agravado. Cf. *Responsabilidade pelo Risco da Atividade*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 81

nuclear”), criando relação intra-jurídica de reparação. Em outras palavras, ato humano não existiu, ou melhor, se existiu, é irrelevante ao preenchimento do suporte fático, de forma que é o fato danoso o “propulsor” da responsabilidade. A nosso ver, muitos casos de responsabilidade objetiva encontram-se nesta espécie.

Por sua vez, os atos-fatos jurídicos ilícitos se verificam quando há ato humano aferível no suporte fático, porém dele se despreza qualquer elemento que possa envolver culpa, não obstante a contrariedade a direito. É o caso do artigo 187 do Código Civil de 2002, no qual se exerce direito de forma abusiva, sendo irrelevante a consciência ou não do titular desse direito. Inclusive, na ocorrência de dano, são deflagrados os mecanismos da responsabilidade civil, em razão da leitura conjunta com o artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002, criando-se uma relação intra-jurídica que visa à sua reparação. Obviamente, estamos tratando do instituto do abuso de direito⁶⁸ na sua vertente⁶⁹ puramente objetiva⁷⁰.

Encerrando estas linhas gerais, resta-nos discorrer brevemente sobre os atos jurídicos *lato sensu* ilícitos, que se subdividem em três subespécies. Todas tem como característica central apresentar, no suporte fático, um ato humano consciente.

Os atos jurídicos *stricto sensu* ilícitos se perfazem na “clássica” responsabilidade civil extracontratual, fundamentada nos ditames da culpa (artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil de 2002). Isso porque seu suporte fático é preenchido por ato culposos que viole direito de outrem e cause dano, trazendo consequências forjadas única e exclusivamente *ex lege*⁷¹.

⁶⁸ Como afirmado que os *direitos* são produtos do plano da eficácia, poder-se-ia parecer incoerente taxar o *abuso de direito* como um fato jurídico *lato sensu* em si. Porém, é necessário que se faça uma ressalva. O próprio exercício de um *direito* pode ou não ser “juridicizado”. A resilição unilateral nada mais é que o exercício de um direito potestativo que tem a “roupagem” de ato jurídico *stricto sensu*. Por sua vez, o simples “uso” de um objeto (faculdade envolta, *v.g.*, na situação de ser proprietário) não é eleito a qualquer espécie dos fatos jurídicos *lato sensu*. No caso do *abuso de direito*, há uma expressa opção, por parte do ordenamento brasileiro, em enquadrá-lo como fato jurídico, que, por adotar a teoria objetiva, melhor se apresenta como ato-fato ilícito.

⁶⁹ A alocação do abuso de direito como um ato ilícito é bastante controversa na doutrina. R. LIMONGI FRANÇA defende que se trata de uma categoria própria que “se situa na zona intermediária entre o *ato lícito* e o *ato ilícito*”. Cf. *Abuso de Direito*, in R. LIMONGI FRANÇA (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 45. Em semelhante sentido, F. CUNHA DE SÁ: “Ao lado do juridicamente ilícito (no sentido do acto contrário a uma específica obrigação normativa) e do juridicamente lícito (isto é, do acto tècnicamente abrangido na esfera compreensiva da obrigação e do direito subjectivo), surge como terceiro termo o acto abusivo, ou acto que é simultâneamente permitido e proibido, conforme e contrário ao direito, sob aspectos diversos”. Cf. *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 484.

⁷⁰ Para uma análise das teorias subjetiva e objetiva e sua aplicação no direito brasileiro, vide C. LEVADA, *Anotações sobre o Abuso de Direito*, in RT 667, 1991, pp. 44-50.

⁷¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 203-204.

Já os atos jurídicos caducificantes são os que, imersos em culpa, contrariam deveres, reverberando, como eficácia, a caducidade⁷². Era o que N. NAZO, analisando a doutrina francesa da *déchéance*, chamava de decadência por comissão⁷³. Exemplo mais comum de ato caducificante é a perda do poder familiar por castigos imoderados ao filho (artigo 1.638, inciso I, do Código Civil de 2002). A diferença com o ato jurídico *stricto sensu* ilícito reside na consequência (plano da eficácia) experimentada. Neste, gera-se obrigação de reparar; naquele, perda de direito.

A terceira subespécie a ser analisada é a dos atos jurídicos relativos ilícitos. Essa denominação se deve à verificação da existência prévia de relação intra-jurídica entre sujeitos específicos⁷⁴. Isso porque o ato ilícito foi *relativo* a pessoas individualizadas e ligadas juridicamente entre si, importando a violação de algum dever, por exemplo, contratual. Tal nomenclatura é contraposta aos atos ilícitos *absolutos*, onde o direito violado deveria ser atendido por todos de forma geral, não havendo, portanto, relação individualizada anterior. Outro ponto de fundamental importância é que os atos jurídicos relativos ilícitos têm o seu suporte fático próprio e trabalham auxiliarmente como elemento complementar nos fatos jurídicos produtores dos deveres que foram violados, podendo, quando se tratar de contrato, motivar a sua resolução cumulada com a reparação civil, ou apenas uma ou outra.

Em uma primeira análise, poder-se-ia aproximar o ato jurídico relativo ilícito ao que se entende por responsabilidade contratual, de modo que o ato jurídico absoluto ilícito (e aqui se enquadrariam o ato jurídico *stricto sensu* ilícito, o ato-fato jurídico ilícito e o fato jurídico *stricto sensu* ilícito) corresponderia à responsabilidade extracontratual. Entretanto, F. C. PONTES DE MIRANDA critica a classificação da responsabilidade em contratual e extracontratual. Isso porque teríamos casos nos quais existe relação jurídica prévia individualizada (afastando-se, desse modo, a configuração de ilícito absoluto), mas que também não pode ser dita contratual. Por exemplo, na gestão de negócios, incumbe ao gestor uma gama de deveres, que, se violados, ensejam a sua responsabilização. Há relação prévia entre duas pessoas determinadas, mas que não-contratual, ou quase-contratual, donde se conclui pela lacuna da tradicional classificação⁷⁵.

⁷² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 205.

⁷³ *A Decadência no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1959, p. 26, nota de rodapé n. 22.

⁷⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 213-214.

⁷⁵ *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 213-214.

Por fim, há ainda quem defenda a existência de uma quarta subespécie consubstanciada nos atos jurídicos nulificantes⁷⁶, também chamados de *atos ilícitos invalidantes*⁷⁷. A inclusão desta subespécie no rol dos fatos jurídicos não é pacífica, haja vista que é difícil – para não se dizer impossível – vislumbrar um ato isolado, distinto tanto do próprio ato jurídico *stricto sensu* lícito como do negócio jurídico. Defensor da existência desses atos, M. MELLO suscita que a característica central de todo fato jurídico ilícito é revelar, no núcleo do suporte fático, uma *contrariedade a direito*. E como a invalidade é uma penalidade atribuída pela norma a atos que impliquem infração de disposição cogente ou resultem de vícios de manifestação de vontade, não teriam esses atos outra natureza que não as de ilícito⁷⁸. Não concordamos com tal orientação. Isso porque o plano da validade foi concebido com dois objetivos claros, quais sejam: conter certos efeitos jurídicos, já que esses serão configurados pelos indivíduos e não pela lei (negócio jurídico); e proteger os indivíduos, uma vez que a vontade será protagonista no desencadeamento de efeitos, devendo ser livre e consciente (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu* lícito). Conclui-se daí que não há um ato invalidante propriamente em si; o que há é um negócio jurídico nulo ou anulável porque seus efeitos foram plasmados fora do permitido, ou, também no casos dos atos jurídicos *stricto sensu*, a vontade propulsora deles estava de alguma maneira viciada. O *nulo* e o *anulável* são adjetivações de negócio ou ato jurídico *stricto sensu*, estando, portanto, no plano da validade (a contenção e a proteção são feitas nesse plano). Não nos parece ser adequado enxergar um ato invalidante apartado, pois não há qualquer plano da existência aferível. Em outras palavras, não é o ato de dolo ou coação que invalida o negócio; é a vontade viciada que dá azo à invalidação⁷⁹. É claro que nestes casos existe a possibilidade de haver, ao lado do negócio jurídico, um outro ato que contenha suporte fático próprio, mas sua natureza será de ato jurídico *stricto sensu* ilícito, e acarretará a reparação civil caso dele decorra dano. Se não houver vontade viciada ou dano, o dolo e a coação são irrelevantes ao direito, tendo repercussão apenas

⁷⁶ Curioso notar que F. C. PONTES DE MIRANDA, apesar de elencar o ato jurídico nulificante como espécie de ato jurídico *lato sensu* ilícito, não se imiscui em detalhá-lo como o faz com as outras subespécies.

⁷⁷ M. MELLO deixa claro que esses atos compreendem não só os atos nulos como também os anuláveis. Cf. *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 256, nota de rodapé n. 234.

⁷⁸ *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 256, nota de rodapé n. 257.

⁷⁹ No primeiro caso, em razão da falsa representação da realidade do que viria a ser o negócio ocasionada ardilosamente por alguém, sendo a vontade apenas aparentemente livre; no segundo, em função da manifestação de vontade não ser diretamente livre. Cf. SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil – Parte Geral*, v. I, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, pp. 285 e 293.

social e moral. Não faria sentido algo ganhar a qualificação de jurídico sem que houvesse qualquer consequência jurídica.

I.2 Atos jurídicos *lato sensu* lícitos e atos-fatos jurídicos lícitos

Superadas estas primeiras linhas, passemos agora a tratar, de forma pontual, das espécies que podem nos interessar na nossa vindoura análise do contrato, quais sejam: o ato jurídico *lato sensu* lícito, composto pelo negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* lícito; e o ato-fato jurídico lícito.

Adiantemos que, como as facetas ilícitas já foram tratadas, toda vez que se mencionar o ato jurídico *stricto sensu* lícito e o ato-fato jurídico lícito, reportar-nos-emos às espécies sem o qualificador *lícito*.

Além disso, é importante fixar que o elemento *vontade* servirá de parâmetro na discussão das espécies. Isso porque, como já dizia V. RÁO, a vontade tem “*no universo jurídico poderosa força creadora*”⁸⁰, e será aqui, mormente nos atos jurídicos *lato sensu*, que essa se revelará. Desta feita, principiaremos com algumas importantes considerações sobre a manifestação de vontade, ainda antes de adentrarmos nas espécies citadas.

Os subsídios que retiraremos deste tópico serão imprescindíveis na averiguação da natureza jurídica das figuras da proposta e da aceitação, matéria do Capítulo II, trazendo consideráveis repercussões na nossa análise acerca do instituto.

I.2.1 Considerações sobre “manifestação de vontade” e “declaração de vontade”

Ab initio, é salutar que se façam algumas menções sobre a “manifestação de vontade” de forma apartada, pois não há certo padrão na doutrina quanto à sua abordagem, de sorte que continuamos a seguir o propósito do capítulo: a fixação de balizas.

F. C. PONTES DE MIRANDA acentua que a “manifestação de vontade” é gênero das espécies *declaração de vontade* e *manifestação de vontade ‘stricto sensu’*⁸¹. Para tanto, o autor se vale da etimologia, explanando que a declaração “*é sonoridade (‘clarus’ é o som brilhante, antes de ser o brilho da luz), é proclamação; sem concílio, portanto sem endereço. Claro, declaração, clamor, proclamação, declamar, clarim, têm o mesmo*

⁸⁰ *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 15.

⁸¹ *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 81.

étimo”⁸². A declaração se distinguiria da manifestação *stricto sensu* justamente em razão da sua maior clareza na expressão da vontade. Contudo, não adotaremos tal diferenciação. A uma, porque padece de um preciosismo exacerbado e de questionável utilidade. A duas, porque é difícil enxergar a distinção entre manifestação de vontade e declaração de vontade tácita na lição ponteana⁸³.

Também não adotaremos a restrição de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO que vê no negócio jurídico bilateral apenas uma declaração de vontade, resultante de duas manifestações de vontade⁸⁴, o que será melhor debatido adiante. Partiremos nós do pressuposto que em um contrato há, sim, duas declarações de vontade ou duas manifestações de vontade aferíveis. Firme na lição de N. COVIELLO, podemos asseverar que as declarações de vontade são *vinculadas*, o que não se confunde com *unificação* de vontades⁸⁵. As declarações se ligam uma a outra sem que propriamente se “misturem” – distinção tênue, porém metodologicamente necessária.

Em suma, não diferenciaremos, neste estudo, as expressões *manifestação de vontade* e *declaração de vontade*, tratando-as, portanto, como sinônimas. Rememore-se, apenas, que essas podem ser realizadas expressamente, tacitamente ou pelo silêncio. No último caso, é preciso que haja um prévio dever de manifestação que, se não atendido (silêncio), importará a manifestação oposta ao que deveria ter sido expressado⁸⁶. Na realidade, mais do que o não atendimento a um dever, a doutrina de M. SERPA LOPES sugere que do silêncio só pode ser retirada alguma manifestação de vontade quando tal convicção for realmente segura⁸⁷.

É bem verdade que, não obstante toda a importância da vontade no cotejo dos atos jurídicos *lato sensu*, deve ser registrada a existência de outras manifestações que

⁸² *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 84.

⁸³ Algo que o próprio autor reconhece: “Alguns atos declarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade *tácitas*”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 5.

⁸⁴ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 18.

⁸⁵ Afirma o autor: “*Il contratto produce un vincolo soltanto tra le volontà de’ contraenti, non la loro unificazione*”. Cf. *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 4ª ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1920, p. 320.

⁸⁶ A. VILLAÇA AZEVEDO, *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 35.

⁸⁷ São as palavras do autor quando de sua conclusão: “É preciso tomar-se em conta a convicção inspirada na outra parte de que a ação negativa do silente foi no sentido de têr querido seriamente obrigar-se”. Cf. *O Silêncio como Manifestação da Vontade – Obrigações em Geral*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho, 1935, p. 161. Diga-se, inclusive, que foi justamente esse o posicionamento adotado no Código Civil de 2002 (art. 111). Além disso, é interessante notar que a apuração do silêncio como vontade decorre, de certo modo, da incidência direta do princípio da boa-fé no plano da existência.

preenchem, de idêntica forma, certos suportes fáticos. São elas: as “manifestações de conhecimento” e as “manifestações de sentimento”, cujas aparições são parcas no sistema e se evidenciam na forma de ato jurídico *stricto sensu*⁸⁸ – talvez, por isso, a menor importância e elas conferida. Um exemplo de manifestação de conhecimento é a ciência do locador em relação à existência de cometimento de dano no imóvel locado cuja reparação a ele incumba (artigo 23, inciso IV, da Lei 8.254/91), o que funcionará como elemento complementar, compondo o negócio jurídico da locação no plano da eficácia (cumprimento do dever do locatário). Acerca das manifestações de sentimento, discorreremos em momento oportuno.

Quanto à manifestação de vontade propriamente em si, há ainda mais uma consideração preliminar. A ciência do direito faz importante ressalva ao afirmar que o suporte fático do ato jurídico *lato sensu* somente é preenchido, em regra, por uma declaração *receptícia* de vontade, isto é, uma declaração que é endereçada a alguém. Insta dizer que a efetiva chegada ou não da declaração ao conhecimento do destinatário apenas diz respeito à eficácia do ato jurídico *lato sensu*⁸⁹, em nada se relacionando à própria existência desse. Com efeito, se se pretende notificar um indivíduo, é necessário, para que a declaração de vontade preencha o suporte fático (e exista como ato jurídico *stricto sensu*), um endereçamento dessa, de tal arte que apenas a produção dos efeitos concernentes à notificação é que será vinculada à concreta chegada da declaração⁹⁰.

Quando o preenchimento do suporte fático não reclamar esse endereçamento, a declaração de vontade é tida pela doutrina como *não-receptícia*. Explana F. C. PONTES DE MIRANDA que as declarações não-receptícias se perfazem toda vez que o ato jurídico *lato sensu* a ser formado não tem como efeito atingir a esfera jurídica de outrem, ou, na hipótese de atingi-la, que seja para causar algum benefício⁹¹. Por exemplo, a renúncia meramente abdicativa⁹².

I.2.2 Negócio jurídico

⁸⁸ *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 396.

⁸⁹ *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 398.

⁹⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 132.

⁹¹ *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 404.

⁹² V. RÃO, *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 66.

Dentre as espécies de fatos jurídicos, uma, em especial, reúne característica bastante peculiar. Explica-se. Ao passo que todas as outras espécies têm consequências pré-estabelecidas pela lei, o negócio jurídico “inova” e permite que os próprios indivíduos escolham a eficácia que esse fato jurídico irá produzir⁹³.

Mesmo não sendo o nosso desiderato perfilar a evolução histórica dos institutos, importa salientar que os autores são uníssomos em refutar qualquer raiz romana à categoria abstrata⁹⁴, creditando-se a D. Nettelbladt a criação da expressão “*negotium iuridicum*” somente em 1748 (“*Systema elementare universae jurisprudentiae positivae*”)⁹⁵. A teoria, largamente adotada em diversos sistemas jurídicos⁹⁶, possui a utilidade de se enquadrar aos variados contextos socioeconômicos, estabelecendo verdadeiro reinado nos últimos três séculos. Poucas foram as tentativas de superá-la ou mesmo readequá-la⁹⁷, de modo que, no âmbito deste trabalho, seguiremos a linha tradicional e seguramente mais adotada.

Partindo, portanto, dessa visão, deve-se ter em mente que a declaração de vontade, além de propulsionar todo o mecanismo como no caso dos atos jurídicos *stricto sensu*, tem papel principal no processo dessa espécie de fato jurídico, surgindo daí o que se entende por *autonomia da vontade*, ou seria melhor explicativo dizer: *auto-regramento da eleição de efeitos que serão produzidos pelo negócio jurídico*. Mais do que preenchido, o suporte fático é configurado para atender a certos fins, criando, modificando ou extinguindo relações ou situações intra-jurídicas. É exatamente o que L. CARIOTA FERRARA entende por “direcionamento da vontade”⁹⁸, porquanto a aptidão dessa em

⁹³ Em semelhante sentido, V. RÁO, que, entretanto, utiliza-se da nomenclatura “ato jurídico” no lugar de “negócio jurídico”, seguindo, portanto, o revogado Código Civil de 1916 (arts. 81 e seguintes). Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 29.

⁹⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 90.

⁹⁵ Posteriormente, a nomenclatura e teoria foram difundidas na Alemanha por G. Heise, F. C. Savigny, B. Windscheid e E. Zitelmann. Cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, v. I, Coimbra, Almedina, 1992, p. 15.

⁹⁶ Como, e.g., nos Códigos Civis vigentes no Japão (1896), Áustria (a partir de reforma legislativa em 1916), Grécia (1940), Rússia (1964), Polônia (1964) e Portugal (1966). Cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...* cit (nota 95 supra), pp. 18-20. No Brasil, tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 empregaram a teoria, sendo que o primeiro a tem, como dito, sob a expressão “ato jurídico”.

⁹⁷ Faça-se referência às relações contratuais de fato, as quais iremos mais adiante discutir, ou à teoria dos atos performativos, que procura deslocar o império da vontade dentro da teoria do negócio jurídico. Para um esboço das problemáticas da vontade e da concepção do ato performativo como elemento caracterizados do negócio jurídico, vide C. FERREIRA DE ALMEIDA. Cf. *Texto e Enunciado...* cit (nota 95 supra), pp. 80-87 e 250-258.

⁹⁸ *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano Editor, 1960, p. 63.

plasmar os efeitos, ou C. GODOY por “vontade qualificada”, uma vez que se tem como particular o escopo de produzir efeito jurídico⁹⁹.

Isso não significa dizer que a vontade se sobrepõe à lei. A regra jurídica faz com que o fato social da declaração da vontade negocial seja lido como negócio jurídico, identicamente como procede com os outros fatos jurídicos¹⁰⁰. A diferença, e aqui retomamos a analogia feita anteriormente, é que o filtro do suporte fático tem uma outra válvula que recolhe a configuração dos efeitos. Desta válvula transparece um quadro bem delineado, no qual os indivíduos podem criar como melhor lhes aprouverem, mas sempre dentro de seus limites¹⁰¹. O que estiver fora do quadro¹⁰² é inválido, ineficaz ou, mesmo, inexistente¹⁰³. Por isso que A. FALZEA indica que, na teoria tradicional do negócio jurídico, há uma vontade em “*doppio senso*”: a vontade do comportamento e a vontade de conteúdo que deva corresponder ao efeito jurídico¹⁰⁴, dentro da área ofertada pelo ordenamento.

De forma menos figurada, mas em semelhante sentido, L. ENNECCERUS, T. KIPP, M. WOLFF e H. NIPPERDEY sintetizam e sustentam que, através das declarações de vontade, o homem constitui suas relações jurídicas nas quais “*el ordenamiento jurídico reconoce como base*”. O negócio jurídico refletiria, para os autores, uma ou mais

⁹⁹ *Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico*, in R. LOTUFO – G. ETTORRE NANNI (coords.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 390.

¹⁰⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 8.

¹⁰¹ A analogia é inspirada na feita por H. KELSEN quando analisa as possibilidades do juiz ao interpretar normas. O aplicador do direito pode bem exercer seu poder criativo dentro da “moldura” (parâmetro) traçada pela lei. Caso vá além disso, estará usurpando função do Poder Legislativo. Cf. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 388. No caso do negócio jurídico, as normas também conferem poder ao indivíduo para criar, mas, obviamente, dentro de certos limites.

¹⁰² A figura abaixo ilustra o processo descrito:

¹⁰³ A lei assim faz para “obviar aos inconvenientes de tão amplo auto-regramento”. Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 59.

¹⁰⁴ *Voci di Teoria Generale del Diritto*, 2ª, Milano, Giuffrè Editore, 1978, p. 392

declarações de vontade que são reconhecidas pelo ordenamento, com a finalidade de produzir efeitos qualificados como queridos¹⁰⁵.

Nesse contexto, quatro tipos de normas exsurgem, conferindo maior consistência à espécie. Quando o extrato da declaração de vontade não preenche totalmente o quadro, o sistema se vale de técnica legislativa referente às regras jurídicas dispositivas, as quais têm como função compor o que ficou faltando (v.g., artigo 493 do Código Civil de 2002). Além dessas, existem regras que são reputadas como interpretativas, e servem para dissipar eventual dúvida contida na própria declaração de vontade (v.g., artigo 423 do Código Civil de 2002). Naquela há, destarte, falta de manifestação; nesta há obscuridade na manifestação¹⁰⁶. Já o terceiro tipo se consubstancia nas normas *conservatórias*, que são imbuídas, como o próprio nome diz, pelo princípio da conservação, e podem, até mesmo, no seu “ápice” de intensidade, converter substancialmente o negócio, alterando-lhe a qualificação categorial¹⁰⁷. Por fim, ainda indicamos a presença de um outro tipo de regra – pouco notada no sistema – que denominamos de *sugestivas*. Essas têm como característica sugerir a adoção de certo efeito¹⁰⁸, como, v.g., o artigo 547 do Código Civil de 2002, em que se “lembra” ao doador a possibilidade da inserção de cláusula de reversão, que terá eficácia caso esse sobreviva ao donatário¹⁰⁹. Além disso, frise-se, alguns princípios contratuais também têm força para completar ou, até mesmo, alterar o panorama do negócio jurídico, como veremos doravante.

¹⁰⁵ *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, tomo I-II, 39ª ed., Barcelona, Bosch, 1935, pp. 52-54. O quadro também é sintetizado por E. BETTI: “(...) diferentemente do que acontece noutros casos, a *fatispécie*, a que a norma refere o efeito jurídico, contém já, ela própria, a *enunciação ou a aplicação de um preceito*, a observar na interferência de diversas esfera de interesses; preceito que a ordem jurídica valoriza segundo o seu soberano critério de apreciação, e traduz em relação jurídica, com as restrições e as modificações que considera oportunas”. Cf. *Teoria generale del negozio giuridico*, 1943, trad. port. de F. Miranda, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, pp. 103-104.

¹⁰⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 10.

¹⁰⁷ Já que, conforme pontua J. DEL NERO, é preferível admitir o “menor grau de correspondência isomórfica e homóloga” de um modelo jurídico menos adequado, porém eficaz, a manter um negócio jurídico que reflita modelo jurídico mais adequado aos anseios do indivíduo, mas que não será apto a produzir efeitos. Cf. *Conversão...* cit (nota 20 supra), p. 47.

¹⁰⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 61.

¹⁰⁹ Reversão em favor do próprio doador, uma vez que o parágrafo único do dispositivo em comento veda expressamente a reversão em favor de terceiro, superando o intenso debate ocorrido na doutrina quando da vigência do Código Civil de 1916. Cf. A. ARRUDA ALVIM, *Da doação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963, pp. 151-153.

Continuando a abordagem, é clássica¹¹⁰ a divisão entre negócio jurídico unilateral e bilateral¹¹¹. Na primeira hipótese, o negócio jurídico é composto por uma declaração de vontade, como no caso do testamento ou do exercício de certos direitos potestativos; ao passo que, na segunda, requisitam-se duas manifestações de vontade (com interesses divergentes), como se evidencia nos contratos¹¹².

Quanto aos negócios jurídicos bilaterais, seremos mais analíticos acerca da sua formação no Capítulo II. Isso porque somos da opinião que o contrato, na realidade, não é mera união de declarações de vontade, e sim, no mais das vezes, de negócios jurídicos unilaterais que refletem duas declarações de vontade.

Em termos puramente contratuais, observa-se que o quadro a ser preenchido determinará o objeto do contrato, sendo que, conforme esta configuração, aplicar-se-á uma gama de normas dos contratos tipicamente estabelecidos na lei. Se não se enquadrar em qualquer tipo definido, o contrato é tido como atípico. Neste caso, é recomendável, como bem lembra A. VILLAÇA AZEVEDO, que as partes detalhem com maior rigor as cláusulas contratuais¹¹³, para que não haja questionamentos na futura produção de efeitos, lembrando que, aqui, a delibação dos princípios deverá ser feita de forma mais acurada, já que a contenção da vontade e a proteção das partes se darão mormente por meio desses.

Dentro da teoria do fato jurídico, também merece análise a classificação que divide os contratos em reais e consensuais. É comum que se diga que, nos contratos reais, além do consenso, é necessária a entrega da coisa para formar o contrato¹¹⁴. Com outros olhos, isso significa que estamos diante de um suporte fático compósito com preenchimento em ordem sucessiva, que, para se formar, reclama mais de um fato: de um lado teremos os dois negócios jurídicos unilaterais (proposta e aceitação)¹¹⁵, e do outro enxergamos um ato-fato, ou seja, a entrega da posse.

Deve-se ressaltar que essa entrega não é simples efeito de negócio jurídico; é elemento integrante da própria existência do negócio (o ato é compósito), de modo que,

¹¹⁰ V. RÃO também recorda outra similar classificação que divide os atos jurídicos (leia-se, negócios jurídicos) em *simples* ou *complexos*. Aqueles compreenderiam os negócios unilaterais e bilaterais; enquanto estes se perfariam nos plurilaterais. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 55.

¹¹¹ Não nos imiscuiremos acerca dos negócios jurídicos plurilaterais neste estudo, ficando, contudo, registrada a sua existência, como, por exemplo, nos contratos de sociedade.

¹¹² SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil – Parte Geral*, v. 1, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 178.

¹¹³ *Teoria Geral...* cit (nota 86 supra), pp. 121-122.

¹¹⁴ ORLANDO GOMES, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 90.

¹¹⁵ Lembrando-se que um fato jurídico pode fazer parte do suporte fático de outro fato jurídico.

caso não ocorra, inexistirá um contrato dito real, talvez apenas restando um pré-contrato. Este quadro é distinto quando a transmissão em si faz parte da efetividade do contrato. Se no comodato há obrigação de restituir a coisa e essa coisa é, de fato, restituída, ocorre a realização da eficácia do contrato. No linguajar ponteano, está-se, no último caso, “*na atmosfera ou plano de eficácia da relação jurídica (...)*”¹¹⁶.

Nesse tocante, podemos, mesmo antes de ter analisado pormenorizadamente os planos da existência, validade e eficácia, tecer os seguintes comentários sobre a transferência de propriedade de bens imóveis. O ato registral do Registro de Imóveis apenas integra a realização da eficácia do negócio da compra e venda¹¹⁷, isto é, a plena efetividade do contrato. É um ato complementar¹¹⁸ do negócio jurídico que atua no plano da eficácia, mas que com esse não se confunde. O contrato é sim eficaz porque cumpriu seu desiderato que era gerar a *obrigação da transferência*, independentemente da efetiva transferência. Transferindo-se, efetivou-se o contrato. Não se transferindo, ocorre ato relativo ilícito, que resultará em reparação e/ou resolução. Aquela, por sua vez, também será uma forma de efetivação do contrato, apesar de não refletir a *melhor* efetivação¹¹⁹.

¹¹⁶ *Tratado...* cit (nota 34 supra), pp. 16-18.

¹¹⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 21.

¹¹⁸ Ato complementar esse que, diga-se, possui suporte fático próprio, com a consequência de produzir efeitos *erga omnes*.

¹¹⁹ Mais uma vez, auxiliando na visualização, o quadro abaixo que demonstra a efetivação do contrato de compra e venda pela transferência da propriedade:

Quadro 2

Na análise do negócio jurídico, também não podemos deixar de mencionar a polêmica discussão travada na doutrina que, em síntese, consiste em estabelecer se as consequências ocasionadas pelo negócio jurídico são devidas ao caráter normativo desse ou se a própria vontade tem aptidão para produzir efeitos jurídicos.

A corrente objetiva, liderada por E. BETTI, propaga que a declaração não revela o estado de espírito interno (vontade), tendo, antes, uma essência eminentemente preceptiva/dispositiva, vale dizer, não-psicológica¹²⁰. O elemento volitivo, para os defensores dessa teoria, é totalmente normatizado, transmutando-se em um comando concreto¹²¹. H. KELSEN chega até mesmo a dizer que o negócio jurídico é um *fato produtor de norma*¹²².

Já a corrente voluntarista sustenta que é a própria vontade (ou a declaração da vontade) a produtora dos efeitos jurídicos. É a teoria mais difundida e arraigada no direito brasileiro, normalmente refletida na conceituação do negócio jurídico feita pelos nossos doutrinadores¹²³.

Da nossa parte, cremos que as linhas iniciais deste capítulo sobre fato jurídico já bastariam para responder a questão. Isso porque, como visto, o que produz efeito não é a vontade, nem a hipotética criação de norma. A geração de consequências jurídicas se deve à conjunção entre fato e norma. No caso específico do negócio jurídico, além dessa noção, a lei ainda confere ao fato o regramento do efeito, o que não significa, em absoluto, dizer que o efeito é produzido pela vontade¹²⁴; como reiterado diversas vezes, é somente o negócio jurídico globalmente considerado que tem o condão de produzir efeitos. A teoria voluntarista peca, portanto, por sua pureza na consideração da vontade¹²⁵. No seu turno, a

¹²⁰ *Teoria Geral...* cit (nota 105 supra), p. 110. Com base em Sconamiglio, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, lista outros seguidores dessa teoria, como Bullow, Henle e Larenz. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 11.

¹²¹ L. FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 56.

¹²² *Teoria Pura...* cit (nota 101 supra), p. 284.

¹²³ Como exemplo do que fora dito, transcreve-se a conceituação de S. VENOSA: “[negócio jurídico] consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico (...)”. Cf. *Direito Civil – Parte Geral*, v. I, 9ª ed., São Paulo Atlas, 2009, p. 324.

¹²⁴ Nesse sentido, L. CARIOTA FERRARA: “*A nostro avviso, il problema va superato, più che risolto, nel senso che è la legge che dota di efficacia la volontà dell'uomo. Per questo non può dirsi che è la volontà a produrre gli effetti giuridici, né che la forza generatrice è dell'ordinamento, sibbene è da dire che è la legge che autorizza l'autonomia privata rendendo possibile che il negozio produca da sé gli effetti giuridici, munendolo di efficacia*”. Cf. *Il Negoziio...* cit (nota 98 supra), pp. 60-61.

¹²⁵ Além disso, nem toda manifestação de vontade é apta a compor o negócio jurídico. Como explica F. C. PONTES DE MIRANDA, é somente aquela inserta dentro dos limites considerados pela lei: “O branco, que a lei deixa, é interior ao negócio jurídico, de modo que é a lei mesma que estatui: ‘O que, no branco, deixado à autonomia da vontade, fôr querido tem eficácia’”. Onde essa regra jurídica explícita ou implicitamente não existe, a vontade não tem efeitos. A vontade só tem efeitos porque é elemento de suporte fático que se torna

teoria objetiva é desmedida, pois, ao enxergar o negócio jurídico como norma particular, simboliza um fetichismo normativo injustificável¹²⁶, que desmerece, sobremaneira, o substrato fático, devendo ser refutada.

Para completar o estudo da matéria, é ainda necessário reservar algumas linhas acerca da particular visão de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO sobre o negócio jurídico, que, advirta-se, não pode ser jungida à visão tradicional sem a feitura de ressalvas.

Para o autor, ter-se-á negócio jurídico toda vez que a declaração de vontade for vista socialmente como algo destinado à produção de efeitos jurídicos¹²⁷. Assim, o que determinará a condição de negócio jurídico serão justamente as *circunstâncias negociais* envoltas ao ato, donde se conclui que o negócio não se caracteriza pela intenção dos agentes de querer um ato negocial em que possam plasmar efeitos; e sim pelo que a sociedade julga como ato negocial tendente à geração de consequências jurídicas¹²⁸.

Nesse pesar, merece transcrição a frase que melhor expressa sua opinião: “O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente”¹²⁹.

A ideia esposada é tão firme que A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO passa a diferenciar a manifestação de vontade e a declaração de vontade nesse mister. O contrato seria composto apenas de uma declaração de vontade, visto que nela há a unificação de duas manifestações de vontade através da dita *visão social*¹³⁰.

É, destarte, um *modelo cultural de atitude* que vem a determinar a caracterização ou não do negócio jurídico. A configuração dos efeitos seria, no seu sentir, algo usual, mas que nem sempre se observa¹³¹.

Não iremos tomar a tese de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO como parâmetro, neste estudo. Apesar de reconhecermos sua engenhosidade, não nos parece seguro romper com a

fato jurídico e é esse que irradia eficácia. Fala-se de efeito *da vontade* por abreviação. O que há é efeito do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*, ou do ato ilícito, em cujo suporte fático está a vontade”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 46.

¹²⁶ Também refutando a ideia de que não há constituição de norma, o magistério de V. RÁO, que assim declara: “Com maior precisão e segundo o nosso ponto de vista: os atos jurídico [negócios jurídicos] possuem caráter preceptivo, mas, seus preceitos não constituem *normas jurídicas*, são de natureza privada, vigoram apenas entre os interessados e sofrem as determinações e limitações impostas pelo ordenamento jurídico, que lhes confere eficácia e os protege”. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 48.

¹²⁷ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 16.

¹²⁸ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 19.

¹²⁹ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 21.

¹³⁰ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 18.

¹³¹ *Negócio...* cit (nota 22 supra), pp. 122 e 134-135.

teoria tradicional. Três são as razões para tanto. A primeira consiste no fato de nós não conseguirmos apartar do núcleo do suporte fático todo e qualquer “mínimo” de vontade como faz o mestre (isso ficará mais claro quando abordarmos especificamente o plano da existência no Capítulo III)¹³². Já a segunda razão se fundamenta em fins práticos relacionados à sociedade brasileira. Tendo em vista a pluralidade cultural e mesmo de instrução de nosso povo, não se afigura conveniente fixar o negócio jurídico com base em um “modelo cultural de atitude”, já que é labiríntico vislumbrar um único modelo. Em outras palavras, o que é negócio jurídico aqui poderia não ser acolá, gerando dificuldades de compreensão e estabelecimento do negócio¹³³. Por fim, em sua teoria, a distinção entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico é de difícil apreensão.

Sobre esta última razão, estender-nos-emos um pouco, exemplificando. A partir da lição do autor, a interpelação – notadamente um ato jurídico *stricto sensu* na visão tradicional¹³⁴ – ganharia contornos diversos, passando a ser um negócio jurídico, já que é vista socialmente como um meio pelo qual o indivíduo busca certos efeitos. O instituto do pagamento também se revestiria desta natureza.

Nestes termos, se o meio social assim a vê, a manifestação é considerada negocial (negócio jurídico); caso contrário, ela seria tida como não-negocial (ato jurídico *stricto sensu*). Para nós, a diferenciação das espécies não pode se dar na “negociabilidade” ou não, seja ela aferida diretamente do indivíduo, seja ela apreciada sob o ângulo da sociedade. Isso porque o que diferencia as espécies é se o suporte fático descrito pela norma considera ou não essa negociabilidade. Quando a norma permite ao indivíduo a configuração de efeitos, tem-se um negócio, e, portanto, a declaração *negocial* é elemento do suporte fático. Na hipótese da interpelação, a declaração do indivíduo será, sim, no

¹³² Assevera F. C. PONTES DE MIRANDA: “Não são as circunstâncias, em si, que pré-excluem o negócio jurídico; é a vontade mesma”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 42.

¹³³ O próprio autor, ao angariar argumentos à sua tese, sustenta que o ordenamento confere disciplina apartada aos índios justamente pelo fato de que o seu “modelo cultural de atitude” não está inserido nos padrões de nossa sociedade. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 123. Entendemos que, se o sistema adotasse, de fato, esta tendência, outras situações deveriam ser reguladas de forma especial, merecendo as normas destinadas ao negócio jurídico ampla reforma. A questão dos índios, a nosso ver, está mais ligada ao discernimento de cada silvícola pontualmente considerado, e não da visão de toda uma comunidade. Esta leitura se deve à própria dicção do art. 8º da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio): “Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos”. Note-se que o parágrafo único excetua a regra protetiva caso o índio (individualmente considerado) tenha consciência e conhecimento do ato, e não que dada sociedade indígena tenha esta percepção.

¹³⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 33.

mundo dos fatos, negocial (intencionada a produzir efeitos), mas o filtro do suporte fático apenas recolhe a vontade sem essa qualificação¹³⁵.

Como já salientado anteriormente, também não vemos no negócio jurídico bilateral duas manifestações de vontade que reunidas se unificam formando uma declaração negocial, porquanto entendemos que há, no contrato, vinculação (e não unificação) de dois negócios jurídicos unilaterais.

Por estes motivos, seguiremos a doutrina tradicional, como a de F. SANTORO-PASSARELLI, que não enxerga a possibilidade de escolha de efeitos nos atos jurídicos *stricto sensu*, como ocorre nos negócios jurídicos¹³⁶, residindo aí a distinção das espécies. Isso não inviabiliza, de modo algum, a utilização da tese de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, a qual teve o mérito de desvendar, e muito, os meandros do negócio jurídico. Porém, sempre serão necessárias ressalvas para que não haja uma mistura imprópria com a teoria tradicional.

Assim, após termos delineado o que entendemos por negócio jurídico, passemos agora à figura do ato jurídico *stricto sensu*.

I.2.3 Ato jurídico *stricto sensu*

Na análise do ato jurídico *stricto sensu*, pode-se utilizar, como ponto de partida, as linhas acima tecidas. Quando estamos tratando desta espécie, a declaração ou manifestação de vontade independe de ter ou não a característica de *negocial* no mundo dos fatos. A sua real distinção se dará de acordo com um suporte fático cuja descrição apenas considera a declaração ou manifestação (não constando, portanto, a qualificação *negocial*). Conclui-se daí ser irrelevante, para essa *fattispecie*, que o agente tenha almejado os efeitos que serão produzidos¹³⁷.

¹³⁵ Nos dizeres de F. C. PONTES DE MIRANDA: “O que pensa o interpelante não importa; nem o que ele declara: o que importa é a manifestação do credor ao devedor, a respeito da pretensão daquele e obrigação dêsse”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 33.

¹³⁶ Nas suas palavras: “*In realtà, col negozio, il privato, in forza del suo potere di autonomia, può foggare la fattispecie (negoziale), in relazione all'interesse che esso stesso si propone di realizzare; rispetto all'atto in senso stretto, il privato ha, invece, solo una mera possibilità di scelta non di un certo effetto, ma dei vari mezzi offerti dall'ordinamento. L'intenzione, qui, precede l'atto e si realizza nella scelta del mezzo, senza entrare, come accade per il negozio, nella struttura dell'atto medesimo; perciò l'elemento di volontà, che pure rileva nell'atto, è appunto solo volontà dell'atto*”. Cf. XV. – *Atto Giuridico...* cit (nota 60 supra), p. 207.

¹³⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 83.

Não sendo a parte negocial considerada pelo filtro do suporte fático, aquela válvula de configuração de efeitos não se abre, de modo que a lei configura previamente toda a eficácia. Em outras palavras, não é possível *negociar* os efeitos com o ordenamento, já que o pacote de configuração é determinado exclusivamente por esse¹³⁸.

Como bem salienta F. C. PONTES DE MIRANDA, a manifestação da vontade revela uma “*relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido*”¹³⁹, com o que concordamos integralmente. No ato jurídico *stricto sensu*, a cada declaração já há uma consequência aferível; não se permite a escolha dessa. Guardadas as devidas proporções, *causa* e *efeito* ganham contornos quase naturalísticos, se abstrairmos e pensarmos em um “mundo jurídico”, uma vez que é possível antever os exatos efeitos antes mesmo da ocorrência do fato.

Não são diferentes os ensinamentos de V. RÁO, que, mesmo reconhecendo a nomenclatura da doutrina alemã dos atos jurídicos *stricto sensu*¹⁴⁰, prefere os chamar de “*manifestações de vontade consideradas como pressupostos de efeitos assinados e ordenados rigidamente por lei*”. O nome é extenso, mas autoexplicativo, indicando, com clareza, que os efeitos não são dispostos por quem se manifestou, sendo sua eleição precedida pela lei. O fato humano é voluntário e consciente, mas a vontade se liga apenas estruturalmente ao fato, não tendo o papel preceptivo ínsito ao negócio jurídico¹⁴¹.

Neste contexto dos atos jurídicos *stricto sensu*, observa-se que o suporte fático nem sempre encerra uma declaração ou manifestação de vontade propriamente em si.

¹³⁸ Nestes termos, pode-se desenhar o seguinte quadro:

¹³⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 466.

¹⁴⁰ *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 35.

¹⁴¹ *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 23.

Desta feita, procederemos a uma classificação em relação aos elementos que podem ser encontrados no suporte fático desta espécie, o que, em última análise, facilitará a apreciação proposta neste tópico.

O primeiro grupo de elementos se consubstancia nas *reclamações* ou *provocações*. Essas nada mais são que um ato de um indivíduo direcionado a outro, exigindo-se algo¹⁴². Se o ato for do credor ao devedor, tem-se a figura da *interpelação*; caso for o contrário, denomina-se o fenômeno de *oblação*¹⁴³, sendo um de seus efeitos possíveis a constituição da mora. Percebe-se que tais atos sempre serão auxiliares de outros atos, não tendo razão de existir autonomamente, porquanto se reclama ou provoca em face da existência de uma relação intra-jurídica¹⁴⁴.

O segundo grupo é constituído pelas *comunicações de vontade*, que, diferentemente do bloco anterior, não são atos em que se espera algo da outra parte. Comunica-se uma vontade e esta propulsionará a geração de efeitos. Se o devedor tem que transmitir a posse de um imóvel ao credor até certo dia, pode, mesmo antes do prazo,

¹⁴² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 451.

¹⁴³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 796-889*, t. XII, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 343.

¹⁴⁴ Como bem se reproduz no quadro abaixo, adotando-se como parâmetro a interpelação em um contrato de comodato sem prazo para restituição:

Quadro 4

Escolhemos um contrato sem prazo determinado para ressaltar a constituição da mora no plano da eficácia, não atuando, portanto, a máxima *dies interpellat pro homine* (art. 397 do Código Civil de 2002).

comunicá-lo informando que a coisa já está disponível¹⁴⁵. Da mesma forma, são desse grupo: a comunicação da cessão de crédito ao devedor (artigo 290 do Código Civil de 2002)¹⁴⁶; a oposição do devedor em relação ao adimplemento de obrigação por terceiro não interessado que o faz em nome e à conta do devedor (artigo 304, parágrafo único, do Código Civil de 2002); a *exceptio non adimpleti contractus* (artigo 476 do Código Civil de 2002) etc. Tais comunicações normalmente se dão através do que se denomina de *notificação*¹⁴⁷.

Já o terceiro grupo é bastante diferente dos demais em razão de não permear propriamente o elemento vontade, envolvendo, porém, *cognição*, o que justifica, de certo modo, sua inclusão na espécie dos atos jurídicos *stricto sensu*. São as *exteriorizações (manifestações) de conhecimento*¹⁴⁸. Aqui não se manifesta vontade; manifesta-se um estado de conhecimento. Por exemplo, não é necessário que um indivíduo manifeste a vontade de reconhecer um filho, bastando que esse expresse o conhecimento de ser pai da criança, para que o suporte fático se preencha e os efeitos da filiação sejam gerados. Do mesmo modo, o reconhecimento do direito do credor pelo devedor, através de ato inequívoco, é expressão de conhecimento que tem como efeito a interrupção da prescrição (artigo 202, inciso VI, do Código Civil de 2002), isto é, o suporte fático não é preenchido por comunicação de vontade voltada à interrupção da prescrição, sendo suficiente a exteriorização de conhecimento do débito¹⁴⁹. É conveniente ressaltar que, no mesmo grupo, constam, outrossim, as exteriorizações de sentimento, tendo como ator principal o instituto do perdão. Relativamente “famoso” na vigência do Código Civil de 1916, quando o adultério podia ser perdoado, para deixar de ser motivo do desquite (artigo 319, inciso II), havendo, até mesmo, presunção de perdão em caso de coabitação posterior ao conhecimento do adultério (parágrafo único do referido dispositivo), o instituto sobrevive no Código Civil de 2002, em remotíssimas hipóteses. A primeira ocorre quando o doador, antes de falecer em decorrência de crime perpetrado pelo donatário, exprime o sentimento de perdão para com esse, não podendo os herdeiros daquele propor ação que revogue a doação (artigo 561, *in fine*, do Código Civil de 2002). Já a segunda se perfaz na

¹⁴⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 453.

¹⁴⁶ A declaração é receptícia, pois a cessão somente terá eficácia perante o devedor quando este for cientificado.

¹⁴⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários...* cit (nota 143 supra), p. 341.

¹⁴⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 454-455.

¹⁴⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 487.

reabilitação do indigno para fins sucessórios (artigo 1.818 do Código Civil de 2002). Por fim, é importante que se esclareça que remissão não é perdão, pois este pressupõe ofensa¹⁵⁰.

Há ainda de se registrar a existência de uma outra classe referida por M. MELLO: a dos atos jurídicos *stricto sensu* compósitos¹⁵¹, chamada por F. C. PONTES DE MIRANDA de *manifestações de vontade não-autônomas*¹⁵². Um dos exemplos ofertados é a constituição de domicílio, a qual conjugaria uma manifestação de vontade de se estabelecer em um local, com ânimo definitivo, somado ao próprio fato de estabelecer nele, donde se retira que a manifestação de vontade não basta por si só, para preencher o suporte fático, necessitando vir acompanhada de outro fato¹⁵³.

A nosso ver, a inserção dessa classe não parece apropriada. Primeiro, porque o fato compósito pode ser uma mistura de diversas espécies de fatos jurídicos, não sendo metodologicamente recomendável alocá-lo como grupo de ato jurídico *stricto sensu*. Segundo, por um outro motivo que ainda nos afigura mais convincente. Na fixação de domicílio, não há, como propugnado, dois fatos: manifestação de vontade de se estabelecer no local, com ânimo definitivo, mais o fato de se estabelecer nele. Há, na verdade, apenas um fato, qual seja, uma manifestação de vontade tácita que justamente se retira de atos de estabelecimento. Em suma, um conjunto de fatores que permita a dedução de que o sujeito esteja se fixando ali para fazer do lugar sua residência habitual. Dessa forma, não bastaria, para configurar o domicílio, que a pessoa meramente estivesse no local e emitisse por escrito uma declaração de vontade no sentido de que está se estabelecendo em certo espaço perenemente. Do mesmo modo, o domicílio não estaria descaracterizado caso houvesse uma declaração escrita dizendo que esse não está sendo fixado, quando do ato do estabelecimento se deduz o contrário. Em suma, entendemos nós que, no plano da existência, reside uma específica forma, isto é, uma manifestação tácita de vontade que se apura única e exclusivamente através do ato de estabelecimento inequívoco no local; inexistindo, destarte, ato compósito. Raro caso em que uma especial e detalhada forma se situa no plano da existência.

Nesse ponto, é ainda conveniente fazer outra observação. Semelhante ao fato compósito, mas sutilmente distinto, são os atos mistos. Podem, v.g., os atos jurídicos

¹⁵⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 495.

¹⁵¹ *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 167.

¹⁵² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 451-452.

¹⁵³ M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 164.

stricto sensu vir acompanhados de um negócio jurídico, sendo, inclusive, algo mais comum do que se possa supor à primeira vista. A título de ilustração, após o término do contrato de locação residencial (escrito e igual ou superior a trinta meses), é permitido ao locador interpelar o locatário para que este desocupe o imóvel (ato jurídico *stricto sensu*), e, ao mesmo tempo, declarar que oferece certo prazo para tanto. Esta concessão de prazo tem, sim, a natureza de negócio jurídico. Da união entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico, surge um *ato misto*¹⁵⁴.

Em que residiria, então, a diferença entre os fatos compósitos e os atos mistos? Neste, há dois suportes fáticos que se ligam, mas independem um do outro para existir. Naquele, o suporte fático é uno e só é preenchido com a presença de todos os elementos. Como no parágrafo acima descrevemos uma hipótese de ato misto, ofertemos, com fins elucidativos, um exemplo de fato compósito: a criação do direito real de hipoteca. Fora dos casos de hipoteca legal, o suporte fático da constituição de tal direito somente se preencherá com a união entre um negócio jurídico (muitas vezes denominado de “pacto adjeto de hipoteca”) e o ato jurídico *stricto sensu* registral.

I.2.4 Ato-fato jurídico

Para completar as espécies de atos humanos, resta-nos transcorrer acerca dos atos-fatos jurídicos. Diferentemente do que ocorre nos atos jurídicos *lato sensu*, a vontade não possui qualquer função no deslinde jurídico do ato, sendo totalmente desprezada pelo suporte fático descrito na norma. Isso significa dizer, como bem nota L. CARIOTA FERRARA, que o ato humano, mesmo que factualmente imerso em vontade, é apreendido na sua pureza avolitiva¹⁵⁵, ganhando qualificação jurídica a partir deste foco¹⁵⁶.

O ato é visto, portanto, no seu determinismo naturalístico, isto é, como mero resultado fático, o que o aproxima de um fato *stricto sensu* (em contraposição ao fato *lato sensu*, que abarcaria, também, os atos volitivos). Assim, nesta abordagem de ato humano

¹⁵⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. 85.

¹⁵⁵ São suas as palavras: “*Il punto di differenziazione è specialmente questo: la volontà. Anche per gli atti giuridici, che sono o possono essere, in sé considerati, attuazione di un volere (così il costruire), dal volere si prescinde del tutto, l’atto si considera in sé. Essi sono detti, in generale, in astratto, volontari solo perché umani, ma non perché in questo o in quell’atto concreto si richiede una volontà*”. Cf. *Il Negozio...* cit (nota 98 supra), pp. 44-45.

¹⁵⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 14 supra), pp. 82-83.

de simples *movimento* (ação), tem-se o ato-fato¹⁵⁷, também referido pela doutrina como ato real, material ou meramente externo¹⁵⁸.

A ressalva mais importante neste contexto é a de que todo agir reflete uma opção, o que, a princípio, pode parecer paradoxal, porquanto afirmamos o desprezo da vontade pelo suporte fático. Mas não o é. Todo ato tem um movimento próprio em que se pode enxergar um objetivo. O ato de um absolutamente incapaz indica uma opção feita por esse, malgrado haver ou não consciência. Nisso, o ato se distingue do fato *stricto sensu*, que não contém opção; contém apenas *alcance* (v.g., o terremoto que destrói a cidade, o vaso que cai da janela devido ao vento etc)¹⁵⁹. Se não fosse a convenção de que o ato em tela tem que ser engendrado por uma pessoa (isto é, alguém suscetível de ter direitos e contrair deveres), até mesmo animais poderiam praticar atos-fatos jurídicos.

Em um jogo de palavras, pode-se dizer que o *objetivo* aqui referido é objetivo e não subjetivo. E isso se descobre pela ação descrita na norma. Se o verbo reclama inerentemente uma consciência, a opção é subjetiva, fazendo com que a ação seja declaração tácita de vontade; caso contrário, isto é, sendo a opção objetiva, a ação está diretamente no suporte fático, não se cogitando o elemento da vontade. Os atos-fatos jurídicos estão alocados neste segundo caso.

¹⁵⁷ Ilustramo-nos da seguinte forma:

¹⁵⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, XV. – *Atto Giuridico*... cit (nota 60 supra), pp. 212-213.

¹⁵⁹ Neste sentido, esclarecedoras são as palavras de F. C. PONTES DE MIRANDA: “Não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa a fato da vida e do mundo (definição de vontade consciente); satisfaz-se o direito com a determinação exterior. *Actus* vem de *ago*, *agere*. Há movimento próprio, com *objetivo*, ou mesmo *fim*; não há só o *alcance*, que é o da pedra que rola e bate na muralha, ou da fruta, que cai. Agir com o dedo indicador deu *indago*, indagação. Agir, indeciso, deu *ambiguus*, ambiguidade. Porque já há opção no agir, e bastou o prefixo para a confundir. Tanto é implícita a opção no agir, que *at*, ‘mas’, no latim, e *ak*, ‘mas’, no gótico, no anglo-saxônico e no velho saxônico, têm o mesmo étimo”. Cf. *Tratado*... cit (nota 39 supra), p. 373.

Ademais, pela simples lógica, é desnecessário afirmar que os efeitos produzidos pelo ato-fato jurídico, assim como nos atos jurídicos *stricto sensu*, são estabelecidos pela lei. Se o mecanismo já é ativado sem a aferição da vontade, não se abre, com maior razão, qualquer válvula de configuração de efeitos ao indivíduo, sendo esses exclusivamente determinados pelo ordenamento.

Munidos destes subsídios, analisemos, agora, alguns exemplos de atos-fatos jurídicos que merecem nota.

Os primeiros que devem ser pontuados são certamente algumas ações que envolvem a posse, um dos principais institutos no tocante ao ato-fato jurídico. Isso porque a tomada, a tradição e o abandono da posse são desta espécie por não se perquirir, no suporte fático, a vontade, bastando a *ação* de tomar, entregar ou se desfazer da posse. Em suma, um movimento meramente optativo do agente, que pode, inclusive, ser uma criança¹⁶⁰.

Prosseguindo, a especificação, forma de aquisição de propriedade móvel, é ato-fato jurídico¹⁶¹. E a relevância de elencá-la como tal se justifica na interessante contraposição à confusão, comistão e adjunção, que são fatos jurídicos *stricto sensu*. A diferenciação, como não poderia deixar de ser, situa-se no suporte fático descrito pela norma. O artigo 1.269¹⁶² do Código Civil de 2002 é claro ao prever ações ligadas a um sujeito humano (“aquele que trabalhar e obtiver”), o que não ocorre na descrição do suporte fático contido no artigo 1.272¹⁶³ do mesmo diploma, onde o sujeito é uma coisa (“coisas confundidas, misturadas ou adjuntadas”). Neste, a ação humana é abstraída; naquele, ela é perfeitamente descrita, apesar de avolitiva.

Outros dois atos-fatos bastante comuns são a prescrição e decadência, também denominadas atos-fatos jurídicos caducificantes¹⁶⁴. Aqui a ação deve ser entendida como omissão, de forma que há patente ausência de movimento, não importando que essa seja intencional ou não – o suporte fático despreza esse item. Tais institutos são sempre complementares a um outro fato jurídico, vale dizer, sua eficácia atinge diretamente uma relação jurídica preexistente. Sendo caso de prescrição, o efeito do ato-fato jurídico será o

¹⁶⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 376-378.

¹⁶¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 39 supra), pp. 379-380.

¹⁶² Art. 1.269. *Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.*

¹⁶³ Art. 1.272. *As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração.*

¹⁶⁴ M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 140.

de paralisar a pretensão que o credor tem contra o devedor (oriunda de obrigação de dar, fazer ou não-fazer); sendo decadência, o efeito será o de extinguir direito potestativo¹⁶⁵.

¹⁶⁵ J. F. SIMÃO, *Tempo e Direito Civil – Prescrição e Decadência*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil, 2011, pp. 252-253.

II CONSIDERAÇÕES SOBRE PROPOSTA E ACEITAÇÃO

O capítulo que se abre certamente é um dos mais relevantes de nosso estudo. Será aqui que pretendemos contribuir com a análise do contrato, conforme os ditames da teoria do fato jurídico traçados no Capítulo I.

A intenção fulcral se baseia em analisar acuradamente as figuras da proposta e aceitação, que, sem dúvida, são as partes essenciais formadoras do contrato. Sem proposta e aceitação, não há contrato¹⁶⁶. Isso nos leva a dizer que, em termos de exata compreensão do fenômeno contratual, é importante que se atenha à formação do que fora pactuado, evitando-se olhar o contrato já na sua forma acabada. Nessa toada, procura-se enxergar, com maior clareza, a contextualização e as vicissitudes em que a relação negocial se estabelece, para aí sim termos resultados analíticos significativos.

Assim, seguindo uma ordem lógica, teceremos alguns fundamentos básicos, para, depois, verificarmos como os institutos se apresentam nos diferentes “grupos de contrato”, tendo, como um dos nortes, o afamado princípio da autonomia privada. Ao final, aplicaremos as reflexões desenvolvidas no Capítulo I, com o objetivo de delinear a natureza jurídica dos contratos nos seus diversos ângulos.

II.1 Princípio da autonomia privada e os “grupos contratuais”

Apesar de ainda não ser o momento de se versar sobre a incidência dos princípios, não é leviano fixar, de antemão, que o princípio da autonomia privada é, sim, um dos protagonistas do trato contratual, independentemente de suas limitações, sejam elas “clássicas” ou “modernas”. Inclusive, espera-se que assim seja, até porque, como vimos, o ponto fundamental do negócio jurídico – e que o distingue dos demais – é justamente o fato de que os efeitos a serem produzidos são configurados pela vontade, donde advém, portanto, a liberdade contratual.

Nesse pesar, antes de adentrarmos nos “grupos contratuais”, dediquemos algumas ponderações sobre o referido princípio, enfrentando questões polêmicas e delimitando o seu conteúdo.

¹⁶⁶ Em razão disso, indicativo é o posicionamento de J. ANTUNES VARELA, que, no próprio conceito de contrato, já menciona oferta e aceitação: “Diz-se *contrato* o *acordo vinculativo*, assente sobre duas ou mais *declarações de vontade* (*oferta* ou *proposta*, de um lado; *aceitação*, do outro), *contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si*, que visam estabelecer uma *composição unitária de interesses*”. Cf. *Das Obrigações em Geral*, v. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 212.

II.1.1 Autonomia privada ou autonomia da vontade? O preenchimento do conteúdo do princípio

Inauguremos o tópico com uma simbólica problemática que consiste em verificar qual é a melhor denominação a ser dada ao princípio em tela. Grosso modo, tentaremos responder se a expressão “*autonomia privada*” é preferível à “*autonomia da vontade*”.

De início, há uma evidente tendência doutrinária no sentido de louvar a nomenclatura “*autonomia privada*”. Isso se dá porque os autores veem na *autonomia da vontade* uma forte reminiscência do “*individualismo filosófico*” e do “*liberalismo econômico*”¹⁶⁷ – primados que surgiram em fins do século XVIII e triunfaram no século XIX – em que o papel da vontade, instrumentalizado pelo contrato, era praticamente absoluto.

Difundida por E. GOUNOT¹⁶⁸, a terminologia empregada buscava justamente descrever a força da vontade como lei, no intuito de conferir poder à emergente classe burguesa em tempos de revolução francesa¹⁶⁹. O art. 1.134 do Código napoleônico bem evidenciava o panorama (“*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”), o que certamente incitou o referido escritor a proclamar: “*Notre volonté d’hier sans cesse commande à notre volonté d’aujourd’hui, et devient pour elle une véritable loi*”¹⁷⁰. É inconsteste, portanto, que o momento histórico influenciava decisivamente no cotejo do dispositivo, como se extrai de G. RIPERT: “*A qui se souvient du culte de la loi pendant la période révolutionnaire, la formule paraît singulièrement*

¹⁶⁷ T. NEGREIROS, *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 24.

¹⁶⁸ Não obstante ter instituído a nomenclatura segundo F. NORONHA, E. GOUNOT buscou, na realidade, criticar o individualismo que a refletia, como bem se pode notar no próprio título da obra “*Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l’étude critique de l’individualisme*”. Cf. *Princípios...* cit (nota 54 supra), pp. 88-89. Entretanto, é de se questionar a real autoria da expressão. Isso porque o próprio E. GOUNOT declara que essa já vinha sendo adotada pela literatura jurídica francesa: “*C’est cette efficacité juridique propre du vouloir individuel que l’on désigne sous le nom d’autonomie de la volonté. Cette expression qui, depuis vingt ans, pénètre de plus en plus dans la littérature juridique française, n’est peut-être pas à l’abri de toute critique. Nous nous en servirons cependant, car elle exprime, savoir le rôle de la volonté comme organe créateur du droit*”. Cf. *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l’étude critique de l’individualisme*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 3.

¹⁶⁹ A partir de J. Rousseau, tem-se, inclusive, uma mudança na abordagem do *Contrato Social*, onde todos os cidadãos deveriam atuar (e não apenas os aristocratas da nobreza), formando um corpo social mais igual e justo, uma vez que, dessa forma, a liberdade do homem seria limitada por ele mesmo (vontade geral se formaria pelas vontades individuais de todos). Cf. W. BUCKINGHAM *et al.*, *The philosophy book*, trad. port. de R. Ziegelmaier, *O Livro da Filosofia – As Grandes Ideias de Todos os Tempos*, São Paulo, Editora Globo, 2011, pp. 158-159.

¹⁷⁰ *Le principe de l’autonomie...* cit (note 168 supra), p. 2.

forte”¹⁷¹.

Disso, a doutrina comumente retira um outro princípio, qual seja, o da força obrigatória dos contratos, simbolizado na máxima canônica e jusnaturalista do “*pacta sunt servanda*”¹⁷²: o que se convencionou validamente necessita ser observado, devendo a avença ser, inclusive, respeitada pelo Estado, sem intromissão.

Neste ponto, concordamos, em particular, com a leitura empreendida por F. NORONHA, que vê o princípio da obrigatoriedade¹⁷³ englobado no princípio da autonomia da vontade. O autor parte do pressuposto que a intangibilidade seria consequência lógica da determinação do conteúdo contratual. As cláusulas erigidas no objeto do contrato serão, em regra, intangíveis no momento seguinte¹⁷⁴. Sua ilação é perfeita. Acrescentamos nós que a escolha das disposições se situa no plano da existência ao passo que a obrigatoriedade do que fora disposto se encontra no plano da eficácia¹⁷⁵. A partir do momento que a cláusula existe e é válida, tem-se sua consequente obrigatoriedade, de sorte que toda a análise pode ser feita em nome da autonomia da vontade, não sendo necessário criar um outro princípio estanque, até porque a autonomia da vontade seria inócua caso o avençado não fosse naturalmente obrigatório. Tanto é que o Código Civil de 2002 sequer faz remissão ao princípio, diferentemente do que se observa em relação à autonomia da vontade, simbolizada na “*liberdade de contratar*” expressa no artigo 421.

Feita a observação, é oportuno pontuarmos que esta concepção quase normativa do contrato é demasiadamente exagerada, tendo mais força histórica do que técnico-jurídica. Tal qual a lei, o contrato cria, modifica e extingue relações jurídicas, com ditames, sobretudo, coercitivos. Porém, é errôneo operar uma aproximação mais acentuada entre ambos, pois, se assim fizermos, estaríamos definindo os institutos pelos seus efeitos, o que, pela lógica, não deve ser aceito. Lei e contrato são fontes do direito que produzem efeitos mais ou menos semelhantes¹⁷⁶.

¹⁷¹ *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935, p. 39.

¹⁷² C. ZANETTI, *Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação*, São Paulo, Método, 2008, pp. 54 e 56.

¹⁷³ Também chamado por ele de princípio da “vinculatividade” ou intangibilidade do contrato. Cf. *Princípios...* cit (nota 54 supra), p. 56.

¹⁷⁴ *Princípios...* cit (nota 54 supra), pp. 57-59.

¹⁷⁵ A abordagem principiológica nos planos ponteanos será melhor aferida no Capítulo III.

¹⁷⁶ Para um escorço de similitudes e diferenças entre disposição contratual e lei, vide L. JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français – Théorie Générale des Obligations – Les Principaux Contrats du Droit Civil – Les Suretés*, v. II, 2ª ed., Paris, Recueil Sirey, 1933, pp. 131-132.

Já a expressão *autonomia privada* refletiria uma melhor apreciação da vontade em consonância a fatores sociais tão caros atualmente, o que, em última análise, importaria uma relativização de seu poderio, sem que esse fosse, de todo modo, suprimido¹⁷⁷. Some-se a isso também o notório fato de que, desde as ideias do capitalismo do bem-estar social de J. Keynes – e não se imiscuindo em questões socialistas (por nunca ter sido realidade que tenha convivido com nosso direito) – há uma tendência em se aceitar a intervenção estatal na economia, restringindo, em certo grau, a liberdade dos agentes. Em outras palavras, o homem ainda dita os rumos do negócio, mas de uma forma menos “impactante” que outrora.

De tudo o que fora dito, conclui-se que a alteração da nomenclatura¹⁷⁸ tem cunho essencialmente simbólico¹⁷⁹. A vontade continua a exercer semelhante função que anteriormente (regulamentação dos efeitos), experimentando, por outro lado, novas limitações e conjunturas. Em termos de negócio jurídico, a diferença é que o quadro configurador tem menor área, podendo ser associado ou sofrer alguma alteração em razão da incidência de princípios. De resto, é importante que se diga que nunca foi a vontade ilimitada¹⁸⁰ (o quadro nunca foi aberto, até porque, se assim fosse, quadro não seria), apresentando os contornos da ordem pública e dos bons costumes, não obstante a reconhecida e problemática dificuldade nas definições desses¹⁸¹.

Tanto é que o Código napoleônico já os previa em seu artigo 6: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*”. De idêntico modo, o Código Civil de 1916, tido por muitos como

¹⁷⁷ M. PARGENDLER – J. MARTINS-COSTA, *A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: o Abandono do Voluntarismo e a Ascensão do Valor de Autodeterminação da Pessoa*, Porto Alegre, disponível em http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm. [20.06.2011].

¹⁷⁸ O próprio F. NORONHA, um dos primeiros autores brasileiros a proporem a mudança, reconhece que as expressões *autonomia da vontade* e *autonomia privada* são relacionadas a uma única realidade, sendo que a diferença reside na “*evolução havida*”. Cf. *Princípios...* cit (nota 54 supra), pp. 138-139, nota de rodapé n. 194.

¹⁷⁹ Há até quem repudie a expressão, como F. C. PONTES DE MIRANDA. Indo na contramão da maioria dos autores, entende ele que a ideia de “privado” se contrapõe a ideia de auto-regramento no direito “público”, sendo melhor, portanto, a expressão “auto-regramento da vontade”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 56.

¹⁸⁰ Atesta J. OLIVEIRA ASCENSÃO: “Nunca houve uma autonomia privada soberana, seja qual for a época histórica. Mesmo o liberalismo do século XIX teve de conviver com normas injuntivas: seja a proibição dos contratos leoninos, a relevância negativa do estado de necessidade e assim por diante”. Cf. *As Pautas de Valoração do Conteúdo dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*, in R. LOTUFO – F. MARTINS (coords.), *20 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Conquistas, Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 218.

¹⁸¹ ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), pp. 25-26.

eminentemente individualista¹⁸², também traçava limites, como bem se apreende das observações de C. BEVILAQUA quanto à dicotomia público/privado¹⁸³, sem mencionar a limitação da licitude do objeto (artigo 82) e das condições (artigo 115)¹⁸⁴.

Ainda sobre o tema, registre-se a autorizada nota de R. SCOGNAMIGLIO que critica a vagueza da expressão “autonomia privada”, devendo ser completado que, no âmbito dos negócios jurídicos, o que realmente interessa é sua vertente *econômico-social*. Isso, segundo o autor, tem como escopo evitar a confusão com outra áreas em que ela atua, como a religião, moral etc – substratos que em pouco ou nada se mostram relevantes à figura do negócio jurídico¹⁸⁵.

Feitas essas ressalvas, acompanharemos, neste estudo, a evolução doutrinária, de modo que nos referiremos à expressão “autonomia privada” quando mencionarmos o princípio.

Quanto à procedência constitucional do princípio, é recomendável alguma atenção. Partindo do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 traz, no linguajar cunhado por J. AFONSO DA SILVA, *elementos socioideológicos* (Estado individualista x Estado intervencionista) e *elementos limitativos* (direitos e garantia fundamentais)¹⁸⁶, um

¹⁸² Nas palavras de G. TEPEDINO: “A nossa primeira codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada”. Cf. *Temas de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 219. Além disso, traço marcante da história de nosso direito, e que contribui para o entendimento de nosso sistema no que tange à autonomia, é a influência do direito francês, como bem anota M. DELGADO: “A França sempre gozou de grande prestígio em nossas elites intelectuais, não podendo ser diferente no meio jurídico. O direito francês, especialmente a doutrina de Domat, Pothier, Merlin e Dalloz, enfeixava praticamente todos os elementos de ensino, interpretação e aplicação do direito civil pátrio”. E, com base em conferência proferida por A. Wald, em seminário sobre o Bicentenário do Código Civil Francês de 27 de setembro de 2004, prossegue: “O BGB, que tanto influenciou Clóvis, foi lido em tradução francesa do Senado Francês, com comentário de juristas franceses, como Raymond Saleilles e outros, A maioria dos livros de autores alemães foram lidos no Brasil, na sua tradução francesa; Savigny, Von Ihering, Jellineck, Hans Kelsen e outros”. Cf. *Codificação, Descodificação e Recodificação do Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 208-209.

¹⁸³ Discorre o autor: “As relações, em que o Estado toma parte, são disciplinadas pelo direito publico; são objecto do direito privado as que se travam entre indivíduos. Isto é exacto, mas não comprehende todo o conjuncto de relações, que entram nas duas espheras jurídicas; pois, em muitos casos, o Estado intervem directamente no acto juridico, e este é de ordem privada, como se elle effectua uma compra ou realiza qualquer contracto civil; em outros casos, a matéria é de ordem publica é de interesse geral, e no entanto, se mantem dentro da orbita do direito privado”. Cf. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1940, pp. 67-68.

¹⁸⁴ Nesse sentido, C. ZANETTI pontua que os verdadeiros critérios de limitação da liberdade contratual eram “as leis cogentes, a ordem pública e os bons costumes”. Cf. *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), p. 140.

¹⁸⁵ *El Negocio Jurídico: Aspectos Generales*, in E. BETTI – F. GALGANO – R. SCOGNAMIGLIO – G. FERRI, *Teoría General del Negocio Jurídico – 4 Estudios Fundamentales*, Lima, Ara Editores, 2001, pp. 130-131.

¹⁸⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 46-47.

certo posicionamento contribui na adequação do tom a ser perseguido nos debates contratuais.

Diante desses elementos, dois parecem ser os caminhos trilhados pela doutrina nacional, para fundamentar constitucionalmente o princípio da autonomia privada. O primeiro, lembrado por A. CHAVES, decorre da livre iniciativa, baluarte da ordem econômica¹⁸⁷, que, na Constituição Federal de 1988, está prevista nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*. Como todo contrato tem, por mínimo que seja, um viés econômico, não parece impróprio alicerçar o princípio da autonomia privada a partir da livre iniciativa, ainda mais se entendermos parte dela como a simples reserva que o Estado confere aos particulares de autodeterminar suas relações¹⁸⁸.

O segundo caminho, por sua vez, perpassa pela dignidade da pessoa humana, insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Segundo M. PARGENDLER, se a busca aos interesses privados fosse vedada, estaríamos defronte a uma realidade totalitária, o vem afrontar a dignidade da pessoa humana, como muito a história já nos provou¹⁸⁹. Vê-se, portanto, uma questão de autodeterminação, sendo a autonomia privada um dos instrumentos dessa, ao passo que não se cogita uma ordem social de paz sem a existência do arbítrio individual¹⁹⁰.

Evidentemente, não há uma incompatibilidade entre as duas leituras. Contudo, a segunda merece algumas considerações, porquanto se tem notado – e tal constatação, reconheça-se, já é bastante difundida – uma larga utilização da invocação da dignidade da pessoa humana, funcionando essa como uma verdadeira panaceia¹⁹¹. Nesse sentido,

¹⁸⁷ *Tratado de Direito Civil – Direito das Obrigações – Modalidades. Efeitos. Contratos*, v. II, t. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 374.

¹⁸⁸ O que não é de todo absurdo, uma vez que há compatibilidade com a doutrina constitucionalista de J. AFONSO DA SILVA: “A *liberdade de iniciativa* envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. (...) a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; a garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente (...)”. Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 767-768.

¹⁸⁹ *A Ressignificação...* cit (nota 177 supra).

¹⁹⁰ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 30-31.

¹⁹¹ O seguinte excerto de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO bem reflete o sintoma: “Se as concretizações jurídicas da dignidade segundo ambas as concepções são muitas vezes idênticas, em pontos fundamentais divergem radicalmente. Segue-se, então, por força desse diverso entendimento do que seja pessoa humana, um absurdo jurídico: o mesmo texto normativo constitucional, usado para fundamentar tanto a permissão da introdução quanto a proibição da introdução, da eutanásia, do abortamento, da pena de morte, da manipulação de embriões, do exame obrigatório de DNA, da proibição de visitar os filhos etc. ‘A confusão é geral’ (Machado

observam-se tortuosas racionalizações que acabam, por vezes, dilatando o elastério do princípio a ponto pouco recomendável. Tamanha vagueza pode, em situações graves e complexas, acabar por legitimar atos nefastos¹⁹², devendo ser, peremptoriamente, evitada.

Procurando dar concretude à dignidade da pessoa humana (em função dessa ser um “*conceito jurídico indeterminado*”), A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO afasta a “*concepção insular*” da expressão “pessoa humana”, que tem como foco privilegiar a razão e a vontade, para adotar uma visão mais ampla do homem integrado à natureza¹⁹³. A partir desta premissa, o autor preenche-a através do imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, originando os seguintes preceitos: “1. *respeito à integridade física e psíquica das pessoas*; 2. *consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida*; e 3. *respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária*”¹⁹⁴. Diga-se, um corte que faz jus ao objeto *pessoa humana* com base no valor *dignidade*.

Neste enfoque, a nosso ver, é inviável enquadrar a autonomia privada como decorrência direta da dignidade da pessoa humana. O “respeito às condições mínimas de liberdade” mais estão ligadas à questão do direito de ir e vir que outra coisa¹⁹⁵. Assim, entre alargar a incidência do referido princípio, correndo o risco de incursionarmos na panaceia referida, e adotar a construção de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, preferimos esta.

Parece acertado, então, concluirmos pela fixação do princípio da livre iniciativa como motor constitucional principal da autonomia privada, malgrado se ter em mente que, de fato, há uma tendência contemporânea em perfilhar o segundo caminho descrito. Ademais, a nosso ver, antes de algo que decorra da Constituição Federal, a autonomia privada é de per si um princípio que decorre da própria teoria geral do direito,

de Assis). Cf. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 7-8.

¹⁹² Emblemática é a lembrança de que um dos “Considerandos” do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, invocava o “respeito à dignidade da pessoa humana”.

¹⁹³ *Caracterização Jurídica da Dignidade...* cit (nota 191 supra), pp. 3 e 5.

¹⁹⁴ *Caracterização Jurídica da Dignidade...* cit (nota 191 supra), p. 22.

¹⁹⁵ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO chega a reconhecer que, eventualmente, as “cláusulas abusivas de exclusividade e de não-concorrência” também poderiam afrontar o direito à liberdade. Cf. *Caracterização Jurídica da Dignidade...* cit (nota 191 supra), p. 21. Entretanto, não é algo com intensidade suficiente para alicerçar toda a pujança do princípio da autonomia privada. Ainda nesse aspecto, relevante é a gradação da importância das liberdades feitas por B. STARCK, H. ROLAND e L. BOYER no sentido de alocar a liberdade contratual em nível inferior às liberdades de expressar o pensamento, trabalhar, alimentar-se etc, concluindo: “*Si, au prix d’un certain abandon de la liberté contractuelle, on augmente l’efficacité des autres droits et libertés, le bilan sera encore positif et bénéfique*”. Cf. *Droit Civil – Obligations – 2. Contrat*, 3ª ed., Paris, Librairie de la Court de Cassation, 1988, p. 12.

sendo sua existência pretérita às próprias noções de constituição ou de dignidade da pessoa humana.

Feitas essas importantes elucubrações, cabe, agora, analisar o princípio propriamente em si. A autonomia privada é “*um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam*”¹⁹⁶. Trata-se do conceito usual que, como abordado no Capítulo I, reflete a característica inerente à *fattispecie* dos negócios jurídicos: a configuração eficaz provida pelos indivíduos, manejando o conteúdo das relações intra-jurídicas.

Importante ressaltar que, em certa medida, quando se cogita uma “autonomia privada”, pensa-se em um mundo racional mas, de igual modo, egoísta. Cada sujeito realiza cálculos, organiza suas estratégias, e, baseando-se nesses elementos, busca alcançar uma miríade de vantagens para si, quando da eleição de efeitos. Nesta perspectiva, não é indevido afirmar que o contrato se apresenta como instrumento propício à consecução de fins meramente individuais. A equidade, em princípio, não faz parte do jogo, pelo menos não de forma direta. Ela vem a surgir apenas do choque entre os poderes racionais de cada um, vale dizer, o exercício da autonomia privada de um indivíduo encontrará limites perante a do outro¹⁹⁷, em termos ainda puramente liberais¹⁹⁸.

Entretanto, para que se possa falar em autonomia privada, é preciso vislumbrar uma margem qualitativa de opção. Ao agente, devem ser conferidos meios suficientes no sentido de efetivamente poder escolher e negociar o objeto do contrato¹⁹⁹. Caso contrário, inexistindo o referido alcance qualitativo, o poder se apresenta diminuto, de sorte que imprópria é a menção de existência de uma autonomia privada.

Com fins elucidativos, podemos comparar a verificação da autonomia privada com a análise da democracia. Para N. BOBBIO, democracia somente há quando, além da atribuição a um substancial número de cidadãos na participação direta ou indireta das decisões coletivas e da existência de regras procedimentais, agrega-se um terceiro e relevante fator: “*É indispensável que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de*

¹⁹⁶ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema...* cit (nota 190 supra), p. 21.

¹⁹⁷ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema...* cit (nota 190 supra), pp. 40-41.

¹⁹⁸ E. KANT, ao versar sobre o princípio universal do direito, já dizia “*Est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle*”. Cf. *Métaphysique des Mœurs - Première partie - Doctrine du Droit*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1971, p. 104. Em termos formais, o contrato seria, destarte, algo justo.

¹⁹⁹ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema...* cit (nota 190 supra), p. 43.

poder escolher entre uma e outra”²⁰⁰. Digamos nós, analogamente, que à autonomia privada é indispensável que o agente seja posto diante de alternativas reais, tendo, portanto, efetivo poder de escolha.

Versando sobre o princípio especificamente no campo contratual²⁰¹, ORLANDO GOMES instrumentaliza-o como *liberdade de contratar*²⁰². Tal liberdade é aferível em dois momentos: primeiro se escolhe que *se quer* contratar e *com quem* contratar; após, discute-se o conteúdo do contrato com a pessoa eleita²⁰³. Ao primeiro passo, pode-se dar o nome de *liberdade de contratar em sentido estrito*; e, ao segundo, *liberdade contratual*²⁰⁴.

Façamos aqui, então, um importante corte metodológico. Toda vez que nos referirmos à autonomia privada, o que se pretende evidenciar é apenas o segundo momento descrito, isto é, o preenchimento do conteúdo. Isso porque é justamente nesse ponto que o princípio irá se amoldar à exata concepção do “negócio jurídico”. Dissecando a palavra *autonomia*, percebe-se que *-nomia* vem de *nomos* (lei em grego “*νομος*”), donde se conclui que, na sua acepção, *autonomia* é a “própria lei”, ou melhor, o “próprio regramento”, que será feito pelo particular (adição do adjetivo *privada*)²⁰⁵. É, destarte, o regulamento privado dos efeitos o ponto fulcral do certame.

Não se nega que o simples *querer* contratar (liberdade de contratar em sentido estrito) tenha relevância própria: é, sim, manifestação de vontade, podendo fazer parte da autonomia privada se tomada essa em sentido amplo²⁰⁶. Porém, como suscitado, não é o

²⁰⁰ *Il futuro della democrazia*, 1984, trad. port. de M. Nogueira, *O Futuro da Democracia*, 10ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000, p. 32.

²⁰¹ Lembrando-se que as considerações feitas ao princípio da autonomia privada podem ser aplicadas também aos negócios jurídicos unilaterais, ou seja, fora do âmbito contratual, tendo, portanto, área de atuação mais dilatada da que, por ora, está-se versando. Cf. J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit (nota 166 supra), pp. 226-227.

²⁰² *Contratos...* cit (nota 114 supra), pp. 25-26.

²⁰³ J. F. SIMÃO, *Direito Civil...* cit (nota 52 supra), p. 9.

²⁰⁴ A. VILLAÇA AZEVEDO, *Teoria Geral...* cit (nota 86 supra), p. 12; e F. TARTUCE, *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, v. 3, 5ª ed., São Paulo, Método, 2010, p. 81. Registre-se que a terminologia não é universal. F. NORONHA reúne todas as características sob o epíteto de *liberdade contratual*: “A liberdade contratual consistiria na liberdade de contratar ou deixar de contratar, mais a liberdade de eleger as pessoas com quem se contratar, mais a liberdade de determinar o contrato a celebrar, típico ou atípico, mais a liberdade de negociar o seu conteúdo e, por último, ainda a liberdade de adotar a forma tida por mais conveniente”. Cf. *Princípios...* cit (nota 54 supra), p. 56.

²⁰⁵ Como já se acentuou no Capítulo I, não se defende o cunho estritamente preceptivo do negócio jurídico (não se edita uma *norma particular*). Por isso, F. C. PONTES DE MIRANDA chega a criticar a adoção de terminologia “*autonomia da vontade*”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 3. De qualquer forma o estudo etimológico é importante, pois evidencia, mesmo que em termos próximos, a questão do *auto-regramento*.

²⁰⁶ Ainda completando o conceito *lato sensu* da autonomia privada, A. PRATA acrescenta o exercício do direito subjetivo (tendo como paradigma a propriedade). Cf. *A Tutela Constitucional...* cit (nota 7 supra), p. 15.

seu traço principal. A plenitude do princípio somente se perfaz no ponto da liberdade contratual, motivo pelo qual a isolada vontade de contratar (sem a possibilidade de negociação quanto aos efeitos) não será tratada aqui como expressão do princípio da autonomia privada, a despeito da divisão operada pela doutrina. O corte proposto é importante para que não se perca a sua nota específica. Com isso, evita-se qualquer confusão com uma “*ideia genérica de liberdade*”, como bem ressaltado por J. SOUSA RIBEIRO²⁰⁷.

Rememore-se, inclusive, que o fornecedor não tem liberdade de escolher com quem contratar, por expressa previsão do artigo 39, inciso IX²⁰⁸, do Código de Defesa do Consumidor, e, nem por isso, defende-se que sua autonomia privada está sendo dirimida. Pelo contrário, é justamente ele quem vai plasmar os efeitos contratuais em grande parte, exercendo na plenitude o princípio.

Em termos da teoria do fato jurídico, L. FERRI é enfático ao declarar que um dos modos de diferenciar o ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico é através da aferição da autonomia privada. O negócio jurídico seria sinônimo da autonomia privada, não se podendo fazer a mesma extensão ao ato jurídico *stricto sensu*²⁰⁹. O quadro se adequa perfeitamente à nossa lógica. Caso a liberdade se encerre no simples escolher contratar ou não (liberdade de contratar em sentido estrito), estamos defronte a algo assemelhado a um ato jurídico *stricto sensu*, não sendo razoável supor a existência de uma autonomia privada, pois inexistente participação qualitativa da regulação dos efeitos. O princípio deve ser pensado, portanto, à luz do negócio jurídico – afirmação essa também referenda por autores do porte de K. LARENZ²¹⁰, W. FLUME²¹¹ e F. DE MATTIA²¹².

²⁰⁷ *O Problema...* cit (nota 190 supra), pp. 49-50.

²⁰⁸ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

²⁰⁹ *L'Autonomia Privata...* cit (nota 121 supra), pp. 6 e 44. De igual modo, E. BETTI: “A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, o qual, precisamente, é concebido como um acto de autonomia privada, a que o direito ligou o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares” (...) “O negócio é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas”. Cf. *Teoria Geral...* cit (nota 105 supra), pp. 98 e 102. Também nesses termos, F. AMARAL, *Direito Civil – Introdução*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 385.

²¹⁰ Registre-se a conceituação do princípio interligada à noção de negócio jurídico: “*La posibilidad, ofrecida y asegurada a los particulares por el ordenamiento jurídico, de regular sus relaciones mutuas dentro de determinados limites por medio de negocios jurídicos, en especial mediante contratos, recibe la denominación de autonomía privada*”. Cf. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1975, trad.

Fixados os pressupostos acerca da autonomia privada, associada e comparada ao entendimento de algumas das espécies de fato jurídico, resta-nos, agora, realizar mais um passo, de modo que, tendo-a como um dos paradigmas, possamos a mensurar conforme as variáveis contratuais.

II.1.2 Uma abordagem dos “grupos contratuais”: as facetas da liberdade

De início, é importante ressaltar que o Código Civil de 2002, a exemplo de seu antecessor, não define o que é *contrato*, permitindo, por conseguinte, que esse aufera, com certo elastério, diferentes contornos²¹³, associados, principalmente, à qualidade das relações e à intensidade das liberdades.

Assim, ao analisar a complexidade da liberdade contratual, C. ZANETTI detecta um “*sintoma de fragmentação*”²¹⁴. O interessante é que o referido sintoma não decorre das limitações impostas ao contrato; pelo contrário, essas existem em razão daquele. A afirmação, que, à primeira vista, pode parecer paradoxal, tem inquestionável veracidade. Grande parte das limitações à autonomia privada legitima-se justamente porque a liberdade de uma das partes se encontra fragmentada. Sendo a bilateralidade uma das características principais do negócio jurídico que o contrato é, entender-se-ia, por lógica, que a configuração dos efeitos simbolizaria a presença de duas vontades qualitativas. Contudo, em razão da não-paridade de forças, ou mesmo da necessidade de se ter contratos “prontos” em face do dinamismo social, há uma fragmentação da liberdade, pois se tem apenas uma vontade ditando os efeitos contratuais. Isso, por via reflexa, faz com que o

esp. de M. Izquierdo – M. Picavea, *Derecho Civil – Parte General*, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 55.

²¹¹ De forma inversa, conceituando o negócio jurídico com base na autonomia privada: “*El concepto de negocio jurídico es la abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el Ordenamiento jurídico su contenido, están dirigidos, mediante la instauración de una reglamentación, a la constitución, modificación o extinción de una regulación jurídica en uso de la autodeterminación del individuo, es decir, en la realización del principio de autonomía privada*”. Cf. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, das Rechtsgeschäft*, 1992, trad. esp. de J. González e E. Calle, *El Negocio Jurídico – Parte General del Derecho Civil*, t. II, 4ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 49.

²¹² De modo lacônico e cristalino, assevera: “A pedra angular da teoria do negócio jurídico é o princípio da autonomia da vontade”. Cf. *Aparência de Representação*, São Paulo, Gaetano Dibenedetto, 1999, p. 231.

²¹³ Contra a possibilidade da determinação de um único conceito de contrato, vide P. NALIN, *Do Contrato: Conceito Pós-moderno em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-constitucional*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2006, pp. 251-252.

²¹⁴ *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), p. 201.

sistema reaja e limite a autonomia dessa vontade qualitativa una, para que a outra parte não seja deveras prejudicada, vez que não participou da eleição eficaz.

Com efeito, a sistemática segue a conhecida máxima atribuída secularmente ao padre H. Lacordaire: “*Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta*”, sendo também bastante evidenciada por G. RADBRUCH²¹⁵.

A partir desse intrincado contexto, e com base no Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, C. ZANETTI divide o contrato em três grandes grupos: o dos contratos clássicos, o dos contratos civis por adesão e o dos contratos de consumo²¹⁶.

O primeiro grupo é o contrato “ideal”, isto é, o contrato no qual o mecanismo da proposta e aceitação se apresenta em sua máxima operabilidade. Em razão da igualdade de forças e de predisposição de tempo, as partes podem negociar emitindo sucessivas propostas e contrapropostas, até que, por fim, uma delas aceite a oferta da outra. Para ilustrar o quadro, conveniente é a analogia de F. C. PONTES DE MIRANDA que fala em “*jôgo de tênis de ofertas*”²¹⁷. Cada batida na bola reflete uma nova proposta, até que alguém, finalmente, segure-a e encerre o jogo, seja aceitando a oferta e formando o contrato, seja negando e não o realizando.

Fixe-se, então, que a principal característica do contrato clássico ou paritário é, nos dizeres de SAN TIAGO DANTAS, ter o condão de envolver “*um período preliminar, durante o qual, as duas partes se consultam, se ajustam, a respeito das minúcias da operação*”²¹⁸.

Não há, portanto, qualquer fragmentação da liberdade, estando a bilateralidade do negócio realmente bem acentuada: os indivíduos “*combinam os seus interesses*”²¹⁹. Com arrimo em D. Suhr e W. Höfling, J. SOUSA RIBEIRO propaga que a liberdade de um é

²¹⁵ O autor assim se pronuncia: “*Si de esta manera la libertad jurídica de contratación se convirtió en una servidumbre social contractual, surge ahora ante la ley la tarea de erigir de nuevo la libertad social contractual por medio de limitación de la libertad jurídica de contratación: en la forma de preceptos que establecen la nulidad de determinadas cláusulas, en forma de facultad de rescisión otorgada a determinadas autoridades, en la forma de determinaciones legales obligatorias, o de contratos colectivos ineludibles, o en la forma de los contratos impuestos y de los contratos forzados*”. Cf. *Filosofía del derecho*, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952, p. 194.

²¹⁶ *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), p. 230.

²¹⁷ *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécie de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais*, tomo XXXVIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 26.

²¹⁸ *Programa de Direito Civil – Os Contratos*, v. II, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1983, p. 168.

²¹⁹ C. BEVILAQUA, *Direito das Obrigações*, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p. 157.

exercida *através* da liberdade do outro, de modo que a autonomia privada se dá em uma “*esfera de conformação bilateral-interactiva*”, donde exsurge uma autonomia no plural – subjetividade intersubjetiva²²⁰.

Na realidade, melhor seria dizer que, no primeiro grupo, a fragmentação da liberdade não se verifica em termos sensíveis. A ressalva é de bom grado pois, dificilmente, haverá uma repartição totalmente igualitária dos poderes de disposição contratual²²¹.

Ilustrando, quando o herdeiro recebe um bem deixado em herança e quer vendê-lo, pode dialogar com o eventual comprador acerca das cláusulas contratuais, combinando formas de pagamento, limitando a responsabilidade pela evicção, estabelecendo a entrega de certidões negativas etc, sempre em busca de um denominador comum.

Enfim, a verdadeira liberdade contratual “dúplice” nada mais é do que o “*poder reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras (no plano do Direito) dos seus interesses contrapostos, que mais convenham à sua vontade comum*”²²². É a eleição conjunta dos efeitos do contrato que se afere na possibilidade²²³ do citado “jogo de ténis” ocorrer.

Por sua vez, o segundo grupo já apresenta uma alteração significativa no panorama. Os contratos civis por adesão, em virtude de serem voltados a um grande número de interessados, têm suas cláusulas predispostas substancialmente apenas por uma das partes, de forma que, à outra, resta a opção de aderir ou não ao contrato. Inocorre, destarte, efetiva discussão sobre o conteúdo principal da avença²²⁴, pela prévia existência de “condições contratuais gerais”²²⁵ ou “cláusulas contratuais gerais”²²⁶. O

²²⁰ *O Problema...* cit (nota 190 supra), pp. 55 e 59.

²²¹ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema...* cit (nota 190 supra), p. 37.

²²² J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit (nota 166 supra), p. 226.

²²³ Não é necessário que, de fato, ocorra uma miríade de proposta e contrapropostas; clama-se, apenas, pela *possibilidade* disso acontecer. Se alguém emite uma proposta e essa é prontamente aceita, poderíamos estar, igualmente, defronte a um contrato do “grupo clássico”. Não se negociou porque não se quis, o que nos leva crer que a proposta bem reflete os anseios do aceitante quanto ao negócio.

²²⁴ C. ZANETTI, *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), p. 228.

²²⁵ Define-as C. L. MARQUES da seguinte forma: “(...) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual, e que um dos contratantes oferece para reger a relação contratual no momento da sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração de conteúdo de futuros contratos”. Cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

²²⁶ Registre-se que a simples existência dessas cláusulas nunca provocaram tratamento normativo apartado no direito brasileiro, diferentemente do direito de alguns países europeus – especificamente, Itália (“*condizioni*”

“congelamento” dessas cláusulas se sustenta por uma série de fatores, que vão desde a força de um dos contratantes²²⁷ até a simples economia do tempo, passando, também, por um costume da sociedade em não questionar os itens do contrato. Tais cláusulas, apesar de terem vez principalmente nas relações de consumo (próximo grupo), também podem surgir nos contratos civis, como, v.g., os de franquia (obviamente, considerando-se a unificação do direito das obrigações).

Mas, ressalte-se (algo que, por vezes, é esquecido), a amplitude do “grupo” não se encerra aqui. Também fazem parte os contratos que são destinados a uma específica pessoa²²⁸, caso essa não tenha condições de barganhar (*bargaining power*) a eleição de efeitos em função do polícitante simplesmente não permitir o expediente. Seria a hipótese do proprietário de um imóvel que não aceita a possibilidade de qualquer contraproposta quando decide locar seu bem para temporada. Examinando o exemplo, não seria razoável aventar a existência de “cláusulas contratuais gerais”, pois a locação seria pontual, isto é, não se vislumbra qualquer pretensão de estabelecer o conteúdo de futuros contratos. Em suma, todas as “espécies” contratuais podem ser inseridas nesse grupo – inclusive os contratos atípicos –, desde que haja firme imposição das cláusulas por parte do polícitante.

Para completar o quadro, é possível que essa ausência do poder de barganhar se dê não em virtude da firme posição da outra parte, mas também por uma aceitável falta de conhecimento técnico do oblato, o que o torna inapto a discutir certas cláusulas²²⁹. Em linhas gerais, há, portanto, uma posição de supremacia por parte do proponente que impede a fluidez do mecanismo da oferta e aceitação.

generali del contratto”, *Codice Civile* italiano de 1940), Alemanha (“*Allgemeine Geschäftsbedingungen*”, Lei autônoma AGBG de 1976) e Portugal (“cláusulas contratuais gerais”, Decreto-lei n.º 446/85). Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *As Pautas de Valoração...* cit (nota 180 supra), p. 220. No Brasil, a verificação dessas cláusulas é apenas um indicativo da possibilidade de estarmos diante de um contrato por adesão.

²²⁷ Realidade que nos apresenta há quase dois séculos, como bem atesta G. MORIN: “*Décadence, tout d’abord, de la liberté contractuelle. (...) Dès le milieu du XIX siècle, les groupements, toujours plus forts, de capitaux, le développement des grandes entreprises on abouti à des inégalités économiques profondes, de telle sorte que, bien souvent, désormais, dans les opérations juridiques, c’est l’une des parties, et non plus les deux, qui fixe les conditions de l’opération, l’autre n’ayant qu’à accepter ou à refuser*”. Cf. *La Loi et le Contrat – la décadence de leur souveraineté*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, pp. 57-58.

²²⁸ C. ZANETTI, *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), pp. 229 e 233.

²²⁹ C. P. U. MIRANDA fornece-nos o exemplo do contrato de *leasing* entre empresas, onde o arrendatário, inobstante possuir em seu quadro dirigentes com certo preparo, não se mostra apto a discutir cláusulas que envolvam avançada matemática no cálculo do VRG (valor residual garantido). Cf. *Contrato de Adesão*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil, 2000, pp. 26-27. Ao inserirmos o exemplo no grupo dos contratos civis por adesão, evidentemente adotamos a corrente finalista quanto às relações de consumo.

Por conseguinte, o elemento fundamental do contrato por adesão é justamente a falta de participação do aderente na modelação dos efeitos que serão gerados em decorrência do contrato²³⁰. A consequência imediata é, no mais das vezes, palpavelmente perceptível, haja vista que, na exata colocação de J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “*cada um é muito sensível ao seu interesse e muito displicente perante os interesses alheios que defronta*”. E em virtude dessa “*imperfeição humana*”, os termos contratuais normalmente carregam traços de desigualdade e espoliação²³¹.

As “cláusulas contratuais gerais” podem²³² bem refletir essa característica, porém, insista-se, não esgotam, sobremaneira, o tema. Deixar claro esse aspecto é particularmente importante porque as disciplinas dos artigos 423²³³ e 424²³⁴ do Código Civil de 2002 – dois únicos dispositivos pátrios que tratam dos contratos por adesão nas relações puramente civis – não se restringem aos casos de “cláusulas contratuais gerais”, também abrangendo as propostas endereçadas a alguém em específico.

Neste ponto, insta ressaltar que, na Europa, o caminho foi diverso. Como informado alhures, alguns países regulavam especificamente os contratos em que havia as “cláusulas contratuais gerais”, não abrangendo os contratos por adesão destinados a uma individualidade. Tal panorama foi tardiamente solucionado pela *Diretriz Comunitária n.º 93/13 de 5 de abril*. Por meio dessa, a *Diretriz Comunitária sobre cláusulas contratuais gerais* foi modificada para também conter as “cláusulas emergentes de relações individualizadas”, de modo que gradualmente os países foram integrando a orientação através de emendas em suas leis internas. No caso de Portugal, o Decreto-lei n.º 249/99 aditou o artigo 1 do Decreto-lei 446/85, inserindo um n.º 2 nos seguintes termos: “*o presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizado, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*”²³⁵.

²³⁰ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema...* cit (nota 190 supra), p. 273.

²³¹ *As Pautas de Valoração...* cit (nota 180 supra), p. 219.

²³² Nada impede que as referidas “cláusulas gerais contratuais” sofram sensíveis alterações se a parte permitir que sejam feitas contrapropostas.

²³³ Art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

²³⁴ Art. 424. *Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*

²³⁵ J. OLIVEIRA ASCENSÃO critica a forma pela qual a situação foi contornada: “Mas [os vários países] seguiram em geral o exemplo comunitário e determinaram que o regime das cláusulas contratuais *gerais* abrangia também as cláusulas *individuais*... É uma contradição que provoca conflitos interlegislativos. Uma disciplina que foi pensada para cláusulas gerais não se aplica sem mais a cláusulas individuais. Têm por isso

Estabelecidos esses marcos, observemos com acuidade a mecânica da adesão. Valendo-se novamente da analogia ponteana, temos um jogo de ténis em que se vislumbra apenas o saque. Ao jogador que está do outro lado da quadra, não é lícito devolver a bola, vale dizer, ou ele aceita e realiza o contrato, ou se nega findando qualquer possibilidade de acordo. Percebe-se, portanto, que há um bloqueio no “*poder de conformação*” do aderente, de modo que a outra parte tem caminho livre para estabelecer as condições que bem entender²³⁶. Não há, assim, espaço para contrapropostas, devendo ser obtemperado que o fato de ser dado ao oblato a chance de discutir algum ponto marginal da avença não descaracteriza o caráter de adesão do contrato²³⁷. Lembre-se que a questão da autonomia privada está ligada à *qualidade* da possibilidade de escolha. Se as cláusulas relevantes não forem discutidas, há evidente contrato por adesão.

Importante ressaltar que está se partindo do pressuposto de que o aderente é sempre o oblato, até porque “aderente” é *o que adere*²³⁸ a algo (no caso, uma proposta). Entretanto, estaríamos cometendo um erro se passássemos por esse ponto sem fazer qualquer anotação, visto que há longa discussão doutrinária a respeito, inclusive em sentido contrário ao adotado.

Exemplificando, C. P. U. MIRANDA percorre autores estrangeiros que versaram sobre a matéria, entre eles notadamente: A. Giordano, D. Barbero e G. Berlioz. O primeiro mostra uma clara tendência em afirmar que a proposta, na realidade, parte do aderente, que a emite já aquiescendo um bloco de cláusulas gerais prévio, a não ser que a oferta ao público apresente, desde logo, todos os elementos essenciais para formar o contrato. D. Barbero, ao seu turno, defende que a iniciativa do aderente é apenas formal, não sendo razoável considerá-la como proposta, em razão de inexistir verdadeiro conteúdo nela. Por fim, G. Berlioz tem semelhante entendimento ao separar a “iniciativa na conclusão do contrato” e a “iniciativa na determinação do conteúdo do contrato”, estando a proposta ligada apenas a esta²³⁹.

Parece-nos que os posicionamentos dos dois últimos autores são mais condizentes com a realidade. Não é a aceitável aventar uma oferta desprovida de conteúdo,

os intérpretes de proceder a um difícil trabalho de conciliação, para o qual as leis não disponibilizam nenhum farol que os oriente”. Cf. *As Pautas de Valoração...* cit (nota 180 supra), pp. 223-224.

²³⁶ J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema...* cit (nota 190 supra), pp. 270-271.

²³⁷ C. P. U. MIRANDA, *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), pp. 70-71.

²³⁸ CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, v. I, Rio de Janeiro, Editôra Delta, 1958, p. 107.

²³⁹ *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), pp. 61-64.

ou, caso contrário, teríamos que afirmar a possibilidade de uma proposta em que não se vislumbra exercício da autonomia privada. A pura e simples liberdade de contratar em sentido estrito não tem a aptidão de gerar proposta.

Também, nesse mister, não conseguimos diferenciar a *oferta ao público* do *convite à oferta* como procede ORLANDO GOMES. Para o autor, nos casos de *oferta ao público*, a aceitação que forma o contrato é a do aderente; de modo diverso, nas hipóteses de *convite à oferta*, o aderente é quem faria a proposta²⁴⁰. A *oferta ao público* se distinguiria do *convite à oferta* na exata medida em que nesse o estipulante esboça a intenção de contratar sem revelar, de antemão, os futuros termos contratuais, aguardando que alguém demonstre interesse. A instrumentalização do interesse seria uma proposta, restando à parte que impõe as cláusulas emitir a aceitação. Perceptível, por conseguinte, a proximidade com o entendimento de A. Giordano exposto acima, sendo passível das mesmas críticas, por não concordarmos que o estipulante das cláusulas gerais possa ser considerado oblato.

Caso o aderente realmente emitisse proposta com verdadeiro conteúdo, a inexorável consequência seria o recebimento de uma contraproposta “imutável”. Mais uma vez, no “jogo de tênis”, o saque até poderia ser considerado do aderente, mas a devolução, a qual tem natureza de “nova proposta”, encerraria a partida. Em outras palavras, a primeira proposta se apresenta tão inócua que pode ser categoricamente desconsiderada.

A única e remota exceção se constituiria em uma coincidência quase ficcional, cujo o deslinde assim se evidenciaria: o indivíduo, sem saber, faz uma primeira e real proposta que seria idêntica aos termos predispostos pelo futuro estipulante. Nessa hipótese, seria de se questionar, até mesmo, o caráter de adesão do contrato, pois, antes de se vislumbrar qualquer imposição, consenso houve. Saliente-se, outrossim, que a proposta deve ter sido unicamente engendrada pela própria pessoa, de tal sorte que, se ela tiver preenchido um formulário com disposições redigidas por outrem, entende-se que já estamos tratando da própria aceitação²⁴¹.

Elucidando o que fora dito, e já se imiscuindo no terceiro “grupo” contratual, é comum a praxe das empresas de seguro de assistência à saúde elaborarem formulários em que o aderente preenche como se proponente fosse, fornecendo, em determinada parte do

²⁴⁰ *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 133.

²⁴¹ A circunstância de se estar escrito no papel a palavra “proposta”, bem como o emprego variável dessa nas cláusulas, em absolutamente nada muda o panorama, pois, tecnicamente, trata-se de aceitação. Cf. C. P. U. MIRANDA, *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), p. 69.

papel, algumas informações clínicas que serão analisadas pela empresa. A nosso ver, o preenchimento do formulário, que contém diversos blocos de cláusulas predispostas (às vezes, até mesmo um “anexo” com inúmeras páginas), simboliza a figura da aceitação. Poder-se-ia contra-argumentar no sentido de que autorização da empresa após a avaliação em relação dos dados clínicos é que perfaria a aceitação. Na realidade, cremos que se está diante de uma condição suspensiva que será apurada através da comparação de dados com os quadros do plano, não se tratando, portanto, de aceitação.

Por essa razão, infeliz é a redação do artigo 759²⁴² do Código Civil de 2002 ao se referir à “proposta” quando, tecnicamente, mais adequado seria remeter à “aceitação”²⁴³.

Suscitadas essas nuances do mecanismo da proposta e aceitação nos contratos por adesão, outra não poderia ser a conclusão: a autonomia privada é apenas exercida pelo realizador da proposta “imutável”. Neste aspecto, não concordamos com o posicionamento de C. P. U. MIRANDA, no sentido de enxergar uma diminuta parcela de liberdade contratual ao aderente, a qual seria equilibrada pela intervenção estatal²⁴⁴. As limitações impostas pelo Estado (através de lei) à liberdade contratual do proponente não fazem com que surja uma postíça liberdade contratual ao aderente. Limitar a autonomia privada de um não cria autonomia privada ao outro. Se o indivíduo não participou qualitativamente da configuração dos efeitos, não é crível se falar em qualquer exercício de autonomia privada em sentido estrito. Por isso, acertada, a nosso ver, a categórica afirmação de C. L. MARQUES: *“Realmente, no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo. É o que os doutrinadores anglo-americanos denominam contrato em uma ‘take-it-or-*

²⁴² Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

²⁴³ Apesar de enxergarem o ato do futuro segurado como proposta – até mesmo se utilizando da estranha terminologia “proposta equiparada a oferta” –, E. TZIRULNIK, F. CAVALCANTI e A. PIMENTEL bem notam o problema, concluindo que o modo de operar poderá gerar repercussões: “(...) a praxe de mercado apresenta um outro fenômeno: em geral, nos seguros massificados, a proposta é feita pelo segurado, mas por meio de preenchimento de impressos idealizados e materialmente produzidos pela seguradora, limitando-se, ele segurado, a responder o questionários e a preencher os campos predispostos. Tanto a prática de propostas equiparadas a ofertas feitas pelas seguradoras quanto a de impressos destinados ao preenchimento constituem instrumentos importantes para a amplificação necessária da base de negócios que solidifica e torna mais acessível o serviço securitário. Entretanto, esse modo de operar minimiza a participação do segurado na construção contratual e, por essa razão, não poderá ser desprovido de efeitos jurídicos”. Cf. *O Contrato de Seguro – De Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 47-48.

²⁴⁴ *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), pp. 53-54.

leave-it basis”²⁴⁵. Autonomia haveria apenas do lado do estipulante; ao aderente, poder-se-ia falar, tecnicamente, em *heteronomia*.

Diante disso, a discussão pode vir a tangenciar outro aspecto, qual seja, a contestação da própria natureza de *contrato* nos casos de adesão. Não nos estenderemos demasiadamente sobre esse ponto, em virtude de não haver, atualmente, grande resistência em desfavor da contratualidade. De qualquer forma, façamos algumas breves considerações que serão importantes no discorrer do tema.

Em síntese, é possível que se apurem três vertentes que tentam explicar a sistemática da adesão: a teoria do negócio jurídico unilateral, a teoria normativa e a teoria negocial. A primeira, ao verificar que a disposição das cláusulas é obra exclusiva de uma das partes, toma como pressuposto que a relação jurídica nasce de um negócio jurídico unilateral, sendo a adesão apenas uma condição de eficácia²⁴⁶.

Esse argumento, apesar de engenhoso, não deve ser aceito porque abstrai indevidamente a relação da vida (inter-humana). Como bem analisamos no Capítulo I, a norma incide exatamente sobre essa relação básica, tornando-a jurídica (plano da existência). Após, já no plano da eficácia, surgem as diversas relações intra-jurídicas (criadas pelo direito). Desse modo, a teoria falha na tentativa de alocar o aderente apenas no plano da eficácia, olvidando-se, impropriamente, da relação da vida (vendedor/comprador, locador/locatário etc) que certamente se deu.

Por seu turno, a segunda vertente aceita a natureza contratual do certame, mas vê, nas “cláusulas gerais dos contratos”, verdadeira fonte de direito objetivo (seja como costume, seja como um “*tertium genus*”)²⁴⁷. Evidentemente, essa corrente se envereda em demasiado fetichismo normativo, além de não conferir explicação aos contratos por adesão que não são direcionados à coletividade, devendo ser, por conseguinte, refutada.

²⁴⁵ *Contratos no Código de Defesa...* cit (nota 225 supra), p. 73.

²⁴⁶ É a tese defendida por G. BERLIOZ: “*Ce qui est donc essentiel dans le contrat d’adhésion c’est l’absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu’elle soit le fait de l’une des parties ou d’un tiers. Cette volonté unilatérale fixe l’économie du contrat où l’un de ses éléments, la volonté de l’adhérent n’intervient que pour donner une efficacité juridique à cette volonté unilatérale*”. Em decorrência dessa constatação, o autor formula, mais a frente, a proposição de que, nos contratos por adesão, não há propriamente proposta e aceitação, de modo que é preferível se falar em estipulação e adesão. Cf. *Le Contrat d’Adhésion*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1973, pp. 27-28 e 42.

²⁴⁷ ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), pp. 147-148.

Já a teoria negocial, que, diga-se, também defende a natureza de contrato aos casos de adesão, subdivide-se em várias outras²⁴⁸. A nós, interessa especialmente a vertente que distingue o “*concurso de vontades para a formação do vínculo*” do “*concurso de vontades para a regulamentação das obrigações oriundas desse vínculo*”. Apura-se o consenso (elemento de existência do negócio jurídico bilateral²⁴⁹) exclusivamente através daquele, não sendo primordial ao contrato a bilateralidade da regulamentação dos efeitos²⁵⁰. Em outras palavras, o consenso se forma diante da afirmação do *querer contratar* mesmo tendo as cláusulas sido erigidas apenas pela outra parte, donde concluímos que: se a autonomia privada está na liberdade contratual; o consenso, por sua vez, encontra-se na liberdade de contratar em sentido estrito. É esse o viés que adotamos no desenvolver do estudo e que nos parece mais adequado.

Por fim, resta-nos discorrer acerca do terceiro grupo, que é o dos “contratos de consumo”. Antes de delinear o seu âmbito, mister se faz pontuar que todo o mecanismo de proposta e aceitação, seja o dos “contratos clássicos” (possibilidade de real contraproposta), seja o dos “contratos civis por adesão” (inviabilidade de real contraproposta), é aplicado aqui. Inclusive, como salientado, um dos exemplos que serviu para ilustrar o mecanismo do segundo grupo, na realidade, faz parte deste terceiro. Isso é atribuído ao fato de que as hipóteses dos “contratos civis por adesão” são consideravelmente esvaziadas, pois os “contratos de consumo” acabam concentrando, na prática, boa parte dos contratos que revelam, em seu bojo, as referidas “cláusulas contratuais gerais”.

O principal traço diferenciador deste grupo se perfaz na adição de uma qualidade da relação da vida (inter-humana). Além de se poder qualificar os contratantes na forma de “vendedor e comprador”, “prestador do serviço e tomador do serviço”, “locador e locatário”, “empreiteiro e dono da obra”, “depositário e depositante” etc, é acrescido a esses mais um distintivo, qual seja, o de “consumidor e fornecedor”²⁵¹.

²⁴⁸ Citem-se as teorias da interpretação típica, da declaração típica, da relação contratual fática, do comportamento social típico e do negócio de atuação. Cf. ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), pp. 145-147.

²⁴⁹ Matéria que será melhor analisada no próximo Capítulo.

²⁵⁰ ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 145.

²⁵¹ Não iremos entrar no mérito da discussão da exata caracterização da relação de consumo, para evitar que desviemos do intento deste tópico. De qualquer forma, registre-se a existência das teorias maximalista (base no destinatário fático) e finalista (base no destinatário econômico)²⁵¹, sendo que temos clara preferência pela última. Para uma ampla análise crítica das teorias e o posicionamento dos tribunais, vide C. ZANETTI, *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), pp. 207-217.

A caracterização da relação nos moldes consumeristas tem como principal traço acionar a direta aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o qual parte de uma apriorística e inarredável constatação: a de que o consumidor é vulnerável perante o fornecedor. Isso significa dizer, de outro modo, que o consumidor é a parte mais fraca da relação, o que nos leva a uma nova fragmentação da liberdade.

Nesse passo, poder-se-ia indagar qual seria a diferença basilar dos sintomas já descritos nos outros grupos, uma vez que, nos “contratos clássicos”, também fora dito que dificilmente a configuração dos efeitos se dará em intensidade salomônica, assim como se afirmara que, nos “contratos civis por adesão”, só uma das partes irá modular os efeitos. Em outras palavras, a pergunta reside em saber em que consiste a “nova fragmentação” na liberdade contratual do terceiro grupo.

Duas são as respostas a serem ofertadas. A primeira, mais pragmática, consubstancia-se em determinar que, na relação de consumo, há uma presunção absoluta de vulnerabilidade; ao passo que, nos demais grupos, mormente no segundo, deve ser provada a existência de um desequilíbrio que tenha repercussão na elaboração das cláusulas. Em outras palavras, a diferenciação seria, portanto, meramente quanto ao ônus *probandi*.

Já a segunda tem um aspecto mais científico e relevante ao propósito deste estudo. É consabido que, em uma sociedade consumerista como a nossa, as ofertas de produtos e serviços são, em regra, impulsionadas por publicidade, muitas vezes agressiva e empreendida por profissionais de gabarito. Isso nos faz questionar o próprio *querer contratar* do consumidor²⁵². Não se pode negar a sua existência (vontade) – caso contrário, contrato não haveria –, porém também não é recomendável que se desconsiderem essas vicissitudes, tanto que o próprio Código de Defesa do Consumidor, no artigo 49²⁵³, prevê a possibilidade de desistência do contrato no prazo de sete dias quando esse se dá fora do

²⁵² Em semelhante sentido, C. BITTAR: “Ajunta-se a esse quadro a agressiva publicidade que se desenvolve por todos os veículos de comunicações existentes – em particular, pela mídia eletrônica – a acrescentar, diuturnamente novos produtos e a despertar, assim, novos desejos e novos impulsos de compras à civilização atual, que, pela agitação, bem se poderia chamar de ‘civilização da ansiedade’”. Cf. *Conclusões Gerais*, in C. BITTAR (coord.), *Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 115-116.

²⁵³ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

estabelecimento comercial²⁵⁴. A regra se justifica na exata medida em que o consumidor, ao ser colocado defronte à publicidade, não tem um hígido período de reflexão, provocando aquisições²⁵⁵ por impulso²⁵⁶. Malgrado haver, nos outros casos de consumo, a abstração do afamado período de reflexão, a lógica permanece a mesma, se não a ponto de conferir “direito de desistência”, ao menos configurar uma situação que mereça alguns cuidados²⁵⁷.

Apesar de não chegar a configurar uma falsa representação da realidade do negócio, caso contrário estaríamos nas lindes do instituto do erro e do dolo, o fato é que o “*dolus bonus*” do fornecedor revela ser agravado em função da publicidade. C. P. U. MIRANDA afirma que os mecanismos dessa “*acabam por gerar no seu ânimo [consumidor] necessidades mais fictícias do que reais e que o levam a contratar*”²⁵⁸. A. TOMASETTI JR. completa a ideia, evidenciando que todo o certame se dá através de “*incitação dos sentidos*”²⁵⁹. Em suma, se a fragmentação da liberdade contratual não difere essencialmente da operada nos outros grupos, é factível que a liberdade de contratar em sentido estrito, especialmente no ponto do *querer contratar* “afetado”, justifica, por si só, a criação de uma categoria apartada. A “nova fragmentação” é vista, destarte, na liberdade de contratar em sentido estrito.

Sobre a possibilidade ou não de contraproposta por parte do consumidor, é de bom alvitre ressaltar que nada impede o expediente dialógico entre os contratantes, mesmo

²⁵⁴ Sintomático observar que, em Portugal, o Dec.-Lei n. 143/2001, de 26 de Abril, prescreve, no seu art. 6/1, prazo ainda maior, que será de quatorze dias para que o consumidor desista dos contratos realizados fora do estabelecimento comercial.

²⁵⁵ L. BESSA, *Proteção Contratual*, in A. H. BENJAMIN – C. L. MARQUES – L. BESSA, *Manual de Direito do Consumidor*, 2º ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 292.

²⁵⁶ O objeto é outro, mas não é indevido traçar um paralelo com o testemunho de J. ANTUNES VARELA ao explicar que as fortes limitações aos jogos de azar se justificam na medida que mexem com as fraquezas humanas: “Ora, sendo reconhecidos os perigos gravíssimos que para as bolsas mais magras, os orçamentos familiares mais apertados, a saúde e a própria vida das pessoas arrastaria a plena liberdade de contratar nas áreas nevrálgicas dessas fraquezas humanas, nenhuma surpresa podem causar ao jurista as fortes limitações com que a lei e os regulamentos administrativos procuram combater, limitar, regular ou moderar os contratos que as pessoas pretendam realizar nesse domínio”. Cf. *Das Obrigações...* cit (nota 166 supra), p. 243.

²⁵⁷ Talvez também seja essa uma das razões que explique a possibilidade de reclamação dos vícios aparentes no Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que se observa nas relações puramente civis, já que inexistente previsão semelhante no Código Civil de 2002, tal qual no Código de 1916, adstringindo-se esses apenas aos vícios ocultos. Para uma profunda análise acerca dos vícios aparentes nos dois diplomas, vide J. F. SIMÃO, *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 89-94.

²⁵⁸ *Contrato de Adesão...* cit (nota 195 supra), p. 23.

²⁵⁹ *O Objetivo de Transparência e o Regime Jurídico dos Deveres e Riscos de Informação nas Declarações Negociais para Consumo*, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

na presença de “cláusulas gerais contratuais”, que, diga-se, na seara consumerista, é a regra, visto que o escopo é atender a um grande número de pessoas, de tal modo que as disposições em bloco, além de serem fruto de um aperfeiçoamento da experiência, economizam importante tempo no trato das incontáveis relações. Permitida a alteração qualitativa dessas cláusulas, não há razão para se cogitar qualquer caráter adesivo. Inclusive, parece ter sido essa a sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que, no artigo 54, atribui algumas disciplinas apartadas do contrato que denomina como “*de adesão*”. Poderemos, fora do âmbito do referido dispositivo, falar de exercício da autonomia privada tanto do consumidor quanto do fornecedor, pois ambos revelam ter liberdade contratual, não obstante o quadro do *querer contratar* continuar a ser afetado.

De qualquer forma, é inquestionável que, na maioria das vezes, os “contratos de consumo” se apresentam sob a roupagem da adesão. Há uma “natural” (beira ao costume) imposição das cláusulas, normalmente não sendo aventada qualquer possibilidade de alteração, até porque é comum que a pessoa que esteja fornecendo o produto ou serviço diretamente ao consumidor seja, na verdade, uma preposta do fornecedor, não tendo poderes para modificar as regulamentações predispostas. Teremos, ainda se tratando do campo contratual, uma das maiores fragmentações da liberdade que podem ser aferíveis, porquanto o consumidor, além de ter o *querer contratar* afetado (liberdade de contratar em sentido estrito), não goza, outrossim, de liberdade contratual. Vislumbram-se, portanto, os dois fenômenos unidos.

Antes de passarmos ao tópico derradeiro do presente capítulo, ainda se deve, para os nossos propósitos, analisar a situação dos denominados “contratos existenciais”, apurando em que medida o bem essencial envolvido pode influir no contexto da fragmentação da liberdade, trazendo novos ingredientes a serem adicionados no quadro desenhado²⁶⁰.

De antemão, é bom que se faça um esclarecimento: o nosso estudo não tem o intuito de romper com qualquer paradigma. Apesar da evidente importância da escola do “direito civil constitucional” (principalmente quando da vigência do Código Civil de 1916, anterior, portanto, à Constituição Federal de 1988), não nos imiscuiremos em uma profunda leitura constitucional ao ponto de se ter em mente uma incisiva reformulação de

²⁶⁰ Conforme o magistério de T. NEGREIROS: “À luz do denominado *paradigma da essencialidade*, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais”. Cf. *Teoria do Contrato...* cit (nota 167 supra), p. 380.

institutos do direito privado. Os traços sociais da Constituição Federal de 1988, que, frise-se, também tiveram espaço no Código Civil 2002²⁶¹, antes mais são limitações em prol de um todo do que propriamente transfigurações. O agir é sempre individual; o viver em sociedade – mormente uma plural e numerosa como a nossa – faz com que esse mesmo agir seja contido, em função da razão, da moral, da religião, do direito etc. Questiona-se, até mesmo, a existência de atos puramente altruístas, uma vez que esses conferem um bem-estar ao altruísta. Tertúlias filosóficas à parte, o importante dessas linhas é deixar claro o pressuposto pelo qual se baseia nossa convicção, respeitando-se eventuais construções que partam de pontos distintos.

Feita a ressalva, resta-nos, então, prosseguir com as reflexões que motivaram o tópico em comento. Quando se busca ter acesso a bens tidos como essenciais, observa-se uma nova afetação no *querer contratar*. Se, no caso anterior, esse sofre a afetação em virtude da publicidade promover produtos ou serviços que podem não ser de todo necessário; na hipótese dos contratos existenciais, o *querer contratar* também é “atingido”, mas por motivo diametralmente oposto: o bem é mais do que necessário, é essencial²⁶². Em outras palavras, saímos de um extremo para ir ao outro, sendo que, em comum, temos a afetação do *querer contratar* (liberdade de contratar em sentido estrito).

Reconheça-se, outrossim, que as relações existenciais podem ter a situação ainda mais agravada se os bens ou serviços forem fornecidos em caráter de monopólio, pois, além de ter o *querer contratar* afetado, também o substrato do *com quem contratar* é atingido (na realidade, suprimido – e isso trará a tona importantes considerações que serão feitas no próximo tópico). A esse exato caso é dada, por ORLANDO GOMES, a nomenclatura de *contrato de adesão*, diferenciando-o do *contrato por adesão*²⁶³. O indivíduo é compelido a concluir o contrato para não se ver “*alijado de bens indispensáveis à vida*”²⁶⁴,

²⁶¹ Rememorando-se que, conforme M. REALE, um de seus baluartes é justamente a socialidade, cujo principal expoente se revela na cláusula geral da *função social*. Cf. *História do Novo Código Civil*, v. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

²⁶² Com as devidas ponderações, o quadro não passou despercebido por R. IHERING: “A concepção de que o direito parte, é a de que cada uma das partes pensa no proveito próprio, cada uma se esforçando no sentido de explorar em seu favor o desfavorecimento da situação da outra. Este desfavorecimento pode afluir em uma verdadeira situação forçosa, se ocorre a coincidência do mais alto grau de necessidade, de um lado, com a exclusiva possibilidade de satisfação dessa necessidade, do outro. Aqui, outra escolha não resta ao necessitado senão a aceitação das condições ditadas pela parte antagônica. (...) O mais ínfimo bem passa a ter um alto valor, se a vida se encontra em sua dependência!”. Cf. *Der Zweck im Recht*, trad. port. de J. Correa, *A Finalidade do Direito*, v. I, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, pp. 72-73.

²⁶³ *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 142.

²⁶⁴ C. ZANETTI, *Direito Contratual...* cit (nota 172 supra), p. 245.

sendo sua prestação feita, como dito, sob o caráter de monopólio²⁶⁵. Não iremos empregar a expressão do autor por razões que serão apreciadas mais a frente. Contudo, pela importância histórica de já se ter atentado às peculiaridades da situação, o registro é relevante.

O ponto central nesta discussão – e que pode ensejar dificuldades – é determinar quais são os bens essenciais, que, em última análise, caracterizam o contrato como existencial. Uma primeira resposta, imbuída no corte da dignidade da pessoa humana que tomamos emprestado de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, é a de que se perfazem nos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida.

Resposta ainda insuficiente, já que a problemática apenas se expressa de outra forma: quais seriam, então, os pressupostos materiais mínimos? T. NEGREIROS suscita diversos critérios, como o de R. Zimmerling (“*Necesidade Básicas y Relativismo Moral*”), em que as necessidades básicas devem ser traçadas conforme “*aspectos pessoais, circunstanciais e culturais*”, não sendo possível elencar uma lista exaustiva e imutável; e o de Javier de Lucas e M. José Añon (“*Necesidades, Razones, Derechos*”), em que a fórmula se daria com base na hipotética averiguação de dano grave se a necessidade básica não for atendida. Poder-se-ia, também, passar por parâmetros estritamente jurídicos, quais sejam: o artigo 7º, inciso IV²⁶⁶, da Constituição Federal de 1988, e o art. 10²⁶⁷ da Lei 7.783/89. Porém, ante a patente dificuldade em se encontrar um critério realmente seguro e imune a críticas, T. NEGREIROS firma o entendimento de que é melhor deixar à discricionariedade do juiz, que, nas peculiaridades de cada caso, poderá melhor enquadrar

²⁶⁵ A adoção da terminologia “contrato de adesão” é muito combatida na doutrina, uma vez que a adesão é uma forma de contratar; e não uma espécie de contrato como a compra e venda, a locação, a empreitada etc. Cf. C. P. U. MIRANDA, *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), p. 32.

²⁶⁶ Art. 7º (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

²⁶⁷ Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.

a questão²⁶⁸. É de se ponderar, nesse pesar, que o magistrado, ao passo que avalia a essencialidade ou não de um bem, estará, conseqüentemente, verificando a afetação do *querer contratar* no caso concreto.

Não obstante a isso, algumas hipóteses são claramente encetadas nesse quadro. Os contratos de locação para fins residenciais (moradia) e os contratos de telefonia são exemplos de “contratos existenciais”, visto que, ao indivíduo, é dada uma escolha um tanto afetada, no ponto em que o seu *querer contratar* é indissociavelmente conectado a uma necessidade básica da vida moderna. Diferente, por outro lado, é caso de contrato de prestação de serviço de televisão a cabo. Apesar do aderente não poder discutir as cláusulas, pode muito bem ficar sem o serviço, já que o fato não lhe compromete “existencialmente”.

Por fim, para dar coerência ao que foi proposto, é oportuno esclarecer que é de extrema utilidade enquadrar essa especial situação como um quarto grupo contratual distinto dos demais. Não obstante os “contratos existenciais” estarem, de certa maneira, imersos nos outros três grupos tratados, a dosagem diferente do *querer contratar* justifica uma abordagem específica, como será melhor explorado nos Capítulos IV e V. Poderá haver liberdade contratual dúplice (“contratos clássicos”) em que há o traço da essencialidade (afetação do *querer contratar*). Do mesmo modo, liberdade contratual una (“contratos civis por adesão”) com a mesma afetação, e, completando, o fenômeno também se apresentará nas relações de consumo, campo em que teremos situações bastante agravadas. Porém, em todos esses casos, o tratamento será peculiar.

Outro ponto de partida acerca dos contratos existenciais é que, diferentemente dos outros grupos contratuais, não se verifica um plexo de normas destacado sobre o fenômeno, inexistindo, por conseguinte, bases seguras na sua apreciação. Por isso, a aplicação direta dos princípios, como forma de suprir tal lacuna, deverá ser guiada dentro de um sistema lógico, para que não se perca sua consistência. É isso que nos proporemos a tentar fazer mais adiante.

Antes de passarmos ao próximo tópico, ainda há espaço para uma derradeira observação que auxilia no entendimento da matéria. O “seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga”, popularmente chamado de DPVAT, é exemplo que se afasta do fenômeno contratual. Isso porque o Decreto-lei n.º 73/66 e a Lei n.º 6.194/74 dispõem a obrigatoriedade do seguro,

²⁶⁸ *Teoria do Contrato...* cit (nota 167 supra), pp. 455-459.

bem como o regulamenta exaustivamente, não deixando espaço ao exercício da autonomia privada. Em suma, não há liberdade de contratar em sentido estrito ou, mesmo, liberdade contratual, não sendo correto o enquadrar na categoria dos contratos. A real natureza jurídica do “seguro obrigatório” será discutida no tópico que agora se abre.

II.2 Análise da natureza jurídica da proposta e aceitação

Ao atentarmos para essa intensa variação nos lindes do contrato, percebemos que a doutrina timidamente a compatibiliza com a teoria do fato jurídico. É usual dizer-se que os novos tempos reclamam uma nova análise do contrato que bem acompanhe sua transformação²⁶⁹, algo que, na maior parte das vezes, recai na elevação dos princípios da boa-fé e da função social, que, diga-se, também se mostram importantes.

O nosso intuito, a partir de agora, será, então, justamente analisar em que medida a teoria do negócio jurídico ou, em termos mais amplos, do próprio fato jurídico pode se adequar ao panorama traçado. A questão, portanto, não será de afastar a teoria como se incompatível fosse, e sim trabalhar com as categorias conhecidas, para ajustá-las à nova realidade contratual.

Para tanto, com o apoio dos ensinamentos colhidos no Capítulo I, iremos operar uma releitura da natureza jurídica da proposta e aceitação, conforme a apresentação dessas nos diversos “grupos contratuais” traçados no tópico acima. Como bem salientado no início do atual capítulo, e diante de todas as constatações sobre a problemática do contexto contratual, parece-nos um erro olhar diretamente para a natureza jurídica do contrato propriamente em si (negócio jurídico bilateral) antes de voltarmos a atenção aos elementos que o formam. Isso porque as fragmentações descritas se dão, principalmente, no momento de sua formação.

Assim sendo, o primeiro passo da abordagem é impreterivelmente fixar o entendimento de que tanto proposta quanto aceitação são fatos jurídicos. Ambos decorrem da manifestação de vontade, mas não se confundem com essa. É o preenchimento do suporte fático com o substrato *manifestação ou declaração de vontade* que ganha “juridicidade” em razão da incidência da norma, gerando-se o fato jurídico, que, no plano

²⁶⁹ Por todos, vide A. GARCIA JÚNIOR, *Contrato: uma Nova Conceção*, in C. BITTAR (coord.), *Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 53-56; e P. LÔBO, *Direito Civil – Contratos*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 24.

da eficácia, terá a situação da “vinculabilidade” (proposta) e da formação do contrato (aceitação).

A proposta sempre será negócio jurídico unilateral²⁷⁰. O peticitante manifesta que deseja contratar, sendo-lhe, ao mesmo tempo, conferido aquele quadro de configuração dos efeitos a que fizemos referência no Capítulo I. Assim, maneja-os nos exatos termos em que ficará vinculado, lembrando que a declaração de vontade encontrada no suporte fático deverá, nesse caso, ser *receptícia*, ou seja, necessita ser direcionada a alguém, mesmo que indefinidamente a uma coletividade, para que o negócio exista.

Por sua vez, a aceitação é enquadrada por F. C. PONTES DE MIRANDA também como negócio jurídico unilateral, de modo que ela importa a coincidência dos efeitos queridos em relação à oferta. Desse *contato* surge o “*con-trato*”, que fora soldado pelo consenso, pelo acordo²⁷¹.

Rememore-se que o suporte fático de um fato jurídico pode, muito bem, ser preenchido por outros fatos que já foram “juridicizados”. É exatamente esse o caso. O contrato (negócio jurídico bilateral) leva no seu suporte fático dois negócios jurídicos unilaterais ligados pela *cola da concordância*²⁷², os quais, evidentemente, refletem duas declarações de vontade. Essa será, portanto, a regra geral.

Tendo em mente que proposta e aceitação, a despeito de terem vida única, foram lapidadas uma para outra, diz-se que são negócios jurídicos “*interintegrativos*”, isto é, para se realizarem por completo, precisam estar sobrepostas, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o negócio jurídico unilateral da promessa de recompensa, que é independente²⁷³.

Entretanto, a nosso ver, e é aqui que começam as nossas meditações, a natureza jurídica da aceitação sofrerá variações. No primeiro grupo, isto é, nos “contratos clássicos”, não parece haver, de fato, dificuldades de se enxergar a aceitação como negócio jurídico unilateral. A possibilidade do livre mecanismo de proposta e contrapropostas faz

²⁷⁰ Como bem observa F. C. PONTES DE MIRANDA, caso a oferta não entrasse no “mundo jurídico”, inexplicável seria o efeito da vinculação: “Se considerássemos não entrado no mundo jurídico o ato de oferta, não poderíamos explicar a irradiação de efeitos jurídicos antes da aceitação”. Cf. *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 422. No mesmo sentido, V. RÃO. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 67.

²⁷¹ *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 430.

²⁷² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécie de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais*, tomo XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Edito Borsoi, 1962, p. 7.

²⁷³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 26.

com que da aceitação seja possível inferir uma real coincidência em relação ao querer dos efeitos plasmados. Portanto, liberdade de contratar em sentido estrito e liberdade contratual dúplices, podendo-se afirmar, em razão da última, a coexistência de autonomias privadas.

Já no segundo grupo há claras diferenças. A afirmação de que, nos “contratos civis por adesão”, a aceitação reflete uma real coincidência em relação ao querer dos efeitos plasmados na proposta não é verossímil. A impossibilidade do mecanismo de contraproposta, pelas inúmeras razões expostas no tópico anterior, afeta, sobremaneira, o certame. O oblato apenas manifesta o *querer contratar*, sem que desse se presuma o algo a mais da liberdade contratual.

Nessa lógica, se estamos defronte a uma manifestação de vontade em que não se abre substancial possibilidade de configuração de efeitos, a sistemática da *fattispecie* do negócio jurídico não parece ser compatível com o quadro. Como vimos, uma outra espécie de fato jurídico se enquadraria melhor nesse panorama: o ato jurídico *stricto sensu*. Há manifestação de vontade que se “juridiciza” produzindo efeitos predeterminados²⁷⁴.

Um obstáculo a essa conclusão é a de que se tem como padrão dizer que os rígidos efeitos gerados por essa espécie de fato jurídico são oriundos da lei, e, no caso, os tais efeitos seriam fixados pela outra parte, através do negócio jurídico unilateral da proposta²⁷⁵. Além disso, como vimos no Capítulo I, a “negociabilidade” não é elemento dos atos jurídicos *stricto sensu*, o que nos geraria um segundo obstáculo. Desse modo, por precaução, já que não temos a mínima intenção de suscitar uma vertente normativa do negócio jurídico, e atento às vicissitudes de cada suporte fático, preferimos dizer, apesar da aparente *contradictio in terminis*, que temos um negócio jurídico unilateral assemelhado a um ato jurídico *stricto sensu*.

A objeção de que, em se tratando de ato jurídico *stricto sensu*, não se vislumbraria o *consenso* – elemento essencial ao contrato – parece-nos errônea na medida em que o consenso se retira, como visto, do *querer contratar* (liberdade de contratar em sentido estrito). Manifestou-se a vontade de contratar malgrado as cláusulas não serem tão

²⁷⁴ Em semelhante sentido, ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico – Nulidade e Anulabilidade*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 19.

²⁷⁵ Apesar dos casos terem suas evidentes distinções, a sistemática é a mesma da aceitação de herança ou legado oriunda de testamento. Temos um negócio jurídico unilateral (testamento) que será acompanhado de um ato jurídico *stricto sensu* (aceitação da herança). Veja-se que a abstração acerca do ato jurídico *stricto sensu* é idêntica, tendo em vista que os efeitos não foram determinados propriamente pela lei, e sim pela vontade do testador. A diferença é que, no campo contratual, a aceitação está no plano da existência; enquanto a aceitação da herança se detecta no plano da eficácia como condição legal (por si só considerada, é um ato auxiliar).

aprazíveis, ou seja, mal ou bem, houve adesão soldando proposta e aceitação, donde exsurge o consenso e, conseqüentemente, o contrato²⁷⁶.

Antes de passarmos ao próximo grupo, uma constatação merece ser feita. Se a proposta é sempre negócio jurídico, carece de lógica defender que o próprio aderente possa emití-la, uma vez que, a rigor, ele não modula os efeitos. Portanto, sobrevém-nos outro motivo a acrescentar aos que já foram dispostos no tópico anterior, levando-nos realmente a defender que o aderente é sempre o que aceita e nunca o que propõe.

Porém, nesse diapasão, surge a nós uma *vexata quaestio*: como explicar a possibilidade de alteração marginal de cláusulas feita pelo aderente sem que isso desnature o caráter de pura aceitação? Isso porque, querendo ou não, qualquer modificação eficaz, mesmo que não seja substancial/qualitativa, deveria, em tese, ser considerada nova proposta conforme o disposto no artigo 431 do Código Civil de 2002. Mas a resposta tende a ser outra. Quando o aderente lança alguma tentativa de alteração meramente marginal – sujeita evidentemente à anuência da outra parte –, o que, na realidade, faz é criar, de forma paralela, um negócio jurídico unilateral *auxiliar* que terá como efeito a modificação do estado de vinculação do estipulante. Caso esse concorde em talhar a situação da vinculação conforme os anseios do aderente, concomitantemente o negócio jurídico unilateral assemelhado a ato jurídico *stricto sensu* da aceitação vem a produzir efeitos, formando o contrato.

Essa, inclusive, é a disposição da CISG (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias)²⁷⁷, que, em seu artigo 19 (2), expressamente não retira a natureza de aceitação às modificações que materialmente não descaracterizam a proposta²⁷⁸.

²⁷⁶ Quem também se atentou a essa nuance foi J. AGUILA-REAL: “*Debe descartarse, consecuentemente que para que exista consentimiento libre sea necesario que ambas partes participen en la elaboración del contenido del contrato, es decir, es falso que la existencia de libertad contractual venga determinada, a su vez, por la existencia de negociación (...)*” (...) “*En otras palabras, lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones alternativas y transparentes*”. Cf. *Las Condiciones Generales de la Contratación – Estudio de las Disposiciones Generales*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 66-67. A diferença em relação ao autor é que tratamos a “*libertad contractual*” como liberdade de contratar em sentido estrito.

²⁷⁷ Tal Convenção foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto Legislativo n.º 538/2012, sendo que sua entrada em vigor se dará em 1º de abril de 2014.

²⁷⁸ Art. 19 (2) *However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offer, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.*

Já o terceiro grupo dos “contratos de consumo” não apresenta novidades em face do que fora traçado até o momento em termos de liberdade contratual. Sendo um contrato de consumo em que haja possibilidade de reais contrapropostas, a aceitação é negócio jurídico unilateral; se não houver tal possibilidade, temos, mais uma vez, algo assemelhado a um ato jurídico *stricto sensu*²⁷⁹.

De qualquer forma, num e noutro caso, a qualidade da relação aponta uma presunção absoluta de que o *querer contratar* fora afetado – e é justamente nesse ponto que o grupo se distingue dos demais como demonstrado no tópico anterior. Seja como negócio jurídico unilateral, seja como ato jurídico *stricto sensu*, a aceitação tem um contorno diferente. Em uma sociedade voltada cada vez mais ao consumismo, onde se adquirem produtos e serviços muitas vezes desnecessários, graças aos eficientes mecanismos publicitários, a vontade é influenciada, de modo a permitir que tracemos um paralelo entre vontade viciada e vontade influenciada. Se aquela leva, em regra, à invalidação do ato jurídico *lato sensu*; essa acarretará uma repercussão de incidência principiológica, como melhor veremos nos Capítulos IV e V.

Ainda sobre o terceiro grupo, outra ressalva se faz pertinente: a liberdade de contratar em sentido estrito foi afetada; mas não suprimida. Se assim não fosse, teríamos que defender, em casos de monopólio, a natureza não-contratual das relações de consumo, pois, estando afastado qualquer elemento volitivo (possibilidade de *escolher com quem contratar* e do *querer ou não contratar*), inexistiria o essencial elemento do *consenso*.

Mais complexo se revela o grupo dos “contratos existenciais”. O primeiro aspecto a ser novamente delineado é o fato de que o mecanismo segue a lógica dos outros grupos, carregando, destarte, as mesmas considerações sobre a modelação das espécies de fato jurídico. Além disso, tal qual o fenômeno das relações de consumo, tem-se que o *querer contratar* estará afetado, todavia por razão oposta: há patente necessidade de contratação. Assim, o negócio jurídico unilateral ou o ato jurídico *stricto sensu* da aceitação carregarão consigo o traço da vontade influenciada.

Permitimo-nos, assim, a fazer o seguinte jogo de palavras: nas relações de consumo, a vontade é influenciada pela desnecessidade que parece necessária; nas relações existenciais, a vontade é influenciada pela necessidade que é necessária. Obviamente, o “contrato existencial” pode emergir de uma relação de consumo, parecendo a nós que, nesse caso, o foco deve recair no caráter existencial, em função de sua maior importância.

²⁷⁹ Ilustrativamente, no primeiro caso, teríamos a hipótese de um consumidor que discute previamente o valor de uma corrida de táxi; já no segundo, tome-se como exemplo a compra de um *ticket* de cinema.

Porém, a complexidade acima citada se perfaz na seguinte constatação: quando a relação existencial se arquiteta em razão de monopólio, haverá um seríssimo problema. A partir do momento que se tolhe a liberdade do *com quem contratar*, somada a essencialidade do bem em jogo, parece-nos que o próprio *querer contratar* passa a ser desconsiderado²⁸⁰. O sujeito não manifesta vontade; ele apenas *age* para conseguir o bem. Nesses termos, não se aventa consenso, e, portanto, não seria lícito supor a existência de um contrato, como, por exemplo, o uso de serviço de energia elétrica residencial.

As figuras da proposta e da aceitação somem, dando lugar a um outro fato jurídico compósito, o qual será formado por um negócio jurídico unilateral e um ato-fato jurídico²⁸¹. Aquele simbolizará o ato de quem exerce o monopólio, pois lhe é autorizado manejar os efeitos que regerão as relações intra-jurídicas. Por sua vez, este reflete um mero movimento de alguém que necessita cabalmente de algo. Não há, portanto, o elemento do consenso.

A linha que separa a declaração tácita de vontade e o mero movimento humano é tênue. J. ANTUNES VARELA se envereda sempre pela primeira²⁸². Todavia, como acentuado, nos casos existenciais e de monopólio, é difícil enxergar uma declaração de vontade tácita. O indivíduo *tem* que sobreviver, o que o leva a agir instintivamente por não haver outra opção, donde não parece ser razoável aferir disso uma manifestação de vontade envolta em termos de liberdade de contratar. Rememore-se que, na hipótese do bem essencial não ser provido em caráter de monopólio, voltamos à figura contratual,

²⁸⁰ Tangenciando o fenômeno, F. SCAFF menciona uma imposição de contratação aos indivíduos: “(...) a idéia de contrato, como inocente fruto da convergência de vontades livres e iguais, que se unem na perspectiva de uma finalidade que sirva a ambas, não se traduz em grande parte das contratações existentes no momento atual. Por vezes, reduz-se mesmo esta vontade à mera determinação de contratar ou de não-contratar, e ainda, em muitas ocasiões, nem a isso, impondo-se peremptoriamente a contratação aos indivíduos, considerado o monopólio de fato existente, atribuído a uma das partes, e a absoluta necessidade daquele bem ou serviço oferecido”. Cf. *As Novas Figuras Contratuais e a Autonomia da Vontade*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 91 (1996), p. 145.

²⁸¹ Em semelhante sentido, G. Merkel (*Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit*, pp. 64-70) e H.-H. Hitzemann (*Stellvertretung beim sozialtypischen Verhalten*, pp. 27 e ss.). Cf. apud A. HIRATA, *Relações Contratuais Fáticas (faktische Vertragsverhältnisse)*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o concurso de Professor Titular de Direito Civil, 2011, pp. 59-63.

²⁸² São suas palavras: “(...) fenômeno semelhante ocorre com o automobilista que estaciona o carro no parque de estacionamento, com o passageiro que entra no metro, no autocarro ou na carruagem do comboio (se antes não tiver adquirido bilhete, celebrando contrato de transporte com a empresa). Também deles se pode dizer que, entrando no autocarro, adquirindo o bilhete da máquina na estação do metro ou estacionando o automóvel no parque, *aceitam a oferta* contratual tacitamente feita pelo outro contraente, embora possam não emitir nenhuma *declaração* em tal sentido” (...) “Comprando a passagem no camionete, no comboio ou no barco, requerendo a instalação do telefone, do contador da água ou da eletricidade, etc, ele emite conscientemente uma simples declaração de vontade destinada a fundir-se com uma outra para perfeição do contrato (...)”. Cf. *Das Obrigações...* cit (nota 166 supra), pp. 223 e 237-238, nota de rodapé n. 1.

porquanto a possibilidade da escolha do *com quem contratar* ativa os meandros da liberdade, considerado que o sujeito manifesta vontade por ter reais opções.

Neste passo, anote-se a lição de C. COUTO E SILVA, que, apesar de não efetuar o mesmo corte proposto por nós, uma vez que não destaca separadamente proposta e aceitação, bem como não limita aos casos de monopólio, diz textualmente ver o ato existencial como verdadeiro ato-fato²⁸³.

Até em razão de termos alicerçado a construção do Capítulo I através de suas bases, deve-se dizer que F. C. PONTES DE MIRANDA depara-se com a questão, encaminhando-se no sentido de refutar a possibilidade da não-contratualidade em virtude da existência de manifestações tácitas de vontade e pelo silêncio. Porém, o autor se atém às relações de massa, sem se imiscuir nas situações existenciais críticas. O mais interessante, todavia, é que ele menciona o argumento do ato-fato jurídico, apesar de não concordar²⁸⁴.

Outra nota a ser feita se pauta na observação de que, como o elemento volitivo é desprezado de um lado (ato-fato jurídico), possivelmente o quadro de configuração dos efeitos posto à disposição do monopolista mais parecerá com uma “pequena jaula”, haja vista que, pelas circunstâncias, é salutar que sua autonomia privada seja bastante limitada, através de lei, ou em virtude de um contrato administrativo, em função de não se proporcionar qualquer liberdade ao agente do ato-fato.

Este fato compósito (negócio jurídico unilateral + ato-fato jurídico), pontue-se, tem um viés que interessa claramente ao direito tributário. O ato-fato jurídico nada mais é que um fato gerador, criando uma relação intra-jurídica no qual se é devedor de uma taxa (tributo)²⁸⁵. O ato em si é o próprio uso do bem. Pensemos no exemplo do abastecimento de água encanada em São Paulo. O uso do serviço disponível exige o pagamento de uma

²⁸³ Pela evidente importância, transcreve-se a passagem: “São os atos absolutamente necessários à vida humana. A tipificação somente cresce de ponto e de importância quando se tratar deste último tipo de ato, pois relativa-se e objetiva-se a vontade, de modo a converter o que seria, *in thesi*, negócio jurídico em verdadeiro ato-fato. Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água etc”. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 78.

²⁸⁴ Os seguintes excertos sintetizam seu posicionamento: “A afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa. O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações tácitas de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio (...)” (...) “Poder-se-ia pretender que o ato humano, por parte de quem toma o trem, ou de quem sobe no bonde, ou no ônibus, ou na barca, ou na balsa, entra no mundo jurídico como ato-fato humano, e assim não há negócio jurídico. Mas tal explicação é de refugar-se. Quem foi no trem, no bonde, no ônibus, na barca, ou na balsa, *negociou*”. Cf. *Tratado...* cit (nota 272 supra), pp. 31-32.

²⁸⁵ Nos dizeres de R. OLIVEIRA: “(...) taxa é o tributo que *depende* de uma atividade do Estado. As taxas podem ser cobradas em decorrência do *exercício do poder de polícia* e da *prestação efetiva ou potencial do serviço público, específico e divisível*”. Cf. *Curso de Direito Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

taxa que será calculada conforme os ditames da *Sabesp* (sociedade de economia mista) – daí não surge propriamente um contrato. Nem se diga que o pedido de instalação do contador de água é manifestação de vontade tendente a formá-lo. Isso é mero requerimento de disponibilização do serviço. Se assim não fosse, toda vez que a titularidade do domínio é alterada, seria necessário o estabelecimento de outro contrato com o novo proprietário²⁸⁶. Evidentemente, não é o que ocorre na prática (há apenas uma regularização do cadastro). Ademais, se tal pedido de disponibilização tivesse o caráter de aceitação formadora do contrato, a inarredável conclusão seria a de que, pelos ditames do direito intertemporal, mormente o disposto no artigo 2.035 do Código Civil de 2002, uma nova lei que surgisse após o pacto não atingiria a relação formada. Não se pode, em termos de lógica, mudar as regras que serviram de base para a manifestação da vontade, como bem explana P. ROUBIER²⁸⁷. Assim, na seara contratual, há o que se denominou de “sobrevivência excepcional da lei antiga” ou simplesmente “ultratividade”, impedindo o fenômeno da eficácia imediata da lei nova²⁸⁸; algo que não sucede no campo dos atos-fatos jurídicos, ou mesmo fatos jurídicos *stricto sensu*, em que a lei nova apenas deve atender às regras constitucionais tributárias, como a anterioridade anual e a nonagesimal, as quais, saliente-se, não se aplicam no caso de tarifas.

Portanto, o uso desse serviço essencial é ato-fato jurídico que gera, ao proprietário, a obrigação de ser adimplida uma taxa. Inclusive, como as relações intra-jurídicas podem ser criadas pelo direito, percebe-se que, muitas vezes, o movimento que perfaz o ato-fato jurídico não foi perpetrado pelo proprietário, não obstante esse responder

²⁸⁶ É sintomático notar que, no sítio eletrônico da *Sabesp*, há acesso a um “contrato de adesão” em que consta a observação de que o documento não precisa ser assinado. Tal fato reforça nossa tese de que, na realidade, trata-se de negócio jurídico unilateral.

²⁸⁷ Após elencar uma série de razões pelas quais alguns autores defendem a ultratividade da lei antiga e refutá-las, P. ROUBIER explica que o real motivo que dá ensejo à sobrevivência da lei antiga se consubstancia no fato de que o contrato é um instrumento que diferencia os indivíduos, de tal maneira que, pelos seus mecanismos, podem ser estabelecidas convenções extremamente distintas, que em nada se assemelham aos tipos legislativos. O direito contratual, na teoria, é pródigo em estimular a autonomia da vontade, criando imensas possibilidades aos contratantes. Todavia, para que essa liberdade de escolha seja perfeitamente possível, é de rigor que os indivíduos tenham segurança podendo exercer suas liberdades sabendo, de antemão, quais serão as consequências legais, não sendo lógico que se permita uma alteração legal *a posteriori*. Cf. *Le Droit Transitoire – Conflits de Lois dans le Temps*, 2ª ed., Paris, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, pp. 385-391.

²⁸⁸ Nas palavras de C. MAXIMILIANO: “Há rigor maior a respeito dos contratos do que no tocante às outras espécies de obrigações; não se proíbe só a retroatividade; não se lhes aplica a lei posterior; opera-se uma sobrevivência da norma do tempo em que eles se constituíram; esta se incorpora ao ato bilateral, fica sendo um elemento integrante do mesmo”. Cf. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, São Paulo, Freitas Bastos, 1946, p. 165.

perante tal. Em suma, um absolutamente incapaz pode utilizar diretamente o serviço, de modo que o seu ato-fato ocasiona a obrigação ao proprietário²⁸⁹.

Também merece comentário a posição adotada na doutrina brasileira por P. LÔBO. Para esse autor, o simples fato de estarmos defronte a uma relação de massa – independentemente da essencialidade do bem e de seu fornecimento em caráter de monopólio – já bastaria para eliminar a figura da aceitação, não havendo, portanto, qualquer manifestação de vontade. O que há é uma “*conduta negocial típica*” suficiente para gerar efeitos contratuais. A nosso ver, tamanho radicalismo não se justifica. As declarações tácitas respondem a grande parte das situações, à exceção das que descrevemos acima de cunho existencial em caráter de monopólio. Além disso, não parece haver consistência na afirmação de que há contrato sem aceitação e sem consentimento, como expressamente sugere o doutrinador²⁹⁰.

Neste ponto, deve ser ressaltado que, certamente, suas conclusões foram influenciadas pela construção alemã preconizada por G. Haupt, a que se denomina de “*relações contratuais de fato*”. Desenvolvendo a teoria, que, originariamente, com G. Haupt, contava com amplo espectro de aplicação²⁹¹, K. LARENZ limitou-a justamente aos

²⁸⁹ Analisando a situação como relação paracontratual, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “(...) a relação sinalagmática, nas situações paracontratuais, parece ser *inteiramente objetiva*: houve fornecimento de 100 litros de água, pague-se o que isto vale, independentemente de declaração de vontade do usuário e, em consequência, de ser ele capaz, relativamente incapaz ou absolutamente incapaz, de sua ciência do gasto de água, se este gasto foi querido, ou resultante de vazamento, de erro, etc”. Cf. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o concurso de Professor Titular de Direito Civil, 1986, p. 46.

²⁹⁰ *Direito Civil...* cit (nota 269 supra), pp. 24 e 87.

²⁹¹ A. HIRATA faz uma longa exposição sobre a obra de G. Haupt (“*Anmerkung zu OLG Danzig*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*”), que podemos sintetizar do seguinte modo. Para o autor, a relação contratual poderia ser oriunda tanto de um negócio jurídico quanto de uma relação fática. Esta se observaria em três hipóteses: por meio de um contato social, por meio da inserção em uma relação comunitária e por meio de uma obrigação de prestação social. A primeira resolveria os casos de *culpa in contrahendo* nos quais se verifica um dano antes que os indivíduos realizassem o negócio jurídico, que, pontue-se, poderá nem mesmo vingar. A relação contratual surgiria justamente desse primeiro contato social, não sendo necessário recorrer, portanto, as noções de responsabilidade aquiliana. Segundo G. Haupt, também faria parte do grupo o contato social que se originou de um negócio inválido, ou seja, alguns efeitos poderiam ser cogitados a partir da relação de fato, visto que o negócio inválido não é suscetível a produzi-los. A segunda hipótese visaria a conferir legitimidade a sociedades de fato que tiveram um contrato originário nulo, assim como refletir as relações trabalhistas conforme a real organização de trabalho, independentemente do que constar ou não em contrato. Por fim, a terceira hipótese é a que nos interessa. O uso de serviços ou o recebimento de produtos decorrentes das relações de massa se dariam através de mera participação objetiva no tráfego, sendo artificial retirar disso uma aceitação propriamente em si, o que afastaria a concepção do negócio jurídico. Cf. *Relações Contratuais...* cit (nota 281 supra), pp. 35-43.

Não nos imiscuiremos acerca dos dois primeiros grupos por fugir do âmbito deste trabalho, limitando-nos a dizer que, conforme J. ANTUNES VARELA, aos casos de culpa *in contrahendo*, bastaria observar o princípio da boa-fé. Cf. *Das Obrigações...* cit (nota 139 supra), p. 222. Já a explicação dos efeitos produzidos por negócio inválidos, é comumente alicerçada pela própria doutrina e jurisprudência alemãs, segundo A.

casos de relação de massa²⁹², tendo como exemplos paradigmáticos o transporte público em que não se adquire bilhete prévio, a permanência de automóvel em estacionamento e o consumo de energia elétrica²⁹³. Segundo o autor, é errôneo retirar uma manifestação de vontade de um ato concludente, devendo-se, no lugar, imputar uma direta consequência ao indivíduo a partir do “*significado socialmente típico de su conducta*”. Para tanto, alicerça seu entendimento através da Parágrafo 151²⁹⁴ do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), alegando que, nos casos destacados, não se pode aventar a existência de uma declaração receptícia, pois essa deve sempre se manifestar “*frente al destinatario de la declaración*”²⁹⁵.

Não vemos, entretanto, a necessidade de empregar a teoria das relações contratuais de fato. A uma, porque, como visto, contrato não é, inexistindo amparo legal que permita tamanha extensão do conceito. Não concordamos que o Parágrafo 151 do BGB tal qual o artigo 432 do Código Civil de 2002 permita uma leitura que desconsidere a declaração de vontade, uma vez que a questão é mais de desnecessidade de ciência da aceitação por parte do peticitante²⁹⁶ do que de efetiva ausência de declaração, de tal arte que a declaração não precisa obrigatoriamente ser feita frente ao seu destinatário. A duas, para evitar qualquer confusão entre relação puramente de fato e relação jurídica. O fato jurídico compósito cria relações intra-jurídicas, sendo de pouca valia adotar-se a confusa, e, em princípio, paradoxal, terminologia das relações contratuais de fato²⁹⁷.

HIRATA, através do instituto do enriquecimento sem causa. Cf. *Relações Contratuais...* cit (nota 242 supra), p. 83.

²⁹² *Derecho Civil...* cit (nota 210 supra), p. 738.

²⁹³ *Derecho Civil...* cit (nota 210 supra), pp. 734-735.

²⁹⁴ *Section 151*

Acceptance without declaration to the offeror

A contract comes into existence through the acceptance of the offer without the offeror needing to be notified of acceptance, if such a declaration is not to be expected according to customary practice, or if the offeror has waived it. The point of time when the offer expires is determined in accordance with the intention of the offeror, which is to be inferred from the offer or the circumstances.

Similar ao art. 432 do Código Civil de 2002: “*Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa*”.

²⁹⁵ *Derecho Civil...* cit (nota 210 supra), pp. 735-737.

²⁹⁶ Donde concluímos que a declaração de vontade do oblato é não-receptícia, como já versado no Capítulo I.

²⁹⁷ Até mesmo doutrinadores que aceitam a teoria de G. Haupt, criticam a expressão cunhada por ele. Como visto, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO prefere a denominação “relação paracontratual”. Cf. *Negócio Jurídico e Declaração...* cit (nota 289 supra), p. 45. Já A. MENEZES CORDEIRO alega adotar a terminologia “relação contratual de fato” por falta de uma melhor. Cf. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 645.

Abstrair qualquer liberdade nas relações de massa é, para nós, virtual e indevido. Mal ou bem, as pessoas agem conforme seus anseios, optando conscientemente por este ou aquele produto e serviço, e escolhendo este ou aquele fornecedor. Preterir isso em prol das “condutas socialmente típicas” é o mesmo que tentar criar um *tertium genus* ao arrepio de todo o ordenamento.

É sintomático notar, inclusive, que o próprio K. Larenz abandonou a teoria a partir da 7ª edição do seu “*Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*”²⁹⁸, comprovando o quão difícil é introduzir a noção das “relações contratuais de fato” em um sistema tradicionalmente estruturado pelos ditames do negócio jurídico.

Por fim, como já adiantado no tópico antecessor, outra situação que não se confunde com o contrato é o caso do DPVAT, pois vamos ao extremo de que toda a relação é configurada pela lei. Adaptando às categorias conhecidas, vislumbra-se apenas um fato jurídico *stricto sensu* correspondente à situação jurídica do “*ser proprietário*”. Isso também é fato gerador do direito tributário que se liga, no plano da eficácia, à necessidade de ser paga uma contribuição²⁹⁹ (relação intra-jurídica).

Para dar termo ao capítulo, ressalve-se, ainda, que a distinção entre os grupos é definida e justificada, sobretudo, pela hipossuficiência de uma das partes perante a outra. Não é propriamente a natureza jurídica da aceitação que determinará o grupo, sob pena de conceituarmos os institutos com base nos seus efeitos. Contudo, também é forçoso reconhecer que a diferenciação da classificação contratual que aqui se empreendeu terá como consequência o inexorável reflexo de estabelecer a natureza jurídica da aceitação.

Assim, o próximo objetivo é perquirir em que medida o contrato sofrerá ou não variações conforme às especificidades da espécie da natureza jurídica da aceitação. De uma forma geral, sempre que liberdades forem suprimidas ou afetadas, teremos limitações e composições que serão inversamente proporcionais ao grau da liberdade experimentada pelo oblato, ou, pelo menos, é essa a usual conclusão a que se tem chegado.

Quando a limitação está disposta diretamente na lei, não há grandes questionamentos. Entretanto, se a lei não confere regulamentação, deixando situações desequilibradas, é mister que a leitura principiológica supra tal lacuna.

Assim, os próximos capítulos terão como meta não só diagnosticar o modo pelo qual os princípios da boa-fé e da função social atuam diante desse contexto, como

²⁹⁸ Informação retirada tanto da obra de A. HIRATA como a de A. MENEZES CORDEIRO. Cf. *Relações Contratuais...* cit (nota 281 supra), p. 53, nota de rodapé n. 194; e *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), p. 562.

²⁹⁹ Valor normalmente inserido no carnê do IPVA.

também averiguar, metodologicamente, a forma de suas incidências nos planos da existência, validade e eficácia, sempre atento à hipótese de que a intensidade da incidência poderá estar ligada à natureza jurídica da aceitação, conforme os grupos contratuais aqui delineados.

2ª PARTE – OS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E A INCIDÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL

III OS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO E A AFERIÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Superadas as vicissitudes envolvendo a qualificação da natureza jurídica da proposta e aceitação, o intuito dos próximos capítulos será o de verificar a forma pela qual os princípios da boa-fé e da função social atuam no campo contratual. Advirta-se, desde logo, que, nesse rumo, percorreremos um processo de descrição e afunilamento, não devendo o quadro ser confundido com uma excessiva abertura do elastério do tema. O propósito será apenas o de bem evidenciar o fenômeno da atuação principiológica, o que não se mostraria possível fazer sem a breve consideração de certas estruturas, pois, em última análise, serão elas que sofrerão as consequências.

Assim, procurar-se-á sistematizar a incidência dos princípios, para que melhor se estude intrincadas questões que sempre desafiaram a doutrina civilista de hoje e de ontem. Neste *iter*, inclusive, não nos isentaremos de formular algumas propostas, lembrando que as conclusões colhidas no Capítulo II serão sempre utilizadas no tratar da matéria.

Para tanto, dividiremos a abordagem em duas partes: (i) apreciação dos planos do negócio jurídico e (ii) aferição dos princípios. A utilidade do corte efetuado será compreendida não só ao longo deste como também – e principalmente – dos próximos capítulos.

III.1 Apreciação dos planos do negócio jurídico

A primeira parte terá como objetivo perpassar alguns aspectos dos planos ponteanos (existência, validade e eficácia), para que, após suas descrições, possamos fixar, com rigor, o modo pelo qual os princípios contratuais “modernos” – sabidamente a boa-fé e a função social – atuam e deixam suas marcas em cada qual.

A importância deste tópico mantém a linha desenvolvida até aqui de, primeiro, bem delimitar o campo em que se irá versar, o que, certamente, evita possíveis dubiedades, haja vista a não-uniformização doutrinária da matéria.

Nesta tarefa descritiva, teremos, como parâmetro principal, a figura do negócio jurídico, algo que não nos impedirá de fazer certas remissões ao ato jurídico *stricto sensu* quando entendermos oportunas.

III.1.1 Aspectos do plano da existência

Como importante nota inicial, deve ser ressaltado que a louvação de qualquer um dos três planos ponteanos como o principal é atitude pouco recomendável, tendo em vista que cada qual tem função própria não mais ou menos relevante. Somente com o entendimento da somatória dos planos é que se pode vislumbrar e compreender toda a funcionalidade do *negócio jurídico*.

Entretanto, é consabido que o plano inaugural apresenta os contornos basilares ao desenvolvimento do negócio, de modo que a perfeita apreensão de seus elementos se mostra imprescindível ao estudo científico que ora se propõe.

Assim, o primeiro passo a ser dado nesta árdua tarefa é fixar, de antemão, qual é a precípua função do plano da existência, para, após, versarmos sobre os seus elementos em específico.

Sua razão de ser está em bem selecionar os substratos que, uma vez reunidos, terão o condão de receber a incidência da norma. Tal escolha – puramente legislativa – faz com que o conjunto de certos elementos ganhe roupagem jurídica. Como visto no Capítulo I, a junção de todos os substratos levados ao mundo do direito compõe o chamado *suporte fático*.

Deve ser acrescentado agora que, dentro desse mesmo suporte fático, destaca-se um núcleo intangível sem o qual não será possível falar propriamente em *existência* do negócio. Fora desse núcleo, cresce o interesse em outro plano que não o inicial, o que, todavia, não deve servir como marco de transição de planos. Isso porque o campo de atuação do plano da validade atinge justamente parte do que fora determinado no primeiro plano. A palavra “existência” pode levar à errônea conotação de que apenas o núcleo permeia o plano; quando, na verdade, esse possibilita a sua abertura, abrangendo, também, todo o resto que se encontra no suporte fático. Conclui-se daí que o núcleo assegura a existência, mas os contornos dela não se esgotam apenas no núcleo.

Por termos eleito como base a espécie do negócio jurídico, quatro elementos se sobressaem, merecendo especial atenção do jurista. São eles: o agente, o objeto, a forma e a vontade negocial³⁰⁰.

Ressalve-se que a apreciação do plano da existência não demandará a pureza dos elementos anunciados, de modo a prescindir de qualquer adjetivação benévola, a não ser que essa esteja descrita com precisão no próprio suporte fático delineado pela norma, trazendo-a a seu núcleo, o que, diga-se, não é usual. A análise minuciosa de eventuais vícios será procedida no segundo plano, como veremos mais adiante.

A chave mestra em relação a esses elementos é detectar onde se encontra a “declaração ou manifestação de vontade”, vez que, em termos literais, como se pôde perceber, não a elencamos como item autônomo. Isso se deve ao fato de que as declarações de vontade correspondem, ao mesmo tempo, a dois dos elementos existenciais (objeto e forma), de sorte que a sua presença é vista sob esses dois prismas.

O primeiro prisma da declaração de vontade irá definir o conteúdo específico do negócio jurídico³⁰¹. Eis, portanto, seu *objeto*³⁰². Esse nada mais é que a combinação das cláusulas contratuais³⁰³: a verdadeira manifestação da autonomia privada entendida como liberdade contratual. É no objeto que se configurarão, quando do preenchimento de seu quadro, os efeitos que serão produzidos no terceiro e último plano, isto é, os tons das relações intra-jurídicas.

Tomando de empréstimo a feliz expressão de R. L. LORENZETTI, o objeto pode ser traduzido, pelo menos aprioristicamente, como a “obra dos contratantes”³⁰⁴. Será deles

³⁰⁰ A nosso ver, apenas os elementos do *objeto* e da *vontade negocial* são exclusivos à espécie do negócio jurídico. Tal constatação se justifica em razão de também encontrarmos o elemento da *forma* nos atos jurídicos *stricto sensu*; e o elemento *agente* tanto nesse quanto nos atos-fatos jurídicos. Indo além, e divergindo em alguns aspectos que os colocados aqui, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO vislumbra a presença de mais dois elementos, quais sejam: o *tempo* e o *lugar* – próprios a todos os fatos jurídicos *lato sensu*. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), pp. 32-33.

³⁰¹ *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 11.

³⁰² O objeto a que aqui nos referimos (isto é, o objeto do negócio jurídico) não deve ser confundido com o objeto da obrigação ou mesmo da prestação. Quem faz muito bem a distinção é M. ANDRADE: “Podemos distinguir aqui o *objecto immediato* ou *conteúdo*, isto é, os efeitos jurídicos a que o negócio tende, conforme as declarações de vontade das partes e a lei aplicável; e o *objecto mediato* ou objeto *stricto sensu*, que vem a ser o *quid* sobre que recaiem aqueles efeitos”. (...) “No 2.º sentido [objeto mediato] o *objecto* do negócio jurídico, como das relações jurídicas que ele se proponha constituir, modificar ou extinguir, vem a ser, até porventura cumulativamente, uma ou várias coisas (corpóreas ou incorpóreas), uma ou várias prestações, ou mesmo uma pessoa”. Cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, v. II, Coimbra, Almedina, 2003, p. 327. O objeto do negócio jurídico apenas se refere ao objeto da obrigação por via reflexa, já que o descreve.

³⁰³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 32.

³⁰⁴ *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 537.

a autoria da modelação das cláusulas. Inclusive, é interessante apontar que fatores de eficácia como condição, termo e encargo têm os seus contornos estabelecidos no plano da existência³⁰⁵, por justamente estarem impressos no objeto.

O que for afeto à parte intangível do objeto é chamado por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO de “elemento categorial essencial inderrogável”³⁰⁶ ou, por boa parte da doutrina, de “*essentialia negotii*”³⁰⁷. Exemplificando, o negócio jurídico de compra e venda, para existir como tal, necessita que em seu objeto haja estipulações como a obrigação de se pagar um preço e a obrigação de se transferir uma coisa. Sem essas, negócio jurídico não há ou, ao menos, não há negócio jurídico de compra e venda³⁰⁸. Por outro lado, existem cláusulas que naturalmente se encontram impressas no objeto do negócio, a despeito de constarem ou não na declaração de vontade. Esse expediente é feito de forma automática pela lei a partir do momento em que, com o preenchimento do núcleo, escolhe-se determinado tipo legal de negócio. São os “elementos categoriais naturais”³⁰⁹, também denominados de “*naturalia negotii*”³¹⁰, que, a rigor, não fazem parte propriamente da “obra dos contratantes”. Ainda tendo como exemplo o contrato de compra e venda, poderíamos pensar na responsabilidade pela evicção (artigo 447 do Código Civil de 2002), que, na realidade, seria um elemento natural a todos os contratos onerosos. Por fim, restam-nos o conteúdo que está fora do núcleo do objeto e é erigido no pleno exercício da autonomia privada. Esse é constituído pelos “elementos particulares”³¹¹ ou “*accidentalialia negotii*”. Os exemplos comuns mais ofertados pelos autores são a condição, termo e o encargo, que, a nosso ver, malgrado efetivamente serem elementos particulares, acabaram

³⁰⁵ R. PETEFFI DA SILVA, *Negócios Jurídicos com Eficácia Limitada e o Novo Código Civil*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil*, v. VI, São Paulo, Método, 2007, p. 317.

³⁰⁶ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 35.

³⁰⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 66.

³⁰⁸ É bom que se esclareça que a existência da espécie abstrata do “negócio jurídico” depende apenas de qualquer objeto; já a espécie concreta do “negócio jurídico de compra e venda” é que dependerá de um objeto que contenha a previsão de duas obrigações que visem à transferência de valores de um lado e a transferência da coisa do outro. Por essa razão, J. DEL NERO distingue a *essentialia negotii in abstracto* da *essentialia negotii in concreto*. Cf. *Conversão...* cit (nota 20 supra), p. 80. Em semelhante sentido, J. C. MOREIRA ALVES: “O preço é elemento essencial específico do contrato de compra e venda, pois, embora não seja êle elemento essencial de qualquer negócio jurídico, o é dêsse contrato”. Cf. *Direito Romano*, v. I, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1971, p. 174, nota de rodapé n. 235.

³⁰⁹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio...* cit (nota 22 supra), pp. 36-37.

³¹⁰ Caso a declaração contenha uma disposição idêntica ao que já está disposto cogentemente ou dispositivamente na lei, tem-se que ela foi supérflua. Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 66.

³¹¹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 39.

obnubilando em demasiado o seu conhecimento por se repetirem infundavelmente na doutrina. Isso porque tudo o que estiver fora do núcleo, como, v.g., uma obrigação acessória, uma derrogação a uma norma dispositiva ou até a aposição de uma cláusula penal é considerado “*accidentalia negotii*”³¹².

Cabe, pois, sintetizar, como bem fizera W. FLUME, que os *essentialia* e *accidentalia negotii* constituem a regulamentação negocial engendrada pelas partes, ao passo que os *naturalia negotii* se traduzem em regulamentação legal, estando, dessa forma, em planos distintos³¹³. A partir desse pressuposto, F. MARINO assevera, portanto, que “os ‘*naturalia*’ estariam no plano da eficácia, ao contrário dos ‘*essentialia*’ e ‘*accidentalia*’, que estariam no plano da existência”³¹⁴.

A concatenação dos pensamentos, a nosso ver, é perfeitamente lógica, e nos levará a uma outra conclusão. Se os *naturalia negotii* estão no plano da eficácia justamente por serem oriundos de regulamentação legal, é crível afirmar que todo o objeto dos atos jurídicos *stricto sensu* também se encontra invariavelmente no plano da eficácia. Eis, então, uma diferença básica entre os elementos do negócio jurídico se comparados aos atos jurídicos *stricto sensu*. Quanto a estes, não há *objeto* no plano da existência; haverá, sim, *objeto* no plano da eficácia, por falta de uma designação melhor que marcasse a distinção do local da regulamentação nos planos³¹⁵.

Já o segundo prisma da declaração de vontade se perfará na *forma* de sua expressão³¹⁶, ou seja, para que o negócio exista, é necessário que a manifestação de vontade tenha se dado de algum modo. As simples conjecturas introspectivas pouco são relevantes ao direito³¹⁷, não sendo consideradas reais *manifestações* de vontade. A grosso

³¹² Nesse ponto, elucidativo é o magistério de F. C. PONTES DE MIRANDA: “Todos os *accidentalia negotii* são franjas ao tipo legal: não o deixam tal como se concebeu no texto legal; põem-lhe algo *ao lado*, ou *em continuação*, ou *em lugar de regras jurídicas dispositivas*. O que aos *accidentalia negotii* é vedado é irem contra regras jurídicas cogentes impositivas ou proibitivas. Onde se impõe, ou se proíbe, a vontade manifestada iria contra a lei; indo contra a lei, sujeita à sanção legal o negócio jurídico. O campo adequado dos *accidentalia negotii* é o do auto-regramento da vontade (onde só há regra jurídica dispositiva + onde não há regra jurídica)”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 66.

³¹³ *El negocio...* cit (nota 211 supra), pp. 112-113.

³¹⁴ *Interpretação do Negócio Jurídico*, São Paulo, 2011, p. 36

³¹⁵ Para exemplificar, na interpelação, o efeito da mora não fora alicerçado na manifestação de vontade, pois inexistente propriamente um objeto configurador de efeitos no plano da existência. O efeito decorre diretamente da lei. Não se deve confundir o conteúdo da manifestação de vontade dos atos *stricto sensu*, isto é, os enunciados que interpelam, com o elemento existencial do objeto, exclusivo dos negócios jurídicos.

³¹⁶ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 126.

³¹⁷ V. RÃO, *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 175

modo, não basta querer; é necessário declarar o que se quer, não importando como o expediente se realizará³¹⁸.

Via de regra, qualquer forma de expressão basta para que o núcleo do suporte fático seja preenchido, quer sendo de maneira expressa (verbal, escrita – por instrumento público ou particular – ou por gestos), quer sendo tacitamente ou pelo silêncio. Quando o ordenamento prescreve específica forma (v.g., a cominada no artigo 108³¹⁹ do Código Civil de 2002), a matéria já será considerada em outro plano, qual seja, o da validade, por razões que serão expostas no próximo tópico.

Entretanto, erro comum é parar-se por aqui. Não há óbice que determinada forma seja trazida ao núcleo do suporte fático. Esse método, na realidade, é comumente verificado quando da análise de atos jurídicos *stricto sensu*, podendo até mesmo, de modo excepcional, verificar-se nos negócios jurídicos bilaterais se assim for o desejo do legislador³²⁰. O ato de celebração do casamento, a nosso ver ato jurídico *stricto sensu* composto por duas vontades, é a maior prova de que, se as manifestações não se perfizerem de determinada forma, o suporte fático descrito pelo artigo 1.514³²¹ do Código Civil de 2002 não será observado, de tal arte que inexistirá a celebração do casamento.

No que tange à seara eminentemente contratual, percebemos que certos tipos de oferta são configurados no sentido de apenas serem compatíveis com aceitações que se derem por meio de uma específica forma. Parar-se na frente de uma máquina de refrigerantes e manifestar verbalmente a vontade de aceitar a oferta certamente não preencherá o núcleo do suporte fático para que se constitua o negócio jurídico assemelhado a ato jurídico *stricto sensu* da aceitação (contrato de consumo por adesão, como visto no Capítulo II). Assim, no caso em tela, a única forma apta de manifestar a vontade será através do ato de introduzir o dinheiro no local indicado.

³¹⁸ Nas palavras de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “(...) no plano da existência, importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam (plano da existência)”. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 126.

³¹⁹ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

³²⁰ Como salienta F. C. PONTES DE MIRANDA: “As exigências de *forma especial* merecem toda a atenção. A forma, como os outros elementos fáticos, pode ser elemento do núcleo do suporte fático, e então é pressuposto de *existência* do negócio jurídico: sem ela, não existe o negócio jurídico. Ou ser elemento complementar, de cuja falta resulte *nulidade* (= ser da *substância* do negócio jurídico), ou resulte anulabilidade”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 20.

³²¹ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Superados os prismas da declaração de vontade e, conseqüentemente, dois dos elementos do negócio jurídico, passaremos agora a versar acerca da *vontade negocial* – ponto que talvez seja o menos sedimentado na doutrina, ainda gerando controvérsias.

Historicamente, grande foi o debate na determinação de qual substrato seria o real motor do negócio jurídico: a vontade ou a declaração de vontade. Não cabe a nós aqui detalhar todas as nuances que foram incursionadas no tema, sob pena de nos desviarmos, de forma incauta, dos nossos objetivos. Desta feita, limitar-nos-emos a apontar as duas teorias tidas como “tipos ideais”, fornecendo a característica central de cada. A primeira, denominada de “teoria subjetiva ou da vontade”, consistia na prevalência da vontade interna sobre a vontade declarada, em que se chegava à conclusão de que uma *declaração sem vontade* não passava de uma declaração aparente, sendo inapta a gerar o negócio³²². Inversamente, a segunda, intitulada de “teoria objetiva ou da declaração”, propunha ser imprescindível ao comércio jurídico gozar de segurança, de tal modo que, para isso ser observado, a declaração de vontade deveria se sobrepor à vontade interna em caso de conflito³²³.

Uma tentativa de harmonizar os dois substratos e que efetivamente responde a algumas das indagações foi proposta por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. O autor aloca a *declaração de vontade* no plano da existência (como vimos, sob os prismas dos elementos do objeto e da forma), ao passo que transporta integralmente a *vontade* ao plano da validade³²⁴, o que o leva, emblematicamente, a concluir que negócios jurídicos entabulados sob coação absoluta são, sim, existentes³²⁵ – algo que a doutrina majoritária sempre

³²² F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, trad. fr. de M. Guenoux, *Traité de Droit Romain*, t. III, Paris, Firmin Didot Frères, 1845, pp. 270 e 278. Para um esboço das teorias subjetivas com atenuações, como a “doutrina da culpa *in contrahendo*” e a “doutrina da garantia clássica”, ou variantes, como a “teoria da conjunção dos dois elementos”, vide V. RÃO, *Ato Jurídico...* cit (nota 3 supra), pp. 190-192.

³²³ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil...* cit (nota 112 supra), p. 185. V. RÃO também indica uma variação da teoria da declaração denominada de “teoria da encarnação da vontade na declaração”, além de mencionar as “teoria da auto-responsabilidade” e a “teoria da confiança”. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), pp. 194-197.

³²⁴ *Negócio...* cit (nota 22 supra), pp. 82-83. O doutrinador adiciona um outro ingrediente ao plano da existência distinto dos demais, o qual denomina de *circunstâncias negociais*. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), pp. 118-125. No Capítulo I de presente estudo, quando da fixação da espécie do negócio jurídico, tecemos nossas críticas ao seu posicionamento, sendo desnecessário repeti-las. Faça-se, ainda, a ressalva de que, segundo o autor, uma parte das discussões sobre a vontade também será transposta ao plano da eficácia, na matéria da interpretação do negócio jurídico. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 96.

³²⁵ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 85.

refutou³²⁶. De qualquer modo, através dessa técnica, não seria caso de exclusão de uma em favor da outra (vontade e declaração de vontade).

Entendemos nós que há patente acerto em relegar ao plano da validade grande parte dos aspectos concernentes à vontade. Todavia, retirar qualquer mínimo de vontade do núcleo do negócio jurídico nos parece radical e virtual³²⁷. Diz-se “mínimo” porque demanda, para a existência do negócio, uma simples cognição de que se está agindo negocialmente de dada forma, pois, a partir disso, pode-se presumir, mesmo que relativamente, a existência de alguma vontade. Inexistindo esse mínimo, não se afigura qualquer função ao segundo plano, que tem como um dos focos de análise a própria vontade. O plano da validade só poderá examinar o conflito entre vontade existente e declaração destoante, e não o falso conflito entre vontade inexistente e declaração.

Acompanhamos, assim, as lições dos autores pátrios V. RÃO³²⁸ e F. C. PONTES DE MIRANDA³²⁹, por afirmarem que a falta da vontade implica a inexistência do negócio. Na mesma esteira, outro que analisou, com acurácia, a questão, agora com base no ordenamento português, foi P. MOTA PINTO, que, após indicar um grande número de facetas da *vontade* atribuídas pela doutrina sem uniformidade³³⁰, entendeu, ao menos, ser necessário “*autonomizar a categoria ‘consciência da declaração’, tendo em conta o seu regime específico, preceituado no artigo 246.*”³³¹. O referido dispositivo legal³³²

³²⁶ Por todos, R. RUGGIERO: “Das duas formas por que se pode exercer coação sobre uma pessoa, apenas interessa para aqui a violência moral ou *vis compulsiva* que, dirigindo-se a extorquir uma declaração, vicia a vontade sem a excluir, e não a violência física ou *vis absoluta*, que exclui completamente a vontade, tirando ao violentado qualquer possibilidade de querer e impedindo assim a existência do próprio negócio jurídico”. Cf. *Istituzioni di Diritto Privato*, trad. port. de A. Santos, *Instituições de Direito Civil – Introdução e Parte Geral – Direito das Pessoas*, v. I, São Paulo, Saraiva, 1957, p. 285.

³²⁷ Não é outro o sentir de J. OLIVEIRA ASCENSÃO: “(...) o Direito não pode prescindir de uma autoria pessoal e concreta da declaração; quaisquer que sejam os limites, e vários são, que tenhamos de levantar à exigência que o conteúdo da declaração pessoal tenha sido realmente querido. Pelo menos, os casos em que a lei permite afastar a vontade concreta são típicos; não é dado ao intérprete generalizá-los”. Cf. *Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos – Direito Civil*, v. II, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 404.

³²⁸ *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 207.

³²⁹ *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 7.

³³⁰ *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 222-224.

³³¹ *Declaração Tácita...* cit (nota 330 supra), p. 225. Acrescenta, ainda, o autor ao compulsar a doutrina alemã: “Refira-se, no entanto, que a doutrina alemã actual considera como ‘consciência da declaração’ o conhecimento pelo agente de que está a declarar jurídico-negocialmente alguma coisa (independentemente do conhecimento do conteúdo). Ou seja, o conhecimento de fazer uma declaração jurídico-negocial *de qualquer conteúdo que seja*, e, portanto, de assumir uma vinculação jurídica”. Cf. *Declaração Tácita...* cit (nota 330 supra), p. 227, nota de rodapé n. 117.

³³² *Artigo 246º (Falta de consciência da declaração e coacção física). A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força*

prescreve, *a contrario sensu*, a necessidade de que o declarante tenha a “consciência de fazer uma declaração negocial”, para a existência do negócio. As assertivas, a nosso ver, aproximam-se muito do que se disse acima quando nos reportamos à vontade negocial mínima como a presunção retirada de uma “simples cognição de que se está agindo negocialmente de dada forma”, o que nos leva a crer que o artigo 246º do Código Civil português de 1966 possa servir de parâmetro para o entendimento científico da polêmica matéria. Assim, retirar todo elemento subjetivo do plano da existência não nos parece acertado³³³.

Neste passo, um exemplo bem ilustra as variações que o tema pode sofrer conforme a orientação adotada. Se alguém tem uma proposta em mãos e, não obstante apuser sua assinatura nela, resolva melhor refletir se irá ou não realmente emitir a aceitação³³⁴, guardando o documento na gaveta, parece-nos que, na hipótese de um terceiro subtrair o referido papel e enviá-lo ao polícitante, o negócio inexistirá por lhe faltar um mínimo de vontade negocial (vale dizer, aceitação não há). Não se pode presumir a existência de uma vontade mínima sem que haja a ciência de que se está agindo negocialmente. Caso a vontade fosse transposta totalmente ao plano da validade, o negócio invariavelmente subsistiria, não havendo, inclusive, como inquiná-lo de invalidade³³⁵, pois, como salientamos, as regras que se encontram no sistema foram elaboradas considerando uma vontade viciada e não uma vontade inexistente³³⁶.

Portanto, no nosso estudo, teremos como elemento existencial do negócio jurídico *um mínimo de vontade negocial*, que se retira, por presunção, da ciência da prática de um ato negocial, sendo irrelevante, ao plano da existência, se tal cognição fora ou não

física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário.

³³³ Evidenciando o caráter subjetivo, P. MOTA PINTO afirma: “Tirando *nuances* de formulação, existe, portanto, *consenso* quanto ao sentido substancial da ‘consciência de fazer uma declaração’, prevista no art. 246.º. Nesta inclui-se a voluntariedade, além da própria acção, da realização *de uma declaração jurídico-negocial*, representando, em suma, um requisito subjectivo (cuja apreciação não pode, pois, ser feita a partir de um ponto de vista objectivo, como o da interpretação) reportado ao comportamento enquanto declaração de vontade jurídico-negocial, qualquer que seja o conteúdo desta”. Cf. *Declaração Tácita...* cit (nota 330 supra), pp. 229-230.

³³⁴ Expediente que ocorrerá apenas com o envio e chegada da mesma ao polícitante.

³³⁵ A única solução a se aventar ao pseudo-oblatio seria o socorro aos mecanismos da responsabilidade civil contra o terceiro. Entretanto, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO defende que o negócio poderia ser anulado, pois, apesar de não haver previsão genérica no Código Civil de 1916, o art. 89, que trata do erro através de interposta pessoa, teria a mesma essência. Cf. *Negócio Jurídico e Declaração...* cit (nota 289 supra), pp. 162 e 164.

³³⁶ Mais a frente, no tópico IV.2, retomaremos o exemplo com desdobramentos oriundos do princípio da boa-fé.

viciada. Por outro lado, não deve ser olvidado que grande parte da vontade está, de fato, fora do núcleo do negócio, abrangendo toda a cognição dos planejados efeitos, a qual será matéria do plano da validade.

Ainda é necessário mencionar que, quando tratamos de negócios jurídicos bilaterais, deve ser acrescido ao *mínimo de vontade negocial* um caráter adjacente, que tem como fito acoplar-se a outra vontade negocial. Tanto o negócio jurídico da oferta quanto o negócio jurídico da aceitação – esse último com todas as especificidades suscitadas no Capítulo II –, ao serem levados ao suporte fático contratual, refletirão essas duas vontades unidas, donde exsurge o elemento do *consenso*, que nada mais significa do que uma presunção alicerçada na “ciência dos agentes pela prática de um ato negocial em conjunto”³³⁷.

Encerrando as considerações sobre o elemento, deve ser dito que o suporte fático somente será preenchido se a vontade revelar um tom de “seriedade negocial”. Caso contrário, ter-se-ia o problema de “juridicizar” atos jocosos, didáticos etc³³⁸, matéria essa que evidentemente não interessa ao direito, devendo ser afastada desde logo no plano da existência.

Apesar de ser um axioma aceito pela maioria dos juristas pátrios, melhor seria que tal traço, até por estar no núcleo do suporte fático, tivesse sido normatizado no Código Civil de 2002, a exemplo do que se observa no Código Civil português de 1966, que, em seu artigo 245^o³³⁹, abstém o declarante de qualquer efeito contratual quando esse profere

³³⁷ Em semelhante sentido, P. MOTA PINTO: “Acrescente-se, aliás, que mesmo deixando intocada para já a questão de saber se a emissão em direcção *ad altero homine* é uma nota essencial da declaração, sem a qual não se pode falar de um comportamento declarativo – parece certo dever a consciência da relevância jurídica do comportamento abranger também o aspecto da *emissão da declaração*, pois só se esta for voluntária a produção de uma vinculação à face do direito o poderá ser igualmente”. Cf. *Declaração Tácita...* cit (nota 330 supra), pp. 230-231.

³³⁸ V. RÃO, *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 210. M. ANDRADE destoa desse entendimento, alocando as *declarações não sérias* de vontade (classificadas por ele como jocosas, cênicas, didáticas ou publicitárias) como causa de nulidade, por haver divergência entre vontade interna e declaração. Cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica...* cit (nota 302 supra), p. 218. Nesse ponto, concordamos integralmente com N. NERY JR. que, criticando M. ANDRADE, diz não ser caso de incongruência entre vontade e declaração de vontade, tendo em vista que aquela, na realidade, inexistente: “Manuel de Andrade coloca as *declarações não sérias* (emitidas por brincadeira, jactância, na cátedra ou no teatro) no rol daquelas onde há divergência intencional entre a vontade e a declaração. Ocorre que, no caso, nem há manifestação da vontade, vale dizer, inexistente vontade idônea à formação do negócio jurídico, motivo por que entendemos não configurar uma hipótese de divergência entre a vontade e a declaração” (...) “A consequência disto é a *inexistência* do negócio jurídico, por lhe faltar um elemento essencial: vontade”. Cf. *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, pp. 12 e 51.

³³⁹ Artigo 245º (*Declarações não sérias*). 1. A declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito. 2. Se, porém, a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratório a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito de ser indemnizado pelo prejuízo que sofre.

uma declaração não séria. Na exegese do dispositivo, P. MOTA PINTO aduz que, independentemente do caso, isto é, se a declaração não séria for ou não de reconhecimento do público em geral, não se formará o negócio³⁴⁰. E isso se dá porque, sem uma declaração negocial séria, o suporte fático não é minimamente preenchido, o que, por outro lado, não impossibilita a deflagração da responsabilidade civil na hipótese de a falta de seriedade na declaração não poder ser reconhecida no contexto dos destinatários, como se extrai do item 2 do referido artigo.

Antes de passarmos ao último elemento, é necessário, ainda, pontuar que, em relação aos atos jurídicos *stricto sensu*, apenas se requer seriedade na vontade mínima. Isso porque, como vimos no Capítulo I, a “negociabilidade” não está presente no suporte fático dessa espécie de fato jurídico, conquanto possa ser verificada no mundo dos fatos.

Por último, e invertendo a ordem costumeira, falta-nos dedicar algumas linhas sobre o *agente* ou *pessoa*. Esse elemento, que permeará tanto os negócios jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos jurídicos, não pode ser confundido simplesmente com o ser humano. E isso se dá por duas razões. A primeira, como bem rememora A. MENEZES CORDEIRO, porque nem sempre a história interligou simetricamente o ser humano com a pessoa – o passado escravagista assim prova –, sendo “recente”, apesar de salutar, a ideia de perfeita transposição. Já a segunda se dá pela presença de *peçoas jurídicas* (v.g., associações, fundações, sociedades etc), que evidentemente não se confundem com a ideia de ser humano, por maior que seja a abstração³⁴¹. Assim, para evitar imprecisões, o *agente* deve ser considerado como aquele que é suscetível de ter direitos e contrair deveres, algo que, como sabido, não foge da prescrição do artigo 1º³⁴² do Código Civil de 2002.

III.1.2 Aspectos do plano da validade

O segundo plano que ora nos abre tem como traço fundamental proceder um acurado exame sobre a vontade e a declaração de vontade. E isso, diga-se, é bastante lógico. A partir do momento em que a vontade e declaração passam a ter papel fundamental no sistema, recebendo incidência normativa e possibilitando a produção de efeitos jurídicos, nada mais natural que o ordenamento destaque outras normas para

³⁴⁰ *Declaração Tácita...* cit (nota 330 supra), pp. 253-254.

³⁴¹ *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral – Pessoas*, v. I t. III, Coimbra, Almedina, 2004, p. 16.

³⁴² *Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*

diagnosticar a “qualidade” e “profundidade” delas, analisando não só a *higidez* e o *alcance*, como também a *simetria* entre ambas.

A higidez será mensurada tanto nos negócios jurídicos quanto nos atos jurídicos *stricto sensu*. O seu foco recairá em qualificações de dois dos elementos existenciais acima estudados.

Primeiramente, o “agente” há de ser *capaz*, uma vez que o discernimento é fator fundamental para a prática de atos da vida civil, que, sublinhe-se, são eminentemente volitivos. Assim, a falta de maturidade (presumida aos menores de 18 anos) e eventuais falhas de cognição em função de patologias ou prodigalidade³⁴³ maculam, por via reflexa, a vontade, tornando-a imprópria ao suporte fático (artigos 3º e 4º c.c. artigo 104, inciso I, todos do Código Civil de 2002), como meio de proteção ao próprio agente³⁴⁴.

Já a “vontade negocial”³⁴⁵ deve ser diretamente isenta de *vícios*³⁴⁶ (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo), pois, se assim não for, ela não poderá ser considerada totalmente livre³⁴⁷. O ordenamento, por mais um turno, entende-a imprópria (artigo 171, inciso II, do Código Civil de 2002), tendo o mesmo fim supradescrito, qual seja: o de proteger seu agente. A par disso, é adequado tratar dentro dessa sistemática o motivo determinante ilícito (inovação do artigo 166, inciso III, do Código Civil de 2002), pois tal razão interna conspurcará a própria vontade negocial, impurificando-a de maneira a ganhar reprovação do ordenamento³⁴⁸.

³⁴³ A enunciação separada da prodigalidade se justifica porque nem toda prodigalidade é considerada uma patologia, podendo-se tratar, como menciona J. M. CARVALHO SANTOS, de mera “moralidade corrompida”. Cf. *Código Civil Brasileiro Interpretado – Introdução e Parte Geral (arts. 1-42)*, v. I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, p. 272.

³⁴⁴ J. F. SIMÃO, *Responsabilidade Civil...* cit (nota 50 supra), pp. 20-21.

³⁴⁵ Como vimos, no caso dos atos jurídicos *stricto sensu*, exclui-se a “negociabilidade”, necessitando apenas da “seriedade”.

³⁴⁶ Tais vícios normalmente são denominados pela doutrina como “vícios do consentimento”. Porém, para evitar confusão semântica com o elemento nuclear do consentimento (analisado no tópico anterior), evitemos a utilização da expressão.

³⁴⁷ A propósito, o magistério de SAN TIAGO DANTAS: “(...) se o querer do agente estava travado, em consequência de uma causa qualquer capaz de tolher o seu arbítrio, o ato se apresenta viciado (...)”. Cf. *Programa...* cit (nota 79 supra), p. 270.

³⁴⁸ Um recorrente exemplo ofertado pela doutrina seria a nulidade de um contrato de compra e venda que objetivava a aquisição da propriedade de bem imóvel para explorar a prostituição. Cf. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 154.

Cabe, pois, concluir que a falta de discernimento, de liberdade e de pureza desqualificam a vontade a ponto de fazer o ato ou negócio jurídico serem tidos como inválidos³⁴⁹, ou seja, inadequados para a perfeita produção de efeitos jurídicos.

Para aparar arestas, faça-se ainda um breve parêntesis sobre o instituto do erro na sistemática adotada. Tecnicamente, não será sempre que haverá vício na vontade negocial. O erro também pode se dar quando há mera assimetria entre vontade e declaração, não se vislumbrando qualquer real vício na vontade (v.g., quer-se fazer uma locação, mas se acaba, por equívoco, declarando um comodato). Eis, portanto, o que a doutrina chama de *erro-obstativo*, o qual difere do *erro-vício* que se enquadraria no parágrafo acima, na medida em que neste, diferentemente daquele, o engano já faz parte da própria representação mental, construindo viciosamente a própria vontade (v.g., quer-se determinado relógio da vitrine que se pensa ser de ouro, e efetivamente declara-se que se quer comprar aquele mesmo relógio, porém, depois de realizada a compra, percebe-se que o objeto não tinha a qualidade imaginada). A grosso modo, no primeiro caso, o equívoco se perpetra na declaração, fazendo essa diferir da vontade (questão de simetria); enquanto no segundo o equívoco se perpetra desde a vontade, deturpando-a de plano³⁵⁰ (questão de higidez). Por essa razão, J. ABREU critica o tratamento legal conjunto entre erro-vício e erro-obstativo, posto serem categorias autônomas³⁵¹.

Outro instituto que também diz respeito à dissonância entre vontade e declaração é a simulação relativa. Nesse defeito do negócio, o que se declarou não condiz

³⁴⁹ Não iremos aqui diferenciar os casos de nulidade e anulabilidade, por ser prescindível aos anseios de nosso estudo. Para um elenco de distinções, vide ZENO VELOSO, *Invalidade do Negócio...* cit (nota 274 supra), pp. 313-314.

³⁵⁰ É a síntese de SAN TIAGO DANTAS: “Note-se, então, que o erro, neste último sentido [vício], é bem diferente do erro entre a vontade e a declaração. No erro de discordância entre a vontade e a representação se tem uma representação exata das coisas, forma-se sobre a coisa uma vontade válida, mas, ao manifestá-la, há engano nos meios de expressão, enquanto que neste segundo caso que agora se vê, no erro-vício, ocorre engano é ao formar-se uma representação da coisa, de tal maneira que a vontade já se construiu viciosamente”. Cf. *Programa...* cit (nota 79 supra), p. 272.

³⁵¹ A respeito, é contundente o autor: “É lamentável e sobretudo incongruente o posicionamento adotado, uma vez que o erro obstativo é uma categoria autônoma, sem dúvida alguma, sendo erro somente nas aparências”. Cf. *O Negócio Jurídico e a sua Teoria Geral*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 239. Analogamente, verifica-se semelhante crítica no direito penal, quando do tratamento do *erro de tipo* e do *erro na execução*, como se afere em R. GRECO: “A palavra *erro*, aqui empregada [erro na execução], não tem o sentido de falso conhecimento da realidade. Nesse caso, como veremos a seguir, o agente conhece exatamente aquilo que está acontecendo. Contudo, por um desvio no golpe ou por uma aberração no ataque, o a gente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. Não há, portanto, tecnicamente, qualquer pensamento dissociado da realidade, como acontece nas hipóteses de erro”. Cf. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v. I, 14ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2012, p. 608. Com as devidas restrições científicas de ramos distintos do direito que são, fácil é perceber a aproximação entre o “erro de tipo” com o “erro-vício” e o “erro na execução” com o “erro-obstativo”.

com a vontade interna, mas agora de modo proposital³⁵². Isso, por outro lado, nada interfere na solidez da vontade, que permanece hígida, apesar de destoar da declaração³⁵³.

A nosso ver, a diferença entre a assimetria da vontade e da declaração da vontade no erro-obstativo e na simulação relativa reside no confronto dos elementos do negócio. Explica-se. Enquanto no erro-obstativo a problemática da vontade se dá com o prisma da forma (o equívoco é perpetrado na mecânica da expressão da declaração de vontade, deturpando o conteúdo da manifestação); na simulação, a discordância da vontade se dá com o prisma do objeto (intencionalmente não se almejam aqueles efeitos tal como configurados pelas partes). Conclui-se daí que as hipóteses de erro-obstativo são compatíveis com a espécie do ato jurídico *stricto sensu* (v.g., por uma falha redacional, em um testamento, exterioriza-se o conhecimento de que é pai de Tício quando claramente queria se dizer Mévio); ao passo que os casos de simulação são incompatíveis com essa mesma espécie, uma vez que inexistente propriamente um objeto no plano da existência.

Assim, explanada a distinção entre o erro-obstativo e a simulação com os outros institutos, concordamos integralmente com SAN TIAGO DANTAS, que, ao classificar os defeitos do negócio, estabelece dois grupos, quais sejam: os que refletem discordância entre declaração e vontade e os que se caracterizam por ter a própria vontade viciada³⁵⁴.

Concluído o primeiro diagnóstico, no qual tratamos simultaneamente da higidez e simetria, passa-se ao próximo diagnóstico, que tem como campo de análise a declaração de vontade, especificamente no prisma do objeto. Seu escopo será controlar o alcance que a configuração dos efeitos formulada pelo agente poderá ter, de tal modo que, por lógica, na discussão, exclui-se a espécie dos atos jurídicos *stricto sensu*, em razão de a modulação ser pré-determinada pela lei.

Como observamos no Capítulo I, o quadro que é ofertado ao indivíduo na construção dos efeitos não é ilimitado, tendo o seu contorno estabelecido pelo ordenamento³⁵⁵. Em outras palavras, não é permitido ao agente dar qualquer alcance à sua

³⁵² M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 161.

³⁵³ Nesse passo, o Código Civil de 2002 opera a abstração de trazer para o objeto do negócio a própria vontade interna não declarada, descartando-se completamente o “espectro” da declaração/objeto. Assim, se a vontade passar por todos os diagnósticos de validade, terá o condão de fazer com que o negócio subsista (art. 167) conforme seus exatos termos. Tal fenômeno veio a ser intitulado pela doutrina como “extraversão”. Cf. M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 165.

³⁵⁴ *Programa...* cit (nota 79 supra), p. 270.

³⁵⁵ A respeito, F. C. PONTES DE MIRANDA: “A lei não deixa, inteiramente, à vontade dos interessados configurar as relações jurídicas. Por vezes, preestabelece-as de modo claro e irremovível; outras vezes, cria alguns tipos de relações jurídicas, dentre as quais se pode escolher o que convém. Ali, a cogência é absoluta;

declaração de vontade, sob pena de ver determinada cláusula ou o próprio negócio invalidado.

Assim, no ordenamento pátrio, opera-se um triplo controle que consiste na fixação de que o objeto não pode ser ilícito, impossível ou indeterminável (artigo 166, inciso II, do Código Civil de 2002), gerando uma contenção da escolha eficaz do negócio.

A ilicitude do objeto abrange, segundo o magistério de M. MELLO, a “*contrariedade à lei, à moral (bons costumes) e à ordem pública*”³⁵⁶. Quanto ao primeiro dos três itens, é inegável que o escorço dos dispositivos que contenham comando proibitório constitui a principal fonte de limitação à autonomia privada, refletindo, em certa medida, o grau de intervenção do Estado, que pode aumentar ou diminuir a área destinada aos particulares, conforme a política que se mostre mais adequada à realidade econômico-social do país. A esse fenômeno, deu-se o emblemático nome de “*dirigismo contratual*”³⁵⁷.

A contrariedade à lei, diga-se, pode se dar tanto direta quanto indiretamente, como se extrai da leitura do artigo 166, incisos VI e VII, do Código Civil de 2002. Para exemplificar, o elenco encontrado no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor traz um grande número de cláusulas que não podem ser insertas no negócio jurídico, de tal arte que, se os preceitos não forem atendidos, haverá afronta direta à lei. Em suma, nesse caso, o plano da validade barra o alcance pretendido pela declaração de vontade ao erigir tais disposições, por serem consideradas ilícitas pelo ordenamento.

Entretanto, ante a criatividade do ser humano para contornar restrições, fez-se necessário prever que afrontas indiretas à lei também sejam alvo do controle aqui estudado. Ainda a título de ilustração, não é lícita a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (artigo 550 do Código Civil de 2002), isto é, em termos de teoria do negócio

aqui, a escolha entre tipos de relações jurídicas deixa às vontades preferir uma ou outra, respeitados os limites, isto é, o número clauso de tipos (cogência relativa)”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 56.

³⁵⁶ *Teoria...* cit (nota 3348 supra), p. 123.

³⁵⁷ ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 30, nota de rodapé n. 10. Ainda sobre o tema, F. C. PONTES DE MIRANDA preceitua: “O propósito de política jurídica é, aí, a defesa de contraentes que se têm como menos resistentes ou mais fracos, econômica e socialmente. Sobreveio, porém, com a crise provocada pelo capitalismo e a burocracia improdutiva, a crescente criação de novos limites ao auto-regramento da vontade. O contrato de locação de serviços bifurcou-se em *contrato de locação de serviços* e *contrato de trabalho*. Em alguns países, o estreitamento do auto-regramento da vontade foi mais acentuado do que noutros: o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu (diz-se) a produção, a distribuição e o consumo; tabelou preços e salários; regulou o contrato de trabalho até os últimos pormenores. Mais profundamente o fez quando, em vez de em regras legais, se permitiu fazê-lo em provimentos e atos de administração, mais ou menos arbitrariamente”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), pp. 59-60.

jurídico, não é viável que o agente, ao declarar sua vontade, preencha o objeto de modo a se obrigar a transferir gratuitamente bens ou vantagens de seu patrimônio. Porém, se o indivíduo primeiramente doar a um terceiro para que esse, após, opere nova doação agora ao cúmplice do cônjuge adúltero, evidencia-se uma tentativa de burla à proibição legal. A saída contra esse tipo de situação foi também cominar nulidade à afronta indireta, a qual se deu a intitulação de “fraude à lei imperativa”³⁵⁸.

Neste passo, não poderíamos deixar de fazer remissão à ponderação doutrinária a respeito da expressão. A. VON THUR defende que a afronta à lei, para se caracterizar como tal, não depende do conhecimento das partes, de modo que é irrelevante ter ou não havido deliberada tentativa de se esquivar do preceito proibitório³⁵⁹. Por essa razão, M. MELLO tece ferrenha crítica ao artigo 166, inciso VI, do Código Civil de 2002, pois, além de conter o signo “fraude”, que tem a denotação semântica de “*dolo, burla*”³⁶⁰, também requer expressamente a intenção das partes (“*tiver por objetivo fraudar lei imperativa*”). De qualquer forma, segundo o autor, uma solução que se apresenta para contornar a falha do legislador civil é invocar o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visto ser inviável alegar a *ignorantia iuris* para se imunizar da lei³⁶¹, havendo presunção absoluta de que todos conhecem as proibições normativas.

Completando o quadro, a inclusão da contrariedade aos bons costumes e à ordem pública no âmbito da ilicitude decorreria através de interpretação sistemática extraída dos artigos 122³⁶² e 2.035, parágrafo único³⁶³, ambos do Código Civil de 2002³⁶⁴.

³⁵⁸ Além disso, saliente-se que o primeiro negócio de doação ao terceiro, aparentemente incólume, também é nulo, seja em função da ilicitude do motivo determinante que permeou a vontade negocial (art. 166, inciso III, do Código Civil de 2002), seja pelo recurso da simulação relativa por interposta pessoa (art. 167, § 1º, inciso I, do Código Civil de 2002).

³⁵⁹ *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1951, trad. esp. de T. Ravà, *Derecho Civil – Teoría General del Derecho Civil Alemán*, v. III, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1947, pp. 10-11.

³⁶⁰ CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, v. III, Rio de Janeiro, Editôra Delta, 1958, p. 2.314.

³⁶¹ *Teoria...* cit (nota 348 supra), pp. 128 e 130-131.

³⁶² Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

³⁶³ Art. 2.035 (...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

³⁶⁴ A título de curiosidade, o art. 280 do Código Civil português de 1966 condensa as invalidantes do objeto aqui tratadas: *Artigo 280º (Requisitos do objecto negocial). 1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.*

Definir o que são bons costumes e ordem pública sempre foi tarefa obtusa à doutrina³⁶⁵, sendo mais palpável apurá-los quando do seu não-atendimento, como bem nos lembra ORLANDO GOMES³⁶⁶. Todavia, quanto ao segundo, J. OLIVEIRA ASCENSÃO problematiza relatando, com razão, que os exemplos ofertados de afronta à ordem pública acabam, na realidade, fazendo parte de direta violação legal em função do elevado plexo de normas encontradas no sistema (v.g., pensemos na vedação ao anatocismo³⁶⁷), donde se conclui que a sua invocação tem caráter subsidiário de difícil aplicação, tal qual se observa com o instituto do enriquecimento sem causa³⁶⁸. Por outro lado, se os bons costumes padecem da mesma dificuldade conceitual – diga-se, agravada pelas aproximações e distinções do que se entende por “moral”³⁶⁹ –, as ilustrações, ao menos, são mais fáceis. Basta recordar que, recentemente, a mídia noticiou a história de uma garota que leiloou sua virgindade, tendo recebido vários lances de alto valor. Não é muito difícil perceber, e aqui sem nos imiscuirmos em questões atinentes aos direitos da personalidade, que, no atual momento da sociedade, um contrato que contenha no seu objeto esse tipo de convenção é nulo por justamente contrariar os bons costumes.

³⁶⁵ Apenas para referência, V. RÃO conceitua os bons costumes como: “(...) o modo constante e comum de se proceder de acôrdo com os ditames da moral social, segundo cada povo a concebe”. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 160. A ordem pública, por sua vez, seria subdividida em nacional e internacional. Como explicam E. ESPÍNOLA e E. ESPÍNOLA FILHO, a primeira, também chamada de interna, diz respeito a todo conjunto de normas coativas vigentes no país, enquanto a segunda, afeta ao direito internacional privado, perfar-se-ia no conjunto de preceitos indispensáveis à manutenção da vida social, sob o ponto de vista político, econômico e moral. Cf. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Arts. 10 – 18*, v. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, pp. 521 e 523. Percebe-se, portanto, que há dificuldades em se distinguir, conceitualmente, a ordem pública dos bons costumes, pois aquela parece conter este.

³⁶⁶ *Contratos...* cit (nota 114 supra), pp. 28-29. Também evidenciando a dificuldade de conceituação da ordem pública, J. DORAL e M. ARCO: “*Es algo que se intuye con mayor facilidad que se define*”. Cf. *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium, 1982, p. 17.

³⁶⁷ Decreto n.º 22.626/1933

Art. 4º. *E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.*

³⁶⁸ *Teoria Geral – Ações...* cit (nota 327 supra), p. 270.

³⁶⁹ R. IHERING faz longo percurso histórico, inclusive envolvendo estudo etimológico, para dissociar a moral dos bons costumes, concluindo que: “A língua fala de costume de determinado país, de determinada classe, de determinado povo, de determinado lugar, e não de uma moral de um país, de uma classe, de um povo, de um lugar. Destarte ela delinea a natureza distintiva de ambas – o contraste entre o que é meramente condicionado e o que é absolutamente obrigatório. Expressando-se o pensamento lingüístico a este respeito, temos que o costume é algo condicionado, local, nacional, socialmente. Ele só obriga onde existe. O costume eu deixo na minha pátria ao viajar, subordinando-me ao costume do país em que me encontro, conquanto venha a diferir sensivelmente do que vigora em meu lugar de origem. Mas a moral me acompanha em minha viagem pelo mundo afora. Um ato imoral – fraude, furto, gula, adultério – não me causará impressão diferente da que me causaria em casa, ainda que eu esteja entre um povo selvagem no qual tais atos sejam corriqueiros, e que não se veja nele nada de escandaloso”. Cf. *Der Zweck im Recht*, trad. port. de J. Correa, *A Finalidade do Direito*, v. II, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, pp. 34-35.

Tangenciada a ilicitude, passemos agora à impossibilidade do objeto. Comumente, a doutrina divide-a em *impossibilidade física* e *impossibilidade jurídica*. A primeira se verifica quando os anseios dispostos no objeto são irrealizáveis porque os deveres ou obrigações assumidos estão absolutamente fora do alcance humano (v.g., obrigar-se a estar em dois lugares ao mesmo tempo). Já a segunda se perfaz na inviabilidade jurídica do objeto, isto é, na impossibilidade de se obter o efeito pretendido em razão de não se compatibilizar minimamente com a estrutura do sistema como um todo³⁷⁰. Assim, é juridicamente inviável ao agente apropriar-se de *res extra commercium*, da mesma forma que o é transferir coisa que não lhe pertence. Observe-se que não se trata de ilicitude, pois nem mesmo se consegue cogitar a transgressão. A essas duas figuras, pode-se acrescentar, ainda, a *impossibilidade lógica*, que se caracterizaria pela ininteligibilidade ou contrariedade das convenções estipuladas no objeto³⁷¹. Deste modo, a declaração de vontade que não faz sentido é evidentemente inapta a propulsionar a geração de efeitos, sendo obstada pelo ordenamento, no plano da validade.

Neste diapasão, como estamos trabalhando com o controle do objeto, é cabível, e até certo recomendável, a nosso ver, inserir as considerações sobre o vício social da fraude contra credores. Isso porque, por mais um turno, estaremos versando sobre uma inviabilidade do alcance da declaração de vontade. Quem está em estado de insolvência ou na iminência de se tornar insolvente não poder transferir seus bens, seja gratuitamente ou onerosamente (artigos 158 e 159, ambos do Código Civil de 2002), como forma de proteção aos credores. Veja-se que não é questão de vontade viciada ou assimetria entre a vontade e a declaração, como ocorre com os outros defeitos do negócio jurídico. No caso da fraude contra credores, o que se impede é apenas o alcance que se queira dar ao objeto por alguém que se apresenta insolvente ou se tornará insolvente com a famigerada alienação. Somente através deste foco é que será possível superar as críticas proferidas por boa parte da doutrina, como veremos mais adiante, no sentido de que melhor seria se a matéria permeasse tons de ineficácia e não de invalidade como optou o Código Civil.

Por fim, a invalidade ainda recairá no objeto caso esse seja totalmente indeterminável. Com isso, quer-se dizer que, se for possível determinar o objeto em um

³⁷⁰ Nas palavras de V. RÃO: “A impossibilidade jurídica diz respeito a todo objeto consistente em um *quid* incompatível com o ordenamento jurídico, a ponto de não se poder conceber sua existência dentre dêste ordenamento”. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 154.

³⁷¹ M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 145. Como o art. 166, inciso II, do Código Civil de 2002, não discrimina qual impossibilidade que levará a nulidade, a inclusão da *impossibilidade lógica* está perfeitamente dentro do elastério da norma.

momento posterior, através do que se denomina de ato de concentração (negócio jurídico auxiliar), o objeto não padecerá de invalidade por justamente ser determinável³⁷². Contudo, caso o objeto seja indeterminado e indeterminável, teremos, de plano, sua nulidade. A lógica é simples: se os efeitos são determinados pelo objeto, sendo esse indeterminável, não há como haver, por óbvio, produção eficaz, pois faltarão os contornos necessários para armar a concretização da obrigação ou do dever.

Se parássemos por aqui, a lição estaria incompleta. O plano da validade ainda revela outra função, com tons de acautelamento dos agentes. É consabido que, quando a declaração de vontade deve se realizar de determinada forma, caso essa não seja observada, o negócio será inválido (artigo 166, incisos IV e V, ambos do Código Civil de 2002). A principal razão pela qual o ordenamento prevê esse tipo de prescrição é ressaltar às partes a importância e as consequências que suas declarações de vontade irão gerar³⁷³. A mensagem, em linhas gerais, é uma: chamar a atenção dos indivíduos, mormente os que irão se onerar com o negócio³⁷⁴.

Isso passa despercebido no mais das vezes, porquanto a adoção de específica forma é vista, normalmente, como um óbice à realização de que se almeja, até em virtude dos gastos a serem expendidos ou pela simples perda do tempo³⁷⁵. Contudo, é inegável

³⁷² W. BARROS MONTEIRO – R. B. TAVARES DA SILVA, *Curso de Direito Civil - Parte Geral*, v. I, 42ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 222.

³⁷³ C. ZANETTI, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil, 2010, p. 222.

³⁷⁴ É de se esclarecer que os preceitos formais já tiveram outras funções no passado, como atesta E. ROPPO: “Nos direitos antigos as prescrições de forma tinham conotações simbólicas, de tipo mágico e religioso, e reflectiam um estado de evolução jurídica, em que as normas da lei não se distinguiam nitidamente dos preceitos divinos e das praxes rituais. Além disso, constituíam praticamente o meio mais elementar para distinguir os vínculos jurídicos, daqueles a que não devia reconhecer-se valor vinculante no plano geral”. Cf. *O Contrato...* cit (nota 3 supra), p. 99. Ao exame do último excerto, apesar da abordagem científica dos planos ser relativamente recente, parece acertado ventilar que as prescrições formais, antigamente, estariam alocadas no plano da existência, definindo o que era ou não jurídico.

³⁷⁵ Nesse sentido, não se olvide o crítico testemunho de J. OLIVEIRA ASCENSÃO, que, após elencar as “clássicas” funções da forma, afirma: “Eventualmente, encontrar-se-á uma quarta razão, nunca confessada: o propósito da lei de dificultar certos negócios a que é desfavorável, mas que não vai até o ponto de proibir. Estas razões nem sempre são convincentes, e nem sempre encontram aplicação coerente. A exigência de forma é de molde a juntar de burocracia o mundo do Direito e portanto a ser fomentada por aqueles que vivem da burocracia. Por outro lado leva frequentemente a postergar a vontade das partes, em vez de a favorecer: ou porque surpreendidas por uma exigência formal com que não contavam, ou porque vencidas por uma burocracia que não ousam afrontar”. Cf. *Teoria Geral – Ações...* cit (nota 327 supra), p. 56. Também criticando as prescrições formais, A. MENEZES CORDEIRO: “Não obstante as apregoadas justificações da forma legal, quando prescrita – a reflexão das partes, a facilidade da prova e a publicidade – o seu desrespeito não concita, nos níveis ético, psicológico e social, a reprovação enérgica que o Direito lhe conecta”. Cf. *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), p. 771. Talvez, por essas razões, a grande utilização de contratos preliminares, que, como sabido, dispensa a rigidez da forma (art. 462 do Código Civil de 2002).

que, inconscientemente, a necessidade de se ir ao Tabelionato de Notas para outorgar uma escritura pública (v.g., que vise à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóvel, com valor superior a trinta salários mínimos³⁷⁶, assim como para efetuar a renúncia de uma herança³⁷⁷) ou mesmo o imperativo de se pactuar um contrato de fiança por escrito³⁷⁸ acabam conferindo não só um maior prazo de reflexão ao agente como também de maior seriedade ao certame, evitando, em última análise, atos volitivos impulsivos³⁷⁹. Com efeito, o diagnóstico é de maturação da vontade.

Por essa razão, não é surpresa que um dos atos jurídicos mais solenes que se encontra no Código Civil de 2002 é a celebração do casamento, como facilmente se afere da leitura dos artigos 1.533 e seguintes. Com uma certa precisão, o grau de comprometimento que se inicia com o ato – ao qual, curiosa ou didaticamente, J. OLIVEIRA ASCENSÃO denomina de “*consideravelmente grave*”³⁸⁰ – suplanta quaisquer interesses meramente patrimoniais, tendo inúmeras implicações, razão pela qual se justifica o tratamento conferido.

A par dessa função acautelatória da forma, é bem verdade que outras podem ser delibadas³⁸¹, com maior ou menor relevo dependendo do caso. A forma prescrita à transação³⁸², por exemplo, mais que conferir um prazo reflexivo de acautelamento,

³⁷⁶ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

³⁷⁷ Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

³⁷⁸ Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

³⁷⁹ Conforme o magistério de C. ZANETTI: “(...) a exigência da adoção de forma específica para os negócios jurídicos tendentes à constituição, modificação ou transferência de direitos reais sobre imóveis tem por objetivo chamar a atenção de ambos os contratantes para a importância do negócio jurídico que pretende concluir”. (...) “De acordo com os estudiosos europeus, a exigência de forma visa chamar a atenção do fiador para a possibilidade de concluir um contrato que submete seu patrimônio a particular risco. A experiência ensina que a fiança nem sempre é precedida da devida reflexão e que não raro os garantidores supervalorizam a solvabilidade dos devedores, na esperança de que efetuem o pagamento tempestivamente. Para chamar a atenção para tais riscos e submeter a vontade do fiador à prova, exige-se, amiúde, que a declaração seja feita por escrito”. Cf. *A Conservação dos Contratos...* cit (nota 373 supra), pp. 226 e 239.

³⁸⁰ *Teoria Geral – Ações...* cit (nota 327 supra), p. 56.

³⁸¹ Para uma ampla ilustração das funções da forma, vide C. ZANETTI, *A Conservação dos Contratos...* cit (nota 373 supra), pp. 219-250. A par dessas, confira ainda E. ROPPO, *O Contrato...* cit (nota 3 supra), pp. 100-101.

³⁸² Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

adiciona segurança ao que fora declarado³⁸³, impedindo, ao menos parcialmente, novas tergiversações que poderiam exsurgir se o negócio tivesse se dado na forma verbal.

Apresentadas todas essas nuances, resta claro que a presença de um plano da validade, em termos de direito civil³⁸⁴, justifica-se apenas quando a vontade e a declaração de vontade fazem parte do suporte fático normativo, justamente por ser sobre elas, como demonstramos, que o plano se sobrepõe. Um fato jurídico *stricto sensu* ou um ato-fato jurídico nunca serão inválidos³⁸⁵. A comistão e o ato omissivo que leva à prescrição, *e.g.*, não carregam qualquer elemento volitivo, e, portanto, dispensam as utilidades que o corte da validade proporciona.

Para encerrar o presente tópico, duas notas ainda merecem ser tecidas a respeito da sistemática ponteana, uma esclarecedora e a outra de cunho temporal, mas ambas já servindo de mote a inaugurar o próximo plano, que será o da eficácia.

Do artigo 122³⁸⁶ do Código Civil de 2002, extraem-se quais condições são consideradas ilícitas no ordenamento, e, conseqüentemente, nulas em virtude do disposto no artigo 166, incisos II e VII, do mesmo diploma. Ao exame do texto legal, chega-se ao falso paradoxo de que um fator de eficácia possa ser nulo, causando, em tese, uma incoerente mistura dos planos. Como vimos quando tratamos do plano da existência, as condições (assim como os termos e encargos) são insertas, desde o princípio, no objeto do negócio, e, como todas as convenções que o preenchem, podem ser ilícitas, impossíveis ou indetermináveis. Em outras palavras, a condição é, sim, fator de eficácia, o que não a limita, em absoluto, a esse plano³⁸⁷, tendo em vista que ela não só faz parte do suporte fático (existência) como também passa pela análise de validade³⁸⁸. A diferença em relação às outras cláusulas do objeto é que a lei civil reservou normas específicas a este tipo de

³⁸³ E. ROPPO, *O Contrato...* cit (nota 3 supra), p. 100.

³⁸⁴ Em variados campos do direito, e mesmo fora dele, outros significados podem ser constatados, principalmente quando se fala em “validade da norma”, o que foge de nosso campo de estudo. Acerca do tema, vide T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Dominação, Decisão*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 181-187 e 197-203.

³⁸⁵ M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 48.

³⁸⁶ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

³⁸⁷ Fazendo distinção entre a cláusula-condição e o evento-condição, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “(...) certamente, a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção de efeitos)”. Cf. *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 55.

³⁸⁸ Em função disso, como dissemos acima, somente através do entendimento dos três planos é que se consegue ter a percepção de toda a mecânica do negócio jurídico.

cláusula, prevendo, inclusive, quando a sua nulidade eiva ou não o próprio negócio (artigo 123³⁸⁹ do Código Civil de 2002), de forma, por conseguinte, apartada do regramento genérico do artigo 184³⁹⁰ do Código Civil de 2002. Além disso, a impossibilidade da condição não levará à sua nulidade, e sim à sua inexistência, ou seja, o suporte fático não recolherá tal substrato (artigo 124³⁹¹ do Código Civil de 2002). Adequada ou não, foi essa a opção do legislador, diferindo, por mais um turno, do tratamento geral do artigo 166, inciso II, do Código Civil de 2002³⁹².

No que diz respeito ao aspecto temporal, há uma grande diferença na apreciação dos planos da validade e da eficácia. Enquanto aquele é instantâneo, isto é, os diagnósticos operados na vontade e na declaração de vontade são realizados logo que o ato vem a existir, esgotando-se no momento posterior; a eficácia pode se protrair pelo tempo. Por esse motivo, como acentua ZENO VELOSO, a expressão “*invalidade superveniente*” é um total contrassenso, porquanto toda invalidade é originária³⁹³. Já os direitos/deveres, obrigações/preensões etc, por estarem no plano da eficácia, gozam de uma certa durabilidade – a célebre obra de C. COUTO E SILVA (“*A Obrigação como Processo*”) bem ilustra esse traço, pois um *processo* é algo que se desenvolve em certo período, havendo distância entre o primeiro e o último momento³⁹⁴, em que um plexo de variantes podem ocorrer.

III.1.3 Aspectos do plano da eficácia

³⁸⁹ Art. 123. *Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados:*
I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas;
II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;
III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

³⁹⁰ Art. 184. *Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.*

³⁹¹ Art. 124. *Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.*

³⁹² Interessante notar, outrossim, que as normas destinadas à condição, diferentemente do tratamento geral das nulidade quanto ao objeto (art. 166, inciso II, do Código Civil de 2002), trazem expressamente os bons costumes e à ordem pública como critério de invalidação, tal qual descreve a invalidade de uma cláusula impossível por ilogicidade (“*condições incompreensíveis ou contraditórias*”).

³⁹³ *Invalidade do Negócio...* cit (nota 274 supra), p. 25. No mesmo sentido, M. MELLO: “A *ilicitude superveniente*, como ocorreria na hipótese em que, após a conclusão do ato jurídico, o seu objeto viesse a ser considerado ilícito, (a) não afeta a validade do ato jurídico em si, que se torna resolúvel (...)”. Cf. *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 144.

³⁹⁴ *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 43.

A partir do momento que o suporte fático está preenchido, e tendo a vontade e a declaração de vontade perpassado o plano da validade incólumes, inicia-se o momento finalístico de todo fato jurídico, qual seja: a produção de efeitos. Se não fosse essa a sua destinação, teríamos, com toda a certeza, “*algo absolutamente inútil*”³⁹⁵ no mundo do direito.

Em se tratando de negócio jurídico³⁹⁶, será neste plano que tudo o que fora engendrado pelos agentes no objeto terá concretude, formando-se, então, as relações intra-jurídicas. Na realidade, o espectro eficaz é, sobremaneira, maior, abrangendo também as ditas “situações jurídicas” – categoria científica cuja utilidade se perfaz justamente em suprir as lacunas dos casos de eficácia não compreendidos na ideia de relação jurídica, mormente os afetos ao direito das coisas. Inclusive, basta lembrar que o negócio jurídico unilateral da oferta não cria, em princípio, qualquer relação intra-jurídica; o que se tem é uma situação jurídica de estado de vinculação. Contudo, por ir além de nossos desideratos, não vemos a necessidade de nos imiscuirmos sobre a categoria mencionada³⁹⁷, adstringido a análise unicamente às relações intra-jurídicas.

Como discutido no Capítulo I, diferentemente da relação inter-humana que é una e está alocada no plano da existência, observam-se inúmeras relações intra-jurídicas formadas no plano da eficácia, as quais podem ganhar os contornos de obrigações/pretenções, direitos/deveres, direitos potestativos/sujeições etc. Neste ponto, é mister acentuar que a doutrina não é uniforme na fixação dos possíveis “coloridos” que as relações irão apresentar³⁹⁸, o que causa certa dificuldade científica. Desta feita, por mera

³⁹⁵ M. MELLO, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª parte*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 85. Em semelhante sentido, ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio...* cit (nota 274 supra), p. 23.

³⁹⁶ Como analisado, caso estivermos defronte a um ato jurídico *stricto sensu* ou mesmo a um ato-fato jurídico, o “objeto” decorre diretamente da lei, posicionando-se unicamente no plano da eficácia.

³⁹⁷ Assim, limitemo-nos a tomar de empréstimo os dois possíveis significados trazidos por M. MELLO: “(a) em sentido lato, [situação jurídica] designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico. (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica”. Em nota de rodapé, o autor ainda lista outras linhas seguidas pela doutrina. Cf. *Teoria...* cit (nota 395 supra), pp. 79-80. Também realizando escorço doutrinário a respeito dos significados da categoria “situação jurídica”, o magistério de M. B. BUNAZAR. Cf. *Da Obrigação “propter rem”*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, 2012, p. 36.

³⁹⁸ A título de ilustração, C. COUTO E SILVA coloca “(...) ao lado do direito propriamente dito, a pretensão, a ação em sentido material, assim como os direitos formativos e as posições jurídicas, correspondendo aos primeiros o dever, a obrigação e a exceção do direito material”. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 18. Por sua vez, F. NORONHA se reporta a “(...) direitos, deveres, poderes e faculdades que se ligam a uma e outra parte (...)”. Cf. *Direito das Obrigações*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 18. Ao seu turno, F. C. PONTES

opção – admitamos, discricionária – iremos nos reportar apenas aos componentes acima enunciados, sendo que, de uma forma geral e abstrata, talvez fosse mais recomendável a referência a “posições jurídicas ativas” com as correlatas “posições jurídicas passivas”.

Assim, em uma mesma relação inter-humana, o objeto pode descrever a obrigação do vendedor em transferir um bem imóvel, com a respectiva pretensão do comprador em poder exigir tal alienação, ao mesmo tempo em que prevê a obrigação do comprador em pagar o preço, com a respectiva pretensão de se exigir o pagamento do preço. Além disso, o objeto pode ter definido que, a par dessas obrigações principais, as custas do registro do contrato ficarão a cargo do vendedor, criando-se nova relação obrigacional. O número de cláusulas que estabelecem relações intra-jurídicas, enquanto compatíveis com o plano da validade, são infindáveis e acompanham o poder criativo do homem, sempre auferindo concretude no plano da eficácia. Ao conjunto dessas relações intra-jurídicas, J. OLIVEIRA ASCENSÃO dá o nome de “relação jurídica complexa”³⁹⁹.

A princípio, tais obrigações/pretensões, direitos/deveres etc são imutáveis, não podendo sofrer alterações ao longo do processo eficaz até que sejam devidamente atendidos. Eis, portanto, o princípio da força obrigatória dos contratos (simbolizado na expressão “*pacta sunt servanda*”), ao qual já dedicamos atenção no discorrer do Capítulo II, não carecendo de novas explanações. No mais, é consabido que o princípio será mitigado quando houver certas alterações circunstanciais – algo que não nos interessa por enquanto.

Outra característica marcante, e diuturnamente ventilada, é o fato de que os efeitos produzidos atingirão somente os agentes que entabularam o negócio jurídico bilateral. Tal preceito é reproduzido pelo Código Civil francês de 1804 (artigo 1165), e repetido por inúmeros diplomas estrangeiros, dentre eles notadamente: o Código Civil espanhol de 1889 (artigo 1257), o Código Civil italiano de 1942 (artigo 1372, *in fine*) e o Código Civil português de 1966 (artigo 406º/2). Exsurge-se, daí, o último dos três princípios descritores⁴⁰⁰: a relatividade dos efeitos do contrato, cristalizado na máxima “*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*”.

DE MIRANDA recorrentemente remete a “(...) eficácia (direitos, deveres ou dívidas; pretensões, obrigações; ações e exceções) (...)”. Cf. *Tratado...* cit (nota 14 supra), p. XVII. Completando o pequeno esboço, M. MELLO se envereda em caminho similar ao ponteano, anunciando: “(...) direitos ↔ deveres, pretensões ↔ obrigações, ações ↔ situações de acionado, exceções ↔ situações de excetuoado (...)”. Cf. *Teoria...* cit (nota 395 supra), p. 170.

³⁹⁹ *Direito Civil – Relações e Situações Jurídicas*, v. III, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 40.

⁴⁰⁰ Os outros dois já referidos são o princípio da autonomia privada e o da força obrigatória.

Entretanto, tanto o Código Civil brasileiro de 1916 quanto o de 2002 não trouxeram, em seu conteúdo, norma similar. A explicação que se profere, como assinala H. THEODORO NETO, é a de que a relatividade dos efeitos está imbuída naturalmente na ideia de contrato, sendo antes um postulado lógico⁴⁰¹. E assim o é. Em termos de possibilidade jurídica do objeto, seria desarrazoado ao sistema cogitar a criação de obrigações a terceiros que não empreenderam sua vontade no suporte fático do negócio jurídico. L. JOSSERAND bem pontua que os contratantes não possuem a qualidade de legislador⁴⁰² – indivíduo esse sim que, por ser representante do povo, é legitimado a vinculá-lo –, donde se conclui serem inaptos ao desiderato.

Em síntese, se a vontade dos agentes tem o poder de ativar os mecanismos do negócio para a produção de efeitos, esses mesmos efeitos só devem recair, em regra, sobre quem a emanou; e não perante outros que não participaram do processo volitivo. Nem se diga que a “estipulação em favor de terceiro” (artigos 436/438 do Código Civil de 2002), a “promessa de fato de terceiro” (artigos 439/440 do Código Civil e 2002) e o “contrato com pessoa a declarar” (artigos 467/471 do Código Civil de 2002) seriam verdadeiras exceções à relatividade. Isso porque o terceiro apenas se verá atingido pelos efeitos caso realmente queira absorvê-los, manifestando, para tanto, vontade⁴⁰³, que, a nosso ver, seria um negócio jurídico unilateral assemelhado a um ato jurídico *stricto sensu*, com repercussão auxiliar no negócio base. Por outro lado, não se pode negar a existência de reais exceções que vêm a expandir o espectro eficaz, o que também será visto mais a frente quando do estudo da incidência principiológica neste plano.

Superado o ponto, passemos, agora, aos fatores de ativação dos efeitos. Regra geral, preenchido o suporte fático e procedido o corte de validade, a eficácia jurídica se irradia “*de um só jato*”⁴⁰⁴. Porém, caso estivermos defronte a uma condição legal, condição suspensiva ou termo inicial, grande parte⁴⁰⁵ dela ficará em suspenso, aguardando a

⁴⁰¹ *Efeitos Externos do Contrato – Direitos e Obrigações na Relação entre Contratantes e Terceiros*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 47.

⁴⁰² *Cours de Droit Civil...* cit (nota 176 supra), p. 132.

⁴⁰³ J. Ghestin, *Introduction*, in M. Fontaine – J. Ghestin, *Les Effets du Contrat a l'égard des Tiers*, 1992, pp. 4-39 apud H. THEODORO NETO, *Efeitos Externos...* cit (nota 401 supra), p. 35.

⁴⁰⁴ M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 395 supra), p. 85.

⁴⁰⁵ Não se defende a totalidade porque o negócio sempre gozará de um mínimo de eficácia, normalmente vinculativo. Como bem observa M. MELLO, se efeito algum houvesse, não seria necessário ao testador revogar seu ato quando mudasse de vontade. Cf. *Teoria...* cit (nota 395 supra), pp. 87-87. Além disso, é notório no ordenamento a permissão da prática de certos atos a quem tem expectativa de direito, como no caso do art. 130 do Código Civil de 2002.

ocorrência do evento. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO denomina-os de “*fatores de atribuição da eficácia em geral*”, pois, antes de implementados, o negócio não produz quase nenhuma consequência, à exceção das medidas cautelares referentes às expectativas de direito⁴⁰⁶, como havíamos mencionado. No mais, deve ser ressaltado que, em nosso atual sistema, o encargo não constitui um fator eficaz imediato⁴⁰⁷, a não ser quando imposto sob as vestes de condição suspensiva (artigo 136 do Código Civil de 2002), tratando-se, apenas, de mais uma relação intra-jurídica envolta no âmbito contratual.

Pertinente nota histórica é a de que, no *Esboço* de A. TEIXEIRA DE FREITAS, o artigo 664⁴⁰⁸ continha a previsão de que, se o encargo fosse personalíssimo e o beneficiado falecesse antes de o cumprir, o negócio se resolveria automaticamente⁴⁰⁹. Ao exame desse texto, percebe-se que o caso era de encargo como fator eficaz imediato, o que, como salientado, não é traço do ordenamento vigente. Diga-se, ainda, que a hipótese destoaria qualitativamente do quadro do parágrafo anterior, pois versa acerca da desativação dos efeitos, cujos deslindes passarão a ser descritos abaixo.

Não obstante o “jato eficaz” ter característica duradoura, é evidente que, em certo momento, a sua intensidade se reduzirá, em função dos mais variados fatores. O principal, ou, ao menos, mais ansiado, dar-se-á com o perfeito cumprimento dos deveres e obrigações. Neste ponto, além dos efeitos serem quase que na sua totalidade esvaziados⁴¹⁰, a relação inter-humana juridicizada também vem a se desfazer. Por exemplo, assim que o promissário-comprador pagar todas as parcelas avençadas e o promitente-vendedor outorgar a escritura definitiva de venda e compra, não existirão mais as figuras de promissário e promitente. Esse traço do desfazimento da relação inter-humana juridicizada se observará, sublinhe-se, em todos os outros fatores de desativação.

Em sequência, ainda podemos elencar duas formas imediatas de extinção dos efeitos, quais sejam: a implementação de eventual condição resolutiva e o atingimento do

⁴⁰⁶ *Negócio...* cit (nota 22 supra), p. 57.

⁴⁰⁷ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil...* cit (nota 112 supra), pp. 259-260.

⁴⁰⁸ Art. 664. *Se o cumprimento dos encargos fôr inerente à pessoa do adquirente gravado, e este falecer sem os cumprir, a aquisição se resolverá, ainda mesmo que não haja condição resolutiva, revertendo-se os bens para o disponente, ou para os seus legítimos herdeiros.* Cf. *Código Civil – Esboço*, v. I, Brasília, Ministério da Justiça, 1983, p. 184.

⁴⁰⁹ Lembrando que, no Código Civil de 2002, em se tratando de doação, faz-se necessária a revogação – melhor seria a utilização do vocábulo “resolução” – do negócio quando do descumprimento do encargo, conforme os ditames do art. 562. Notando a distinção, A. ARRUDA ALVIM: “O encargo não envolve condição resolutiva. A condição resolutiva opera por sua própria força, enquanto que o não-cumprimento do encargo enseja ação revogatória da doação”. Cf. *Da Doação...* cit (nota 109 supra), p. 265.

⁴¹⁰ Não integralmente em razão da já consagrada existência dos deveres pós-contratuais.

termo final. O grande ponto em torno desses fatores – e aqui o tema também se estende às condições suspensivas e ao termo inicial – consiste em saber se a desativação ou ativação eficaz opera de modo retroativo ou não. A esse respeito, há intenso debate doutrinário, que ganha variação conforme as especificidades de cada ordenamento. Na Alemanha, como atestam L. ENNECCERUS, T. KIPP, M. WOLFF e H. NIPPERDEY, a regra é a de que não se opera a retroatividade, a não ser que as partes assim tenham estabelecido⁴¹¹. No Brasil, com C. BEVILAQUA, tencionou-se a dizer que os efeitos eram, sim, retroativos⁴¹², o que parece ter ganhado força com a superveniência do Código Civil de 2002, que, à semelhança da segunda parte do artigo 1360 do Código Civil italiano de 1942, inovou no artigo 128, *in fine*, ao tratar das condições resolutivas, rotulando como exceção ao retorno do “*statu quo ante*” os casos de execução continuada ou periódica, de tal arte que, por lógica interpretativa, nas demais hipóteses, a regra seria a da retroatividade.

De qualquer forma, a discussão está longe de ter contornos finais. V. RAO, por seu turno, formula vários quadros em que ora se tem a retroatividade e ora a irretroatividade⁴¹³. Como essa não é uma baliza imprescindível ao presente trabalho, a nós basta apenas fazer a menção de que, se a desativação dos efeitos for realmente retroativa, a “cláusula resolutiva expressa” do artigo 474 do Código Civil de 2002 nada mais é que uma condição resolutiva aposta no objeto. Caso contrário, a cláusula resolutiva expressa caracteriza uma outra espécie de desativação eficaz, tendo em vista que ela necessariamente deverá provocar a volta ao “*statu quo ante*”, por se tratar de mecanismo que importa verdadeira resolução contratual, sem que se tenha que exercer o direito potestativo de resolução através dos meios processuais, o que dispensa, segundo N. ROSENVALD, a prova da inutilidade da prestação tardia⁴¹⁴.

Por fim, resta-nos pontuar as formas mediatas de desativação dos efeitos, sabidamente a resolução e a resilição⁴¹⁵. A primeira se verifica quando há inadimplemento da obrigação principal – ou mesmo de obrigações e deveres anexos relevantes –, culminando no surgimento de um direito potestativo, que, se exercido, extinguirá os efeitos de forma retroativa. Em paralelo, é forçoso reconhecer que a onerosidade excessiva, em

⁴¹¹ *Tratado de Derecho...* cit (nota 105 supra), pp. 341 e 349.

⁴¹² *Código Civil...* cit (nota 183 supra), pp. 373 e 375.

⁴¹³ *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), pp. 354-358.

⁴¹⁴ *Arts. 421 a 480...* cit (nota 52 supra), p. 538.

⁴¹⁵ A “anulação” também poderia ser anunciada como forma de desativação eficaz. Porém, como a cessação dos efeitos é apenas consequência advinda do plano da validade, optamos por não a incluir.

virtude do disposto no artigo 478 do Código Civil de 2002, também poderá dar azo à constituição do referido direito potestativo.

Já a resilição, apesar de igualmente ser resultado do exercício de um direito potestativo, tem origem diversa. Com salienta J. F. SIMÃO, é a própria vontade dos agentes que exclusivamente a motivará⁴¹⁶, diferindo da resolução, em que o pressuposto basilar é o inadimplemento ou a onerosidade excessiva. Outra diferença anotada por M. MELLO reside no fato de que a resilição terá, em regra, natureza “*ex nunc*”, enquanto, como visto, a resolução será retroativa (“*ex tunc*”)⁴¹⁷. Anote-se ainda sua tradicional classificação, que a divide em bilateral ou unilateral. No primeiro caso, também denominada de “distrato”, tem vez em todos os contratos; enquanto no segundo somente é possível nos negócios avençados por tempo indeterminado.

Antes de passarmos ao próximo tópico, faz-se obrigatório dedicar algumas linhas ao instituto da “revogação”. O tratamento apartado se justifica por existir celeuma doutrinária a respeito. Mais do que um mecanismo de desativação, F. C. PONTES DE MIRANDA defende que a revogação é uma abstração da lei que possibilita retornar ao plano da existência, isto é, trazer de volta algo passado e retirar a manifestação de vontade que impulsionou todo o sistema do negócio⁴¹⁸. Traçando um paralelo, se a anulação encerra os efeitos apenas por via reflexa, já que o percalço se deu no plano da validade; a revogação cessa os efeitos também de forma indireta, porém, agora, em virtude da falta de um elemento essencial à existência, desestruturando todo o negócio jurídico. Contudo, esse posicionamento não é pacífico. J. OLIVEIRA ASCENSÃO trata a revogação como se resilição

⁴¹⁶ *Direito Civil...* cit (nota 52 supra), p. 106.

⁴¹⁷ *Teoria...* cit (nota 395 supra), p. 56. O que não impede, entretanto, as partes convencionarem de forma diversa.

⁴¹⁸ Transcreve-se o excerto que bem sintetiza o seu pensamento: “A respeito de revogação da manifestação de vontade, há opinião de H. Isay (*Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts*, 65), que se precisa lembrar, e criticar: para ele, a revogação da manifestação de vontade como tal não é para pensar-se, — manifestação de vontade como tal não se pode revogar, porque não é de admitir-se que se faça não ter sido o que foi. Só se poderia, portanto, admitir que a revogação atingisse a eficácia. Revogar seria ir contra os efeitos produzidos e a produzirem-se. Assim, chegando a revogação antes ou simultaneamente com a manifestação de vontade, a que se refere, impediria a eficácia; seria a eficácia da doação, e não a doação mesma, que se atingiria com a revogação por ingratidão. Tais proposições são falsas. Revogar é retirar a *vox*, quer se trate de manifestação de vontade, quer de conhecimento, quer de sentimento, desde que na espécie se permita. Tudo se passa no plano da existência, mas com a particularidade de ser mais profunda a operação, que é *desde* o mundo fático: em vez de se desconstituir, por alguma causa de nulidade, ou anulabilidade (plano da validade), ou de rescisão, ou de resolução, desconstitui-se desde baixo, desde o suporte fático, a que se subtrai a *vox*, a voz que exprimiu a vontade, o conhecimento, ou o sentimento”. Cf. *Tratado...* cit (nota 39 supra), p. 412.

fosse, apesar de não fazer referência expressa ao termo⁴¹⁹. Se esse for o entendimento, o conceito de resilição unilateral terá maior abrangência, atingindo não só os contratos por tempo indeterminado como também outros casos expressos na lei (v.g., o contrato de mandato), o que, inclusive, adequa-se à dicção do artigo 473 do Código Civil de 2002.

III.1.4 Enfoque sintético ao nosso escopo

Para facilitar o que propomos com esse estudo, mostra-se adequado formular, em poucas linhas, um simples quadro evidenciando os pontos focais.

Os elementos da existência são: agente, objeto, forma e vontade negocial, sendo os dois medianos prismas da declaração de vontade.

A validade, plano destacado a diagnosticar a vontade e a declaração, verifica, respectivamente, a higidez e o controle, bem como a simetria entre ambas. Os requisitos de forma, por sua vez, servem para acautelar a vontade.

Já a eficácia, como fim de todo fato jurídico, apresenta a concretização das relações intra-jurídicas, as quais simbolizarão os direitos/deveres, pretensões/obrigações, direitos potestativos/sujeições etc, enfim, as posições jurídicas ativas e passivas.

A partir das descrições, passaremos, nos próximos tópicos, a observar como os princípios da boa-fé e da função social incidirão precisamente em cada plano ponteano.

Na existência, veremos como os princípios procedem o *preenchimento* do objeto e o *suprimento* da vontade negocial mínima. Na validade, a *sanação* de vícios e a *contenção* do alcance da declaração. Na eficácia, a *criação*, *supressão*, *paralisação e modificação* de posições jurídicas; o *reforço* de compreensão interpretativa; e a *expansão* de efeitos a terceiros.

Antes, contudo, necessária se faz uma nota metodológica e funcional acerca dos princípios.

III.2 Aferição dos princípios

A conceituação do que venha a ser propriamente um princípio, o momento correto de aplicação e a oferta de soluções quando de sua colisão com outro da mesma

⁴¹⁹ São suas palavras: “Em sentido técnico, a revogação é a extinção da situação jurídica, operada pelos seus autores, ou por um dos seus autores, a seu alvedrio. Não necessita pois de ser fundamentada”. Cf. *Teoria Geral – Relações...* cit (nota 399 supra), p. 273.

categoria foram objeto de variados estudos científicos no final do último século, permitindo-nos chegar, em nossa tarefa eminentemente contratual, a um certo modelo funcional, razão pela qual se justifica a feitura das linhas a seguir.

Segundo as lindes de R. ALEXY, os princípios são *mandamentos de otimização*, de atendimento em graus variados, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas⁴²⁰. Distinguem-se das regras na exata medida em que essas são satisfeitas ou não satisfeitas na sua inteireza⁴²¹, mesmo que através de norma de exceção⁴²². Em outras palavras, princípios, apesar de deverem ser sempre realizados na maior intensidade, serão exercidos na medida do possível⁴²³; enquanto que as regras não revelam qualquer calibragem em sua intensidade, sendo meramente aplicadas por subsunção⁴²⁴.

A busca por uma numeração taxativa de princípios é matéria fadada ao insucesso. Anota R. LIMONGI FRANÇA que tal desiderato demandaria um saber quase enciclopédico não alcançável mesmo pelos maiores jusperitos, mais se aproximando, desse modo, das tradicionais coletâneas de parêcias⁴²⁵, que teve, como um dos precursores, ainda na Idade Média, no século XI, Burcardo, Bispo de Worms, donde originou a expressão “brocardo”⁴²⁶. Como sabido, trata-se de postulado desprovido de metodologia e complementariedade, tendo função principalmente retórica. Some-se a isso o fato de que, mesmo se houvesse alguém capaz da tarefa, o trabalho sempre estaria inacabado face as constantes mutações aferíveis ao longo dos tempos⁴²⁷. Já bem afirmava P. COGLIOLO que

⁴²⁰ *Theorie der Grundrechte*, 2006, trad. port. de V. Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 90.

⁴²¹ R. ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 91.

⁴²² Como explana R. ALEXY: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Cf. *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 92.

⁴²³ L. R. BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 231.

⁴²⁴ V. AFONSO DA SILVA, *O Proporcional e o Razoável*, in RT 798 (2002), p. 25. Em sentido contrário a essa distinção entre princípios e regras, vide H. ÁVILA, *Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 57-70.

⁴²⁵ *Princípios Gerais do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

⁴²⁶ Tendo galgado notoriedade pelos impressos em Colônia (1548) e Paris (1550), sob o título de *Decretum Buchardi*. Cf. C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 239.

⁴²⁷ Acentua K. LARENZ que “o sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema <<aberto>>, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações legislativas, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificação na jurisprudência dos tribunais”. Cf. *Metodologia da Ciência...* cit (nota 10 supra), p. 693.

“*i principii generali non sono un museo di antichità ma sono qualche cosa di vitale e progressivo, in continuo movimento*”⁴²⁸. Viável é, por outro lado, uma abordagem atomística, específica⁴²⁹ e temporal de certos princípios, conforme a matéria abordada, o que constitui aqui traço de nosso estudo ao abordarmos a autonomia privada, a boa-fé e a função social.

Além de, genericamente, informar e prover racionalidade ao sistema⁴³⁰, inclusive em termos ideológicos, os princípios podem ser, sensivelmente, abordados de duas formas. Na existência de prévias regras imbuídas de seu espírito, servem de farol a iluminar a aplicação dessas mesmas regras, evidenciando, como salienta G. DEL VECCHIO, a *ratio legis*⁴³¹. A par disso, também apresentam outro papel – esse sim mais delicado – que é o de repercutir diretamente nos fatos jurídicos.

Esse segundo viés traz à tona emblemática evolução da matéria que, a nosso sentir, deve ser apurada com a devida cautela. R. LIMONGI FRANÇA, após longo estudo e escorço histórico sobre os princípios gerais de direito, conclui, peremptoriamente, que a falta de normativa posta é condição *sine qua non* para a incidência principiológica direta⁴³², seguindo-se, portanto, o artigo 4º do Decreto-lei 4.657/42, que ainda traz à frente dos princípios os critérios de analogia e dos costumes. Quando muito, e em caráter de exceção, chegou-se a defender, com C. MAXIMILIANO, a possibilidade de inversão da ordem do dispositivo⁴³³, mas, em todos os casos, somente quando houvesse lacuna legal.

⁴²⁸ *Scritti Varii di Diritto Privato*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 1940, pp. 64-65.

⁴²⁹ Mesmo uma perspectiva sistêmica ampla e geral é de difícil apreensão, não havendo consenso doutrinário a respeito. Como exemplo, transcrevemos a tentativa de R. LIMONGI FRANÇA de fornecer linhas mestras à questão: “De início, pensamos se devam distinguir duas categorias fundamentais de Princípios Gerais de Direito: a) princípios *essenciais* e b) princípios *contingentes*. (...) Os princípios essenciais parecem ser de duas espécies: 1) a dos elementos primeiros da justiça; e 2) a dos elementos básicos que decorrem da natureza das instituições. (...) Julgamos possam eles [os princípios contingentes] agrupar-se em três escalas fundamentais: a) princípios *do Ordenamento*; b) princípios *do Direito Consuetudinário*; e c) princípios *do Direito das Gentes*. (...) Os princípios do Ordenamento, segundo o critério da generalização decrescente, se subdividem segundo três grupos: 1. o dos princípios que informa a *constituição* da sociedade das Nações; 2. o daqueles sobre os quais se assentam *as bases do regime político-jurídico nacional*; e 3. o dos que norteiam a *estrutura positiva das instituições*. Cf. *Princípios Gerais*... cit (nota 425 supra), p. 172-173.

⁴³⁰ C. BANDEIRA DE MELLO, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 90.

⁴³¹ Preleciona o autor: “*Tales principios, a pesar de tener un carácter ideal y absoluto, por consecuencia del cual superan virtualmente al sistema concreto de que forman parte, no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso; pero tienen valor, si embargo, sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa*”. Cf. *Sui principii generali del diritto*, 1921, trad. esp. de J. Morales, *Los principios generales del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1978, p. 137.

⁴³² *Princípios Gerais*... cit (nota 425 supra), p. 185.

⁴³³ *Hermenêutica*... cit (nota 426 supra), p. 302.

Entretanto, a doutrina, mormente a constitucionalista⁴³⁴, passou a aventar a aplicação direta de princípios, como corolários dos direitos fundamentais, tendo como apoio legal o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Civilista do escol de G. TEPEDINO⁴³⁵ também se alinhavou à orientação, de modo que, independentemente de concordâncias ou não, é a irrefutável realidade de nosso direito, seja na doutrina, seja nos tribunais. A partir daí, como todo movimento pendular, que primeiro nega⁴³⁶ e depois, transmudando-se em cento e oitenta graus, afirma de forma desenfreada, começou a surgir o fenômeno da *principiolatria*⁴³⁷, taxado, inclusive, em tons pejorativos.

Como o equilíbrio se encontra no meio do caminho desenhado pelo pêndulo (*“in medio stat virtus”*), a necessária ponderação, nesse mister feita por L. R. BARROSO, é a de que onde houver espaço preenchido pelo legislador ordinário não caberá ingerência direta dos princípios. Caso o intérprete se tencione a agir de forma contrária, estará usurpando *“espaço de deliberação democrática”*⁴³⁸. Para que isso seja tecnicamente

⁴³⁴ Por todos, remete-se às contundentes afirmações de P. BONAVIDES: “Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculadas à ‘questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico’. (...) O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. (...) Com essa relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas”. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 289-290.

⁴³⁵ Conforme a síntese de seu pensamento: “No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil. Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”. Cf. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, Rio de Janeiro, 2001, disponível in <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf> [16-07-2013], pp. 10-11.

⁴³⁶ Para uma descrição evolutiva da abordagem e aplicação dos princípios gerais, vide, respectivamente, R. LIMONGI FRANÇA e P. BONAVIDES. Cf. *Princípios Gerais...* cit (nota 425 supra), pp. 191-202; e *Curso de Direito...* cit (nota 434 supra), p. 255-295.

⁴³⁷ Termo utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em ADI que se discutiu a liberdade de imprensa em período eleitoral. Faz-se referência a trecho do voto do Ministro Dias Toffoli: “(...) *Tenho muito receio da ‘principiolatria’, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga ‘legislatria’. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a ‘legisprudência’, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.* (...)”. Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.451 MC-REF/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010.

⁴³⁸ *Curso de Direito Constitucional...* cit (nota 423 supra), p. 234.

possível, o próprio *princípio formal* que prega que as regras devem ser seguidas teria que ser relativizado⁴³⁹, o que somente pode ser cogitado em casos últimos, sob pena de desvirtuar todo o sistema. Porém, entendemos que há uma cabal sutileza nessa importantíssima ponderação: a incidência principiológica direta somente seria vedada no caso de o legislador ter disciplinado determinada matéria sob os auspícios daquele princípio a que se vem negar a aplicação imediata. Isso porque, nesse caso, no período “nomogenético”, já houve a específica valoração da estrutura normativa adequando a intensidade do princípio que subjaz⁴⁴⁰; algo que não ocorre quando a norma sequer indica ter considerado outro princípio que também poderia ser otimizado naquela matéria. Devem ser excetuados daí, é verdade, os casos de silêncio eloquente, retirado da máxima do “*inclusio unius alterius exclusio*”, que, ainda assim, recebe a merecida e contundente crítica de C. MAXIMILIANO: “(...) o argumento oferece perigos, é difícil de manejar no terreno vasto do Direito comum. Ali caberia a parêmia oposta – ‘*positio unius non est exclusio alterius*’: a especificação de uma hipótese não redundaria na exclusão das demais. (...) Do silêncio do texto não se deduz sua inaplicabilidade, nem tampouco a supremacia forçada do princípio oposto”⁴⁴¹. A nuance ficará mais clara quando tratarmos, no próximo capítulo, sobre os deveres de informação/esclarecimento, oriundos dos princípios da boa-fé objetiva.

No âmbito contratual, a problemática ganha aparente disfarce, tendo em vista que os princípios tratados estão expressamente positivados como cláusulas gerais⁴⁴² no Código Civil (boa-fé e função social) ou são desdobramento natural de outro princípio igualmente expresso e de grande amplitude (liberdade de contratar -> autonomia privada). A mera positivação, como assinala F. WIEACKER, não faz das cláusulas gerais simples

⁴³⁹ R. ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 105.

⁴⁴⁰ Como se nota na lição de L. R. BARROSO: “O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis (...)”. Cf. *Curso de Direito Constitucional...* cit (nota 423 supra), p. 231.

⁴⁴¹ *Hermenêutica...* cit (nota 426 supra), pp. 243-244.

⁴⁴² A diferença entre as cláusulas gerais e os princípios, conforme a lição de C. GODOY, reside no fato de que aquelas são um mecanismo conferido ao juiz para que ele procure “a norma de decisão do caso concreto”, ao passo que os princípios, tendo força normativa autônoma, podem ou não estar insertos nas cláusulas gerais. Cf. *Função Social do Contrato – os Novos Princípios Contratuais*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 124-125. Assim, as cláusulas gerais são um modo de o legislador aumentar o elastério da norma, permitindo ao julgador uma maior liberdade na avaliação do caso concreto. Essa abertura da norma pode ou não estar associada a um princípio que, se estiver contido, como no caso dos arts. 421 (função social) e 422 (boa-fé), ambos do Código Civil de 2002, guiará o caminho a ser perseguido pelo intérprete.

mecanismos cognoscíveis de subsunção⁴⁴³, reclamando, por conseguinte, intensa valoração. Além disso, esse quadro aberto – mas não irrestrito em virtude da existência paralela de regras delineadas – confere ao intérprete uma gama de possibilidades que devem ser guiadas por trilhos visíveis. Isso porque a incidência principiológica não pode contrariar, ao menos de forma incisiva, a segurança jurídica, que, como sabido, é uma das marcas e razão de ser dos contratos.

Ainda sobre a autonomia privada, que, relate-se, encontra respaldo constitucional principiológico nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988, tal como deflui do artigo 421, parte inicial, do Código Civil de 2002, deve ser feita ressalva que não fora empreendida quando do tratamento da matéria no Capítulo II. Mesmo sendo considerada um corolário da livre iniciativa, a amplitude da autonomia privada não se esgota naquela, uma vez que seu exercício pode se dar fora do âmbito estritamente patrimonial. Inspirado em R. Lotufo, C. GODOY lembra que os atos de disposição do próprio corpo, ou de partes dele separadas, a regulamentação do regime de visitas dos menores, tal qual algumas disposições testamentárias, são exemplos oriundos da autonomia privada que não revelam cunho patrimonial⁴⁴⁴. Todavia, quando versamos especificamente sobre contratos do Título V, Livro I, da Parte Especial, estamos defronte, conforme nosso entendimento, a negócios tipicamente patrimoniais, sendo essa a razão pela qual restringimos os limites de seu estudo. Isso, reitera-se, não significa dizer que o contrato se traduz pura e simplesmente na livre iniciativa sem quaisquer outros traços, porquanto os princípios da boa-fé e da função social também o conformarão.

Quanto a esses, pontua-se que o primeiro vem disposto no artigo 422 do Código Civil de 2002, ao passo que o segundo se encontra, sob a mesma roupagem de cláusula geral, no artigo 421, *in fine*, do Código Civil de 2002 (além de encontrar fundamento no artigo 3º, inciso I, e artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988). A incursão de cláusulas gerais no sistema é, em tese, salutar, pois areja o ordenamento, fazendo com que o julgador possa amoldar as mais diversas situações em contextos axiológicos distintos, até mesmo temporalmente⁴⁴⁵. Ademais, evita que sejam necessárias

⁴⁴³ *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, trad. esp. de J. Carro, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, pp. 38-39.

⁴⁴⁴ *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 44. Até porque todo contrato é negócio jurídico, mas nem todo negócio jurídico é contrato, tendo, aquele, espectro muito mais amplo do que este, o que lhe permite ser apto a regular tanto efeitos patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

⁴⁴⁵ Como explana, J. MARTINS-COSTA: “Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas,

grandes abstrações à aplicação direta dos princípios⁴⁴⁶, operacionalizando a linha argumentativa com maior clareza, para que se superem eventuais resistências. Em contrapartida, caso esse processo não seja acompanhado de uma consistente construção científica, a variação do conteúdo da cláusula geral nas múltiplas facetas dos substratos ônticos pode vir, paradoxalmente, a gerar obscuridades – para não se dizer arbitrariedades.

Assim, se acentuarmos a aplicação dos princípios da boa-fé e da função social sem critérios lógicos, cairemos no resultado de tornar o contrato inseguro, mesmo que em prol de valores certamente nobres como a eticidade, socialidade e dignidade. Tal expediente não conferiria estrutura apta a atender as vicissitudes das operações contratuais. Como pondera A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “*do caso à regra e da regra ao princípio, (...) ganha-se em descortínio o que se perde em concretude*”⁴⁴⁷. O nosso intuito, então, a partir de agora, é estabelecer critérios ordenados que servirão para bem compreender a aplicação dos princípios contratuais da boa-fé e da função social, de forma a evitar sua desenfreada e retórica invocação. Assim, tentar-se-á atenuar a natural insegurança proveniente das cláusulas gerais⁴⁴⁸, adotando-se um modelo funcional em que, de um lado, autonomia privada e, de outro, boa-fé e função social coexistam harmoniosamente, dando textura a contemporânea genética do contrato.

Iniciando o modelo, tem-se que, como já exposto anteriormente, mas ainda devendo ser ressaltado por mais um turno face a importância do postulado, aviventar, agora com J. DORAL e M. ARCO, que o precípua instrumento da autonomia privada se consubstancia no *negócio jurídico*⁴⁴⁹. E, sendo assim, o entrelaçar dos princípios da boa-fé e da função social com o princípio da autonomia privada será sentida justamente na direta conformação da *fattispecie*, especificadamente em cada plano (existência, validade e

que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”. Cf. *A Boa-fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 285.

⁴⁴⁶ As cláusulas gerais, além de ter outras funções, “constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios (...)”. Cf. J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 274.

⁴⁴⁷ *A Boa-fé na Formação dos Contratos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 87 (1992), p. 89.

⁴⁴⁸ É sintomático o fato que o próprio G. TEPEDINO, árduo defensor da aplicação direta dos princípios constitucionais, reconhece, ainda com base no Projeto que viria a se tornar o Código Civil de 2002, a dificuldade da disciplina das cláusulas gerais dos arts. 420 e 421 (atuais 421 e 422): “Vale-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”. Cf. *O Código Civil...* cit (nota 435 supra), p. 8.

⁴⁴⁹ *El negocio...* cit (nota 366 supra), p. 36.

eficácia). Tangenciando essa conclusão, M. ALMEIDA COSTA chega a afirmar que a autonomia privada, enquanto “*faculdade concedida aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses*”, é temperada pela boa-fé, cuja atuação constituirá “*limite ou complemento dessa livre conformação das relações obrigacionais*”⁴⁵⁰. Os próximos capítulos do presente estudo buscarão justamente operacionalizar essa “conformação”, demonstrando que ela vai muito além de limitar ou complementar o negócio jurídico.

Nesse contexto, o primeiro passo, que já não se afigura simples, é distinguir, sob pena do cometimento incongruências, quando o ordenamento permite ou não a incidência principiológica direta da boa-fé e da função social, visto que regras – prévias opções valorativas do legislador – existem, inclusive, em certa abundância. Seguindo a lição de K. LARENZ, deve-se chegar à consideração que o hermeneuta não pode suplantar a textura delineada pela regra⁴⁵¹. Exemplificando, a Lei 8.245/91 prevê, no seu artigo 8º, a exigência da averbação da cláusula de vigência na matrícula imóvel, para que, nos contratos de locação urbana por prazo determinado, o novo proprietário seja compelido a respeitar o contrato vigente. Ora, tal disposição, não obstante estar imbuída do espírito da boa-fé, pois presume que o novo proprietário ao adquirir o imóvel sabia da existência da locação ao compulsar as certidões, não pode ser alargada em nome do mesmo princípio. Decerto, em não havendo a averbação da cláusula, indevida seria a invocação da boa-fé sob a justificativa de que o adquirente tinha a ciência do contrato de locação a despeito da cláusula não estar registrada. Caso fosse essa a intenção do legislador, um simples acréscimo redacional (v.g., “ou se provada a ciência prévia do adquirente”) abarcaria a hipótese. O que se quis, com isso, foi evitar a insegurança de certas discussões no mercado imobiliário, não havendo espaço para a incidência principiológica direta, pois prévia valoração por parte do legislador houve.

Por outro lado, sendo caso de se admitir a possibilidade da incidência direta da boa-fé e da função social pela inexistência de regras específicas, o segundo passo, esse sim que nos interessa em grande medida, é apurar como se dá a aplicação e até mesmo a

⁴⁵⁰ *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 93.

⁴⁵¹ São suas palavras: “No entanto, o modelo imaginado por Wilburg já não é adequado quando os princípios estão concretizados pelo legislador numa regulamentação apropriada e convertidos em norma aplicáveis, de onde resulta o seu alcance e o modo do seu jogo concertado. O sistema de princípios que a ciência do Direito há-de desenvolver não é, portanto, um sistema <<móvel>> no sentido de Wilburg, mas está <<fixado>>, pelo menos numa extensa margem, pela regulação legal”. Cf. *Metodologia da Ciência...* cit (nota 10 supra), pp. 681-682.

colisão entre esses princípios e a autonomia privada⁴⁵², pois somente a partir de tal “imbricamento” é que se pode compreender hoje a real tessitura do instituto do contrato. C. CANARIS vai ainda mais além, chegando ao ponto de afirmar que será justamente desse “ajustar” de complementações e restrições recíprocas que se esclarecerão os reais significados dos princípios⁴⁵³.

Como ensina K. LARENZ, para que se alcance uma “paz jurídica” no conflito entre princípios, é preciso que um tenha que ceder, até certo ponto, perante o outro ou cada um entre si⁴⁵⁴. No caso contratual, há muito já se desenhava a discussão. Prenunciava R. DWORKIN, de uma forma geral, e apenas a título exemplificativo, que o embate entre a proteção dos consumidores de automóveis com a liberdade de contratar somente seria resolvida através da ponderação do peso de cada princípio. Porém, o autor advertia que a exata mensuração seria, com frequência, controversa⁴⁵⁵. A dificuldade reside, então, na constatação de que não estamos tratando de “*grandezas quantitativamente mensuráveis*”; e sim do resultado de valorações⁴⁵⁶, o que quase sempre revela ser intrincado.

Nesse rumo, completa ainda K. LARENZ que o sopesamento principiológico, ao qual chama de “*ponderação de bens*”, não se resolve por mero “*sentimento jurídico*”, devendo passar, antes, por um processo racional que não pode ser empreendido arbitrariamente⁴⁵⁷. Em suma, é necessário o estabelecimento de uma regrada estrutura que confira segurança ao fenômeno.

Para atingirmos essa “regrada estrutura”, extremamente útil é a aplicação da teoria de R. ALEXI. A sistemática do autor consiste em estabelecer um critério desenvolvido através da regra⁴⁵⁸ da proporcionalidade⁴⁵⁹ na qual o conflito entre princípios

⁴⁵² Quando remetemos ao princípio da autonomia privada, estamos, pelo raciocínio já perfilhado ao longo do texto, englobando conjuntamente os princípios da força obrigatória dos contratos e o da relatividade de seus efeitos. O primeiro por ser decorrência lógica da autonomia privada como explicado no Capítulo II, e o segundo por ser intrínseco a ela, uma vez que, como visto neste mesmo capítulo, os efeitos são ligados apenas a quem os configurou ou, ao menos, aderiu-lhes.

⁴⁵³ *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen*, 1983, trad. port. de A. Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 4ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 2008, pp. 202 e 206.

⁴⁵⁴ *Metodologia da Ciência...* cit (nota 10 supra), p. 575.

⁴⁵⁵ *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 26.

⁴⁵⁶ K. LARENZ, *Metodologia da Ciência...* cit (nota 10 supra), p. 575.

⁴⁵⁷ *Metodologia da Ciência...* cit (nota 10 supra), p. 587.

⁴⁵⁸ V. AFONSO DA SILVA explica que a tradição da prática jurídica brasileira acabou por adotar a expressão “princípio da proporcionalidade” em vez da tecnicamente mais adequada “regra da proporcionalidade”, como se isso realçasse a importância do conceito. Todavia, o próprio autor não condena a opção, uma vez que o termo “princípio” é sabidamente plurívoco. Cf. *O Proporcional...* cit (nota 424 supra), pp. 25-26.

não é solucionado pela declaração de invalidade de um ou pela inclusão de uma norma de exceção; e sim por meio do “*estabelecimento de relações de precedências condicionantes*”, isto é, condições sob as quais um princípio venha a prevalecer e o outro ceder⁴⁶⁰.

Não obstante essas condicionantes só poderem ser delineadas com precisão no caso concreto, é possível obter resultados mais ou menos satisfatórios – e que sirvam de norte ao intérprete – através da abstração de algumas situações, aplicando, para tanto, como verdadeiros tipos ideais, os grupos contratuais desenhados no Capítulo II, que, após longa análise, segmentou os contratos em quatro grupos, a recordar: clássicos, por adesão, de consumo e existenciais.

O modelo funcional simplificado⁴⁶¹ partiria, então, da seguinte concepção: P₁ (autonomia da vontade) prevalece a P₂ (boa-fé), caso o contrato seja do grupo tido como “clássico”; P₂ (boa-fé) prevalece a P₁ (autonomia da vontade), caso o contrato seja do grupo tido como “por adesão”. Exemplificando, determinada cláusula não será considerada abusiva, sendo, portanto, válida, se ambas as partes tiveram a possibilidade de formular conjuntamente o objeto do negócio; ao passo que será abusiva, e consequentemente inválida, na hipótese de somente uma das partes tiverem engendrado o objeto do negócio. É verdade, porém, que, às vezes, o resultado obtido será o mesmo independentemente do grupo contratual, onde a condicionante “C” terá o seu caráter mais genérico ao ser preenchida por um simples “na hipótese de uma relação contratual” sem que, com isso, seja necessária a qualificação do grupo contratual, donde se conclui que “C” pode ter um ou mais de um atributo⁴⁶².

No final, todo esse jogo concertado, que ora confrontará autonomia privada com boa-fé, e ora com função social, irá perpassar os três planos do negócio jurídico, revelando a atual conjuntura do contrato e das obrigações dele oriundas, com as devidas variações condicionantes. É de se alertar ainda, como ficará claro nos próximos capítulos, que nem sempre a conformação do negócio jurídico será resultado de embate de princípios,

⁴⁵⁹ Para um relato dos fundamentos da regra da proporcionalidade no direito positivo brasileiro, vide V. AFONSO DA SILVA, *O Proporcional...* cit (nota 424 supra), pp. 42-43.

⁴⁶⁰ *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 96.

⁴⁶¹ Sintetizada na seguintes fórmulas: (P₁ P P₂) C e (P₂ P P₁) C'. Cf. R. ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 97.

⁴⁶² R. ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 102.

sendo que, por vezes, observar-se-á, na realidade, uma ligação entre eles⁴⁶³. Portanto, adiante-se que os grupos contratuais podem funcionar tanto como atributos de condicionantes para solucionar colisões quanto molde útil a outros critérios, algo que veremos e exemplificaremos a partir do próximo capítulo.

Outro problema que grassa acerca desse fenômeno, e, por conseguinte, também é nosso, provém do fato de que, em alguns turnos, os princípios da boa-fé e da função social parecem se misturar, não ficando claro o contorno de eventual linha diferenciadora. A resposta que nos parece mais adequada vem da apreciação do que se entende por “valor”.

Conforme R. ALEXY, a distinção entre “princípio” e “valor” se dá na divisão dos conceitos práticos de G. von Wright⁴⁶⁴. Enquanto o princípio é apurado sob o foco deontológico da norma, determinando o que é devido; o valor seria visto sob o aspecto axiológico, necessitando de um objeto para imprimir sua análise⁴⁶⁵. A valoração de um objeto é algo rudimentar, transcendendo, inclusive, o mundo jurídico. Diz-se que um carro é rápido, como também se pode, a partir de outro critério, valorá-lo como seguro. Afirma-se que uma cláusula é justa, não sendo incompatível também a taxar de ética⁴⁶⁶. Com efeito, o que se quer concluir é que, muitas vezes, para não dizer sempre, cada vicissitude do contrato pode ser valorada como ética ou não-ética e solidária ou não-solidária, inexistindo qualquer incongruência nisso. O que é solidário normalmente é ético e vice-versa. Talvez por essa razão muitas obras específicas a cada um dos princípios acabam, por tabela, fazendo longas referências a hipóteses consagradas por outro princípio. Assim, a abordagem apartada entre boa-fé e função social que será feita nos próximos tópicos não tem como pretensão tentar estabelecer fronteiras matemáticas entre os dois princípios, de tal sorte que a escolha das matérias tratadas em cada qual se perfará em uma constatação, quase arbitrária, de qual valor é mais caro àquele específico assunto.

Em suma, encerra-se o presente tópico com as sábias palavras de P. COGLIOLO que bem denotam a importância dessa célere visão geral sobre os princípios que aqui

⁴⁶³ Na justa e contundente afirmação de C. CANARIS: “Não poucas vezes se fala, sem razão, de contradições de princípios onde, na realidade, apenas se trata de *uma ligação entre dois princípios*”. Cf. *Pensamento Sistemático...* cit (nota 453 supra), p. 202.

⁴⁶⁴ *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), p. 145.

⁴⁶⁵ R. ALEXY, *Teoria dos Direitos...* cit (nota 420 supra), pp. 149-150.

⁴⁶⁶ Como escreve F. NORONHA: “O princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária às relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, já é uma espécie de antecâmara do princípio do da justiça contratual”. Cf. *Princípios...* cit (nota 54 supra), p. 220.

engendramos: “(...) *tocca al giurista e al giudice saper trovare i campi di operazione dei due principii: è perciò che l’opera dei giurista e del giudice è non solo un’opera di cicco e farisaico attuamento di una norma prestabilita, ma è un’arte o, si dica pure una scienza, certo è una funzione intellettuale che permette una parte di <<iniziativa concettuale>>*”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ *Scritti Varii...* cit (nota 428 supra), p. 72.

IV A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O plano do capítulo que ora se abre é subdividido em quatro partes. A primeira trata sucintamente da amplitude do conceito da boa-fé, valendo-se, para tanto, de preciosos trabalhos que já se ocuparam, com proficuidade, do tema. Em sequência, versar-se-á a respeito da incidência principiológica em cada plano do negócio jurídico (existência, validade e eficácia), aplicando todos os subsídios que colhemos ao longo do trabalho, com o fim de contextualizar e sistematizar algumas questões bastante controvertidas na doutrina. Advirta-se, no entanto, que não temos pretensão, nem condições, de esgotar todas as hipóteses de incidência do princípio, de modo que apenas serão elencadas algumas que sirvam de modelo a evidenciar o contorno técnico que pretendemos dar à leitura do contrato.

IV.1 Amplitude

Como salientado, o nosso intuito não é o de tecer qualquer estudo aprofundado sobre o preenchimento do conteúdo do princípio da boa-fé, prescindindo aos desideratos aqui propostos a discussão de teorias ou evolução histórica. Porém, ao menos, um delineamento de sua amplitude parece metodologicamente útil, no sentido de auxiliar a concatenação de ideias dos tópicos que se seguem – esses, sim, os verdadeiros focos. Desse modo, pontuaremos brevemente as vertentes da boa-fé, bem como os desdobramentos apresentados pela doutrina.

De início, faz-se mister operar uma divisão, já bastante comum, entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira (*guten Glauben*) é corriqueiramente reportada como a “boa-fé crença”: um estado de consciência, um fato do espírito⁴⁶⁸, em que o indivíduo se encontra caso não tenha a ciência de determinada mácula. Decerto, esse desconhecimento leva a uma presunção lógica de “ausência do intento de ferir o direito alheio”⁴⁶⁹, donde se caracteriza, por conseguinte, o estado de boa-fé. A. SILVEIRA, com razão, assevera que a ignorância do fato por si só é apenas pressuposto psicológico, não se confundindo com o próprio conceito ético-social da boa-fé⁴⁷⁰, que é o substrato a que se chega a partir daquele pressuposto. A antítese, isto é, a percepção de um vício no cotejo de uma situação, com o

⁴⁶⁸ O. GUIMARÃES, *A Boa-fé no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1938, p. 25.

⁴⁶⁹ O. GUIMARÃES, *A Boa-fé no Direito...* cit (nota 468 supra), p. 26.

⁴⁷⁰ *A Boa-fé no Código Civil – Doutrina e Jurisprudência*, v. I, São Paulo, s/e, 1972, pp. 8 e 10.

intuito de tirar proveito, também é possível, levando ao sentido oposto denominado de estado de má-fé⁴⁷¹.

Para que a boa-fé subjetiva esteja apta a ser caracterizada, é necessário acrescentar, em alguns casos estatuídos diretamente pela lei, um outro requisito, qual seja: a não possibilidade do conhecimento. O. GUIMARÃES, escudado em H. Waechter, afirma que isso não significa que alguém, não ciente de um fato, esteja de má-fé se devesse conhecê-lo; o estado de boa-fé permaneceria, porém, a sua eficácia é que agora estará condicionada à não-cognoscibilidade⁴⁷². Não nos parece, entretanto, o melhor caminho. Tal qual o pressuposto da ignorância da mácula⁴⁷³, a não possibilidade do conhecimento também é item para se chegar àquela presunção ético-social que, se requisitada pela lei, deve ser considerada no atingir do estado de boa-fé. Inexiste, portanto, razão para que se coloquem os dois requisitos em planos distintos, pois ambos igualmente não fazem parte do conceito de boa-fé.

Há ainda quem enxergue na “não-cognoscibilidade” a concretização da eticidade da boa-fé subjetiva⁴⁷⁴ – ponto que também não nos afigura adequado por poder levar ao errôneo entendimento de que essa vertente é, em princípio, desprovida de conteúdo valorativo⁴⁷⁵. A boa-fé crença guarda, por si só, um dado ético (caso contrário, não mereceria a denominação de “boa-fé”). A falta de diligência no sentido de se descobrir determinada situação está mais ligada, ao que tudo indica, aos meandros da culpa⁴⁷⁶ do que especificamente a um dever de conduta oriundo da boa-fé objetiva. A. MENEZES CORDEIRO exemplifica, afirmando, de forma incisiva, que “*os deveres de cuidado, utilizados para*

⁴⁷¹ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 411.

⁴⁷² O. GUIMARÃES, *A Boa-fé no Direito...* cit (nota 468 supra), p. 26.

⁴⁷³ Como salienta A. SILVEIRA: “Aliás, a ignorância e a errada representação não são valores éticos em si, mas simples excusas para uma conduta de outra forma imoral, desonesta ou ilícita”. Cf. *A Boa-fé no Código Civil...* cit (nota 470 supra), p. 15.

⁴⁷⁴ Vide, por exemplo, C. FARIAS e N. ROSENVALD ao criticarem a classificação da posse de boa-fé contida no art. 1.201 do Código Civil de 2002: “(...) O legislador de 2002, reiterando o Código Civil de 1916, não foi sensível à eticização da boa-fé psicológica, perdendo uma bela oportunidade de se ajustar às concepções mais atuais do direito privado e à própria diretriz da eticidade que permeia o novo Código Civil”. (...) “(...) é de se perceber que a boa-fé reclama um enfoque não apenas psicológico, mas principalmente ético. A boa-fé exige que o desconhecimento do fato decorra do comportamento daquele que observou os deveres de cuidado e diligência que cabiam no caso. A boa-fé é fruto de um erro desculpável”. Cf. *Direitos Reais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 80-81.

⁴⁷⁵ Nesse sentido, esclarecedor é o texto de A. SILVEIRA: “À primeira vista parece que essa acepção estrita é puramente psicológica, mas na realidade é também ética. Com efeito, há sempre a consideração da consciência do indivíduo de agir corretamente baseada na crença, de um lado, e o ato no mundo externo de outro. A vontade do indivíduo de agir corretamente, baseada na crença, constitui o elemento ético, e o ato no mundo externo constitui o elemento social”. Cf. *A Boa-fé no Código Civil...* cit (nota 470 supra), p. 12.

⁴⁷⁶ O. GUIMARÃES, *A Boa-fé no Direito...* cit (nota 468 supra), p. 31.

*colorir eticamente o conceito, em nada modificam a situação; o adquirente deve saber que não está a adquirir de um não-proprietário e não que o seu comportamento é irrepreensível*⁴⁷⁷.

Assim, quando o legislador quer alicerçar a boa-fé com o pressuposto da não possibilidade de conhecimento, concebendo-a com maior rigor⁴⁷⁸, fá-lo de forma expressa, como, v.g., no artigo 148⁴⁷⁹ do Código Civil de 2002, ao tratar do dolo de terceiro; não procedendo da mesma forma em outros casos (v.g., o referido artigo 1.201 do Código Civil de 2002), o que corrobora com o entendimento de que, independentemente de idiossincrasias, não será esse substrato elemento intrínseco à boa-fé. Caso contrário, despicienda seria a remissão “*ou devesse ter conhecimento*” encontrada, com variações redacionais, apenas em algumas normas⁴⁸⁰.

Com efeito, não obstante a boa-fé subjetiva ser mais associada atualmente ao direito das coisas⁴⁸¹, é incontestável a sua presença na seara contratual – algo que, por vezes, acaba sendo incautamente relegado a segundo plano face a proeminência da vertente objetiva⁴⁸². O contrato é negócio jurídico, e a Parte Geral do Código Civil de 2002 está repleta de normas que trazem implicitamente a boa-fé subjetiva. Como bem lembra P. NALIN, qualquer movimento reducionista carece de sentido, tendo ambas vertentes –

⁴⁷⁷ Entretanto, o autor, em nome da pureza e limitação das designações próprias, também nega a aproximação entre boa-fé (mais especificamente ao dever de diligência tratado) e culpa, pois essa estaria ligada apenas à responsabilidade civil. Cf. *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), pp. 440, 1.228 e 1.230. Em sentido contrário, A. SILVEIRA: “(...) a ignorância, quando vencível, tem um aspecto ético negativo, pois envolve a culpa do que a exhibe”. Cf. *A Boa-fé no Código Civil...* cit (nota 470 supra), p. 15.

⁴⁷⁸ É o magistério de A. SILVEIRA: “A boa-fé pode ser concebida com maior ou menor rigor. Bonfante mesmo o reconhece. Ora, se ela fôr concebida com rigor, o erro em que se baseia terá de ser escusável”. Cf. *A Boa-fé no Código Civil...* cit (nota 470 supra), p. 46.

⁴⁷⁹ Art. 148. *Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.*

⁴⁸⁰ Defendendo a ideia de que não é possível retirar qualquer conclusão do plexo de normas acerca do simples dever de diligência, o magistério de A. MENEZES CORDEIRO: “A existência de um dever de diligência é uma constante da ordem jurídica, acabando, por isso, por não caracterizar coisa nenhuma. (...) A presença de um dever de informação ou de indagação, como fórmula privilegiada de concretizar a diligência em jogo na boa fé subjetiva, pouco esclarece: afinal, sendo ela, a nível de núcleo fáctico, informada sempre pela dupla conhecimento-desconhecimento, qualquer diligência teria de se reportar a essas realidades (...)”. Cf. *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), p. 441.

⁴⁸¹ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 411.

⁴⁸² O que é de todo sintomático, pois antes do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor de 1990, o esforço da doutrina e jurisprudência pátrias, influenciadas pela legislação estrangeira, principalmente o § 242 do BGB, era inserir as vicissitudes da boa-fé objetiva, a mercê da inexistência de amparo normativo. Por outro lado, a boa-fé subjetiva tinha notório destaque. Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *A Boa-fé na Formação...* cit (nota 447 supra), pp. 81-82.

subjetiva e objetiva – forte caráter principiológico⁴⁸³. Tal postulado será comprovado mais à frente quando tratarmos pontualmente da aplicação em cada plano do negócio jurídico, para evidenciar que não só a boa-fé objetiva como também a subjetiva é rica em hipóteses de incidência, revelando variadas funções.

Feito esse pequeno quadro delineando a primeira vertente, passa-se, então, a contornar a amplitude da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), a qual já fora chamada por J. MARTINS-COSTA de “boa-fé subversiva”, justamente por trazer grandes alterações ao “direito obrigacional clássico”⁴⁸⁴, ilação com o qual concordamos, mas se devendo ir além, pois a vertente não só repercute diretamente no campo obrigacional (plano da eficácia), como também apresenta relevância nos planos da existência e validade.

O conceito de boa-fé objetiva se perfaz na observância de um “modelo de conduta social paradigmático”⁴⁸⁵ em que o indivíduo deve seguir o arquétipo de um homem reto, honesto, leal e probo⁴⁸⁶ na relação com os seus pares, esteja essa contratualizada ou não – o que, idealmente, constitui a base indispensável de todas as interações humanas⁴⁸⁷. Nesse contexto, muito se discute acerca dos deveres pré e pós-contratuais em face do disposto no artigo 422 do Código Civil de 2002, ao que já se fez referência no Capítulo I quando tratamos da dissociação entre as relações inter-humanas e intra-jurídicas. É certo que o alcance do princípio suplanta a hermética dicção legal, conforme os cânones de uma interpretação extensiva⁴⁸⁸, já que a norma, claramente inspirada nos moldes da legislação estrangeira, foi redigida de modo a “dizer menos do que pretendia”.

Desde há muito, procura-se separar três funções distintas ao princípio da boa-fé objetiva, as quais descreveremos com o fito de encaixá-las puramente na perspectiva que adotaremos na incidência específica de cada plano. Ao analisar o § 242⁴⁸⁹ do BGB, F.

⁴⁸³ *A Boa-fé como Elemento de Existência do Negócio Jurídico*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil*, v. VI, São Paulo, Método, 2007, p. 371. Apesar de questionar o caráter de “princípio” à boa-fé subjetiva, M. ALMEIDA COSTA assevera: “Verdadeiramente, os aspectos da boa-fé em sentido objectivo e em sentido subjectivo analisam-se numa diferença de ângulos de encarar ou exprimir a mesma realidade”. Cf. *Direito das Obrigações...* cit (nota 450 supra), p. 97.

⁴⁸⁴ *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), pp. 409-410.

⁴⁸⁵ L. Díez-PICAZO, *Prólogo*, in F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, trad. esp. de J. Carro, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 13.

⁴⁸⁶ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 411.

⁴⁸⁷ J. DORAL – M. ARCO, *El negocio...* cit (nota 366 supra), p. 134.

⁴⁸⁸ T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução...* cit (nota 384 supra), pp. 297-298.

⁴⁸⁹ § 242. BGB.

WIEACKER enxerga uma tripla função ao princípio, tangenciando um viés de apoio hermenêutico, um meio supletivo e, por último, uma forma de limitação do exercício de certo direito⁴⁹⁰. Essas pontuações ganharam notória guarida na doutrina, sendo bastante difundidas no Brasil por J. MARTINS-COSTA⁴⁹¹, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e F. MARINO, os dois últimos na atualização da obra de ORLANDO GOMES⁴⁹².

A primeira função, que, para nós, não precisa ser abstraída diretamente da cláusula geral do artigo 422 do Código Civil de 2002, porquanto estabelecida especificamente no artigo 113⁴⁹³ do mesmo Código, tenta resolver um problema de deficiência na elaboração do objeto do negócio jurídico (face a “*lacunas, ambigüidades ou obscuridades*”⁴⁹⁴, ou mesmo na hipótese de verificação de “*lacunas secundárias*”, para se adotar a expressão cunhada por K. ENGISCH⁴⁹⁵). Ressalve-se que, caso a deficiência da “obra dos contratantes” fosse intransponível, haveria nulidade em razão da impossibilidade lógica do objeto como acentuamos no Capítulo III. A declaração de vontade só é apta a perpassar o plano da validade quando minimamente factível e coerente. Superado isso, pontuais deficiências podem ser solucionadas já no plano da eficácia, fazendo do método hermenêutico um processo de integração⁴⁹⁶, que poderá ser alicerçado na presunção de vontade das partes, ou, ainda, e eis o ponto que nos interessa, na boa-fé (estribada nos usos habituais do local da celebração, como explica E. DANZ⁴⁹⁷). O tema

Performance in good faith. An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

⁴⁹⁰ *El principio general...* cit (nota 443 supra), pp. 53-59.

⁴⁹¹ *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), pp. 427-428.

⁴⁹² *Contratos...* cit (nota 114 supra), pp. 44-46.

⁴⁹³ Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

⁴⁹⁴ Nota atualizada por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e F. MARINO na obra de ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 44.

⁴⁹⁵ As lacunas tidas como secundárias são, para o autor, situações novas que sequer poderiam ter sido cogitadas quando da regulamentação, manifestando-se apenas supervenientemente. Cf. *Einführung in das juristische Denken* (1956), trad. port de J. Baptista Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1972, pp. 232-233.

⁴⁹⁶ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 428.

⁴⁹⁷ Ao interpretar o § 157 do BGB – similar art. 113 do Código Civil de 2002 –, faz o autor a seguinte interligação entre boa-fé e usos sociais: “(...) *el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos <<usuales>>, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha surtido en iguales casos. Y esta fe, esta confianza de las partes no deben quedar frustradas por un fallo judicial que atribuya otros efectos; para evitarlo, los fallos judiciales deberán, pues, establecer la prestación de lo normal y ordinario, la prestación usual. (...) Vemos, pues, que la interpretación según la buena fe nos es ni más ni menos que la que se inspira en los usos sociales*”. Cf. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte / Zugleich ein Beitrag zur Rechts und Tatfrage* (1911), trad. esp. de F. Bonet Ramon, *La interpretación de los*

será retomado quando tratarmos das incidências do princípio, momento no qual serão feitas, adiante-se, remissões não usuais ao princípio da função social.

Já a segunda função indicada pela doutrina tem o objetivo de complementar, dotar, enriquecer e compor os vínculos obrigacionais⁴⁹⁸, como também as demais posições jurídicas, a partir da complementação do objeto do negócio jurídico. A descrição desta faceta supletiva será detalhada e exemplificada a partir do próximo tópico, com todas as outras considerações pertinentes à matéria. Entretanto, em termos de amplitude do princípio, basta aqui dizer que tais posições jurídicas são instrumentos funcionalizados a atingir o fim comum de todo processo obrigacional⁴⁹⁹, que é, em última análise, a realização dos interesses das partes.

A terceira e derradeira função, tismada sob a roupagem corretora, comporta dois ângulos⁵⁰⁰ que se situam em planos diversos, e, por isso, devem ser separados. O controle das cláusulas abusivas, primeiro ângulo, nada mais é que uma limitação ao alcance da declaração de vontade, a par daquelas já estudadas (ilicitude, impossibilidade e indeterminabilidade do objeto), encontrando-se no plano da validade. Sob ângulo diverso deve ser tratado o que se convencionou a denominar, com A. MENEZES CORDEIRO, de “exercício inadmissível de posições jurídicas”⁵⁰¹. Trata-se de uma gama de situações, reportadas normalmente em alguma máxima (v.g., *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, etc), na qual o corretivo se dá no plano da eficácia, isto é, no desenrolar do processo obrigacional, provendo um contorno diferente às posições jurídicas inicialmente configuradas.

É imperioso dizer que essas três funções foram delineadas olhando-se isoladamente o princípio da boa-fé, como se átomo fosse, o que, em termos de compreensão e apoio, é, sem dúvidas, de grande valia. Contudo, a abordagem que daremos a partir de agora nos levará a propor uma outra focalização, fazendo emergir funções mais ou menos semelhantes a essas, mas tendo como propósito os planos do negócio jurídico – algo que já se amostrou quando descrevemos a terceira função. Nesse caminho, ressalte-se,

negocios jurídicos (contrato, testamentos, etc.), 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 195 e 198.

⁴⁹⁸ C. GODOY, *Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem se deve pagar. Daquele a quem se deve pagar*, in R. Lotufo – G. Ettore Nanni (coords.), *Obrigações*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 301.

⁴⁹⁹ C. MOTA PINTO, *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 289.

⁵⁰⁰ Nota atualizada por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e F. MARINO na obra de ORLANDO GOMES, *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 45.

⁵⁰¹ *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), pp. 661 e ss.

teremos o cuidado de considerar as duas vertentes da boa-fé (objetiva e subjetiva), sendo desnecessárias novas distinções.

Até por tentarmos focalizar a matéria conforme os diversos planos, não concordamos com E. BUSSATA quando o autor, a despeito de reconhecer a relevância da distinção entre funções e, inclusive, aplicá-las, diz não ser tecnicamente correta a divisão, pois todas tangenciam o conteúdo da relação obrigacional⁵⁰². A funcionalidade da boa-fé não se restringe à seara obrigacional, que, como reiterado, apenas diz respeito à eficácia do negócio jurídico, isto é, à terça e última parte de todas as elucubrações.

No mais, como referido nas linhas introdutórias sobre os princípios, a amplitude da boa-fé, até por ser considerada uma cláusula geral⁵⁰³, não é imutável, podendo, em face de sua maleabilidade, abranger diversas outras situações ainda não cogitadas. Passemos, agora, a abordar certos quadros, buscando, dentro da riqueza de hipóteses de incidência, alcançar alguma sistematização, de modo que outros exemplos, mesmo que não citados, possam ser encaixados sem dificuldade.

Encerremos o tópico com a feliz metáfora de J. CRUET, a quem “*a boa fé é o óleo invisível que amacia o funcionamento da engrenagem jurídica*”⁵⁰⁴. Façamos, então, um contraste para dar visibilidade a esse “óleo invisível”, marcando, com precisão, o funcionamento de cada engrenagem do negócio jurídico.

IV.2 Hipóteses de incidência no plano da existência

No campo contratual, pode-se afirmar, sem maiores delongas, que a incidência do princípio da boa-fé terá as funções de completar e suprir alguns dos elementos existenciais do negócio jurídico, respectivamente o *objeto* e a *vontade negocial*.

Princiando pela primeira função, constata-se que o objeto é apto a sofrer marcantes influências do princípio da boa-fé em sua faceta objetiva, sendo o fenômeno bastante semelhante ao preenchimento que se observa através de regras cogentes e

⁵⁰² *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 77.

⁵⁰³ É de se questionar, entretanto, o caráter de cláusula geral à boa-fé subjetiva. O preenchimento de seu conteúdo dificilmente sofrerá variações, razão pela qual A. MENEZES CORDEIRO nega peremptoriamente essa condição. Cf. *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), p. 1.192.

⁵⁰⁴ Reconheça-se, por honestidade científica, que o sentido utilizado por J. CRUET fora outro: a constatação de que a boa-fé é a verdadeira regente do tecido social, visto que os indivíduos desconhecem, felizmente para o autor, a totalidade das leis. Cf. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, Salvador, Progresso Editora, 1956, p. 206.

dispositivas⁵⁰⁵, as quais não têm, evidentemente, o alicerce volitivo, decorrendo pela via direta da lei. A “obra” dos contratantes é, no mais das vezes, inconclusa⁵⁰⁶, necessitando de *complementação*, seja através de regras, seja através de princípios.

Assim, apesar de antes reconhecer que a prestação principal de um negócio jurídico é forjada pela vontade, C. COUTO E SILVA observa que, por outro lado, muitos dos deveres que orbitam ao seu redor surgem como resultado da incidência do princípio da boa-fé⁵⁰⁷, não estando vinculados, portanto, àquela⁵⁰⁸.

A título de ilustração, pode-se elencar, com certo grau de generalidade, deveres que estão, desde logo, incluídos implicitamente no objeto do contrato em razão da atuação do princípio. Não obstante a justa observação de M. CARNEIRO DA FRADA, no sentido de que tais posições são, por natureza, “*rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas*”⁵⁰⁹, seriam eles: os deveres de *esclarecimento/informação, cooperação e lealdade*⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO bem delinea os contornos do objeto. Para ele, o conteúdo pode ser *implícito, expresso* e *incompletamente expresso*. O conteúdo implícito são os elementos categoriais derogáveis, isto é, a parte do objeto que é preenchida pelas regras dispositivas a partir da tomada de um contrato típico. Já o conteúdo expresso se perfaz no que fora erigido pela declaração de vontade. Por fim, o conteúdo incompletamente expresso constitui a parte que, apesar não ter sido expressamente declarada, obrigatoriamente deve constar quando se adota determinado contrato típico. Cf. *Negócio Jurídico...* cit (nota 22 supra), pp. 136-137.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, R. L. LORENZETTI, diz não ser autossuficiente a autonomia privada: “Há que integrar, tipificar e recorrer a inúmeras disposições complementares que não surgem da vontade das partes”. Cf. *Fundamentos...* cit (nota 304 supra), p. 537.

⁵⁰⁷ Como bem salienta M. ALMEIDA COSTA, os deveres “laterais” derivam das próprias cláusulas contratuais, de dispositivo da lei ou da incidência da boa-fé objetiva. Cf. *Direito das Obrigações...* cit (nota 450 supra), p. 64. Por sua vez, P. NALIN menciona que não há diferença de intensidade na vinculação entre o que foi estabelecido por cláusulas expressas, pela lei ou pela incidência do princípio. Cf. *A Boa-fé como Elemento de Existência...* cit (nota 483 supra), p. 370.

⁵⁰⁸ E assim conclui observando o processo histórico: “A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses”. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 38.

⁵⁰⁹ *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1994, p. 40.

⁵¹⁰ Simplificamos o “rol dos deveres anexos” porque o nosso propósito não é esgotar as nuances da boa-fé, e sim demonstrar a forma de incidência do princípio. Para uma tentativa de classificação exaustiva, vide J. MARTINS-COSTA. Cf. *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 439. Da mesma forma, não diferenciaremos a imediata função dos deveres como faz J. ANTUNES VARELA, que aloca, de um lado, os deveres destinados à preparação da prestação principal; e, de outro, os deveres autônomos que não interessam diretamente à prestação principal. Cf. *Das Obrigações...* cit (nota 166 supra), pp. 122-123. Também nesse intuito de conferir sistematização aos deveres de uma forma geral, consulte-se F. NORONHA, que os divide em: principais, secundários e fiduciários. Cf. *Direito das Obrigações...* cit (nota 398 supra), pp. 98-107. Por fim, confira-se o elenco de C. MOTA PINTO (com base na jurisprudência portuguesa): deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e declaração; deveres de notificação; deveres de cooperação; e deveres gerais de proteção e cuidado. Cf. *Cessão...* cit (nota 499 supra), pp. 281-287.

Os primeiros se enveredam no sentido de tornar nítidas eventuais circunstâncias que possam vir a surgir ao longo do contrato, visando a clarificar pontos obscuros ou totalmente desconhecidos de uma das partes, e que, evidentemente, apresentem relevância⁵¹¹.

Muitas dessas *circunstâncias* que reclamam um pronto esclarecimento já se encontram, é verdade, positivadas quando da disciplina de algumas espécies de contrato – expediente que confere uma maior segurança no trato das relações. A necessidade de o locatário informar ao locador turbações de terceiros (artigo 569, inciso III, do Código Civil de 2002) e a necessidade do segurado informar à seguradora a majoração do risco (artigo 769 do Código Civil de 2002) são casos que comprovam, digamos, a “cristalização” da incidência do princípio da boa-fé como forma de complementação ao objeto do negócio.

Mas nem sempre isso ocorrerá, ainda sendo perceptível a atuação direta do princípio. Ninguém negará, por exemplo, que o comodatário tem o dever de logo avisar o comodante que o bem emprestado fora subtraído por terceiro, apesar de não haver qualquer previsão legal nesse sentido. Nesse passo, poder-se-ia objetar, conforme as bases do Capítulo anterior, com o argumento de que a prévia existência de regras importaria a impossibilidade de aplicação principiológica, porquanto a suposta valoração já fora empreendida no momento “nomogenético”, não havendo espaço para novas elucubrações, sob pena de se invadir campo de competência do legislador. Nada mais errôneo. Isso porque se deve distinguir a inviabilidade de uma regulamentação normativa que abarque todas as situações possíveis da vida, de um lado, com a existência de regras que deixam intencionalmente de fora certas situações, de outro. Como transcrito acima, a especificação de uma hipótese nem sempre redunde na exclusão das demais. No caso, a positivação de uma regra que cristaliza um dever de informação certamente não exclui outros deveres de igual gênero que podem surgir através da aplicação direta do princípio.

Reitere-se que a possibilidade de verificação do fenômeno, se bem proposto e baseado em consistentes critérios, é algo benéfico, pois, introduzido o princípio em cláusulas gerais ou decorrente de direitos tidos como fundamentais, acaba por ventilar o direito, ciência que prima por acompanhar a constante mutação dos valores sociais⁵¹². Assim, conclui-se que a concretude de um dever de esclarecimento hoje pode ser distinto

⁵¹¹ C. COUTO E SILVA, *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 94.

⁵¹² P. LÔBO, *Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – No Direito das Obrigações e dos Contratos*, v. IV, São Paulo, Método, 2005, p. 79.

do de amanhã, sem que, para tanto, seja necessária constante alteração legislativa. Por isso, é dito que os deveres laterais têm caráter “proteifórmico”⁵¹³.

Prosseguindo, é de se observar que, no mais das vezes, o cumprimento desses deveres se dará por meio de um ato jurídico *stricto sensu*, especificamente do grupo das *exteriorizações de conhecimento* (vide Capítulo I), envolvendo, destarte, cognição⁵¹⁴. Serão atos complementares do negócio jurídico que repercutem no plano da eficácia, por culminarem na realização de um dever.

Nesse ponto, faça-se uma precisa ressalva. Os referidos deveres, tais quais os direitos, obrigações e pretensões, serão concretizados e efetivados apenas no plano da eficácia. Isso, por outro lado, não significa afiançar que o princípio em comento estará incidindo exatamente nesse plano. Os deveres laterais, a nosso ver, são aventados de forma geral desde o primeiro momento, ou seja, já no plano da existência, fazendo parte do próprio objeto do negócio. Tal conclusão decorre do fato de que a boa-fé tem o condão de atuar geneticamente no plano “inicial”, para que, após, o produto seja colhido no “terceiro plano”. A lógica é a mesma das obrigações principais. A declaração de vontade fornece o tom no plano da existência, criando a obrigação em si no plano da eficácia.

Por essa razão, discordamos em parte de J. MARTINS-COSTA, na afirmação de que os deveres instrumentais “*não constituem elementos da relação contratual existentes ‘ab initio’ e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo*”⁵¹⁵. Tais deveres já se encontram *ab initio* de forma geral; a concretude do conteúdo, por outro lado, é que será determinada em um momento posterior. Analogamente, pode-se traçar um paralelo com as obrigações de dar coisa incerta (artigo 243 e seguintes do Código Civil de 2002), em que a obrigação é traçada apenas pelo gênero e pela quantidade no objeto, sendo completada posteriormente por um outro ato jurídico (escolha da coisa), dito complementar, que atuará no plano da eficácia do negócio primário. Os deveres instrumentais são determinados em

⁵¹³ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 450.

⁵¹⁴ Não nos filiamos a C. COUTO E SILVA quando o autor afirma que o exercício de tais “*atos em sentido estrito*” independem de capacidade. Considerando que as exteriorizações de conhecimento dependem de um processo cognitivo, parece que a capacidade de fato é pressuposto essencial na prática destes atos. Assim, não tem efeito (em razão de patente invalidade) uma informação prestada por um incapaz que seja contratante. Deverá ele ser representado ou assistido, conforme o grau da incapacidade, pelo tutor, curador ou quem exerça o poder familiar. Conclui-se daí que eventual informação errônea prestada exclusivamente pelo incapaz, no contexto contratual, não ensejará a deflagração da responsabilidade civil. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 94.

⁵¹⁵ *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), p. 449. Em semelhante sentido, C. MOTA PINTO. Cf. *Cessão...* cit (nota 499 supra), p. 288.

gênero desde logo, auferindo substância em momento vindouro conforme as peculiaridades do negócio.

A mesma tônica se aplicará aos deveres de cooperação. Pela incidência do princípio, é crível pensar-se em termos de um genérico dever que tende a um auxílio recíproco entre as partes. Assim, se em uma transação internacional a entrega de determinada mercadoria estiver sujeita à licença de exportação, é dever do vendedor empreender esforços para obtê-la através do órgão competente, não obstante inexistir previsão contratual nesse sentido⁵¹⁶.

O traço característico dos deveres de cooperação se perfaz na tarefa de sempre facilitar o adimplemento do contrato, contornando barreiras superáveis, que poderiam, em última análise, prejudicar o bom andamento da relação contratual caso fossem negligenciadas⁵¹⁷. Tais deveres exsurtem, portanto, em razão da boa-fé objetiva – impresso no objeto do negócio (plano da existência).

Completando o quadro de preenchimento do objeto, temos os deveres de lealdade, cujo pressuposto básico é a verificação de uma conduta com retidão moral, que se espelha na confiança (elemento intrínseco à boa-fé)⁵¹⁸ de que a parte contratante não praticará qualquer ato atentatório aos interesses do outro, sejam esses patrimoniais ou extrapatrimoniais. A. MENEZES CORDEIRO nos fornece alguns exemplos deste grupo como os deveres de não-concorrência, de não-celebração de contratos incompatíveis com o primeiro e de sigilo por elementos obtidos na execução do contrato⁵¹⁹. Decerto, se o indivíduo contrata os serviços de um contador para fins de declaração do imposto de renda, o profissional não poderá divulgar os dados do tomador do serviço, pois estaria rompendo com o dever de sigilo, independentemente desse constar de modo expresso em cláusula contratual. O mesmo se diz em relação a um contrato que vise ao conserto de computador. Não é permitido ao técnico de informática reter dados pessoais gravados no disco rígido do aparelho, por evidente descumprimento do dever de lealdade. Dentro desse rol, F. NORONHA ainda acrescenta o dever do fornecedor de não expor o consumidor inadimplente a ridículo, não o sendo submetido a constrangimento ou ameaças⁵²⁰ – matéria

⁵¹⁶ C. COUTO E SILVA, *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 96.

⁵¹⁷ P. FROTA, *Os Deveres Contratuais nas Relações Civis e de Consumo*, Curitiba, Juruá, 2011, p. 187.

⁵¹⁸ P. STOLZE GAGLIANO – R. PAMPLONA FILHO, *Novo Curso...* cit (nota 52 supra), p. 71.

⁵¹⁹ *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), p. 607.

⁵²⁰ *Direito das Obrigações...* cit (nota 398 supra), p. 106.

cristalizada no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, que, evidentemente, estende-se a todos os tipos contratuais em decorrência do princípio aqui estudado.

Sublinhe-se, ainda, que alguns dos casos de “*venire contra factum proprium*” justamente são violações ao dever geral de lealdade impresso implicitamente no objeto do negócio jurídico, por meio da incidência do princípio da boa-fé.

As sanções para o não-cumprimento dos deveres em comento (esclarecimento/informação, cooperação e lealdade) são variadas, podendo culminar na deflagração da responsabilidade civil, na resolução contratual⁵²¹ ou mesmo na perda de direito. No último caso, o dever se aproxima tecnicamente do que se entende por *ônus*⁵²². Retome-se o exemplo da necessidade de o segurado informar à seguradora o incremento do risco, que, se não atendido, levará à perda da garantia por parte daquele.

Quanto às duas primeiras sanções, algumas considerações merecem ser feitas. A doutrina costuma pontuar que a não-observância dos deveres laterais caracteriza a “*violação positiva do contrato*”⁵²³, surgindo, conseqüentemente, a indagação que se traduz em saber se qualquer transgressão à boa-fé objetiva é capaz de dar azo à resolução contratual ou não⁵²⁴. O inicial ponto a ser dirimido é o de que, com ou sem a resolução, os mecanismos da responsabilidade civil são ativados caso haja dano aferível, caracterizando,

⁵²¹ P. LÔBO, *Deveres Gerais...* cit (nota 512 supra), p. 75.

⁵²² Para elucidar a questão, C. COUTO E SILVA chega ao ponto de cogitar a caracterização de um “*dever consigo mesmo*”. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 95. A nosso ver, a expressão tem tons apenas didáticos, já que o dever de um sempre corresponderá a um direito de outrem; no *ônus*, não há relação intra-jurídica. Adotamos, dessa forma, a distinção empreendida por F. AMARAL: “No dever, o comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito, enquanto, no *ônus*, esse comportamento é livre, embora necessário, por ser condição de realização de interesse próprio. O *ônus* é, por isso, o comportamento necessário para conseguir-se certo resultado que a lei não impõe, apenas faculta. No caso do dever, há uma alternativa de comportamento, um lícito (o pagamento, por exemplo) e outro ilícito (o não pagamento); no caso do *ônus*, também há uma alternativa de conduta, ambas lícitas, mas de resultados diversos, como se verifica, por exemplo, da necessidade do adquirente de um imóvel registrar seu título aquisitivo (CC, art. 1.245)”. Cf. *Direito Civil – Introdução*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 200.

⁵²³ F. TARTUCE, *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos...* cit (nota 204 supra), p. 115.

⁵²⁴ Segundo o magistério de A. MENEZES CORDEIRO, o fenômeno foi descrito pela primeira vez por H. Staub em 1902 (logo após a publicação do BGB), sendo, posteriormente, desenvolvida por H. Stoll. O autor também observa que a “*violação positiva do contrato*” não se restringe aos casos de violação de deveres laterais, também podendo ser considerado como tal o cumprimento defeituoso da prestação principal. Cf. *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), pp. 595-599 e 602. No Brasil, a teoria, apesar de ser cada vez mais suscitada nominalmente, face a elevação do alcance do princípio da boa-fé objetiva, não se demonstra imprescindível segundo a doutrina, visto que o conceito de mora adotado tanto pelo Código Civil de 1916 (art. 955) quanto pelo Código Civil de 2002 (art. 394) é mais amplo se comparado a de outros sistemas. Cf. L. CAMARGO PENTEADO, *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Civil, 2006, p. 137. Conforme salienta A. ARRUDA ALVIM, o conceito, no ordenamento brasileiro, abarca não só a concepção tradicional do retardamento da prestação (tempo) como também da imperfeição de seu cumprimento em termos de local e, principalmente, de forma. Cf. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, São Paulo, Saraiva, 1949, pp. 17-18.

destarte, o ato ilícito relativo. Posto isso, entendemos que a possibilidade de resolução dependerá do grau de importância do dever violado, algo que somente pode ser apreciado no caso concreto, conforme o tipo de relação formada. Exemplificando, se alguém vende uma máquina de lavar a outrem sem mencionar certas particularidades de funcionamento da coisa, fazendo com que haja grande vazamento de água pela casa, deflagrar-se-á a responsabilidade civil por não-cumprimento de um dever de informação na hipótese de se verificar a ocorrência de dano. Porém, a falta da informação parece não ser suficiente para motivar a resolução do contrato. Já em um contrato de prestação de serviço de telefonia celular, a ausência de esclarecimentos por parte da operadora ensejaria a resolução do negócio, independentemente de haver adimplemento da obrigação tida como principal, uma vez que, pela pretensa longevidade do contrato, a frustração pode minar consideravelmente a relação⁵²⁵.

Ao exame das ilustrações, percebe-se que os contratos tidos como “relacionais” são mais sensíveis às “violações positivas”, tendendo a bem justificar a operação de resolução. Nesse sentido, a doutrina especializada de R. PORTO MACEDO JR. afirma que, nos contratos que carregam esses contornos, a posição acessória dos deveres de cooperação se transfigura, assumindo caráter central no processo⁵²⁶. Como o negócio tem um traço de continuidade, a quebra da confiança, simbolizada na violação desses deveres, acaba sendo algo tão marcante quanto a própria inexecução da “prestação principal”, inviabilizando o prosseguimento da relação.

De qualquer forma, respondendo a indagação supramencionada, não é *qualquer* descumprimento aos deveres laterais que ocasionará a resolução, até porque, *e.g.*, parece-nos ilógico que se cogite a resolução do contrato por eventual violação a um dever pós-contratual. Como analisado no Capítulo I, a relação inter-humana “juridicizada” se encerra com o fim do contrato (não há mais comprador/vendedor, locador/locatário), subsistindo, porém, algumas relações intra-jurídicas de credor/devedor. Os deveres pós-

⁵²⁵ J. MARTINS-COSTA relata interessante julgado da Corte de Cassação italiana no qual o locatário cedeu sua posição contratual a terceiro (possibilidade expressamente prevista no contrato), sendo que o locador, após a ciência, ficou-se inerte, não efetuando a “*volturazione*” (ato de inscrição no registro que possibilitaria ao cessionário obter autorização administrativa para começar a exercer atividade comercial). Desta feita, o locatário deixou o imóvel sob a alegação de resolução contratual, o que fez o locador acioná-lo postulando em juízo o pagamento dos aluguéis vincendos e a reparação de danos. Em reconvenção, o locatário requereu a restituição de valores caucionais, bem como a indenização pelos danos decorrentes da frustração da cessão. A Corte deu provimento à reconvenção pelo não-atendimento ao dever de cooperação, corolário da boa-fé objetiva. Cf. *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), pp. 441-442. Note-se, por conseguinte, que a violação positiva do contrato, nesse caso, justificou a resolução contratual.

⁵²⁶ *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 153.

contratuais evidentemente estão inseridos nessas últimas, sendo que uma violação ocorrida após o próprio esvair da relação inter-humana não pode motivar, tecnicamente, o encerramento de algo que já está encerrado.

Antes de finalizarmos a abordagem do preenchimento principiológico do objeto do negócio jurídico, ainda são cabíveis duas notas. A primeira, bem evidenciada por C. COUTO E SILVA, é a de que, ao se tratar da incidência do princípio, costuma-se mencionar a criação de *deveres*, obliterando-se que o princípio pode, até mesmo, criar verdadeiras obrigações, que têm como correlato pretensões⁵²⁷. Nesse sentido, é lembrado que a pretensão à prestação de contas, mesmo não prevista expressamente no contrato, é perfeitamente viável⁵²⁸.

Já a segunda nota versa sobre tema mais afeto a este estudo. De uma forma geral, deve ser dito que a “intensidade” do princípio estará mais ligada ao tipo de bem ou serviço que deflui do contrato do que propriamente ao “grupo contratual”, excepcionando a regra de que a incidência do princípio da boa-fé variará conforme este, como suscitado no Capítulo II. Assim, v.g., não parece haver mais ou menos deveres anexos em um contrato de locação “clássico” em comparação a um contrato de locação “por adesão”. A intensidade, faça-se importante ressalva técnica, será sentida, contudo, no plano da eficácia, refletindo-se no “número” de deveres concretos; o que se situa na existência é a impressão de um dever inicialmente indeterminado. Por exemplo, o dever de cooperação impingido em um contrato de seguro de vida “*ab initio*” ganha concretude quando, depois de longo lapso temporal, discute-se a renovação do contrato, não sendo aceitável o comportamento da seguradora em dificultá-la, sob o pretexto de modificar as cláusulas contratuais⁵²⁹.

⁵²⁷ A diferença entre dever *stricto sensu* e obrigação adotada reside no fato de que naquele o possuidor do direito correlato não tem meios de exigir coercitivamente a prestação, enquanto nesta o titular ativo pode exigir e agir (pretensão) pleiteando o cumprimento dela. Por exemplo, os deveres *stricto sensu* matrimoniais não são exigíveis, ao passo que a obrigação de efetuar determinado serviço sim.

⁵²⁸ Entretanto, faça-se a ressalva de que o autor não usa o termo “obrigação”, preferindo enxergar um dever de esclarecimento que tenha pretensão. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 93.

⁵²⁹ Em semelhante sentido, o Enunciado n.º 543 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VI Jornada de Direito Civil: “Constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato”, que traz expressamente em sua justificativa a invocação do dever de cooperação: “(...) A contratação em geral ocorre quando o segurado é ainda jovem. A renovação anual pode ocorrer por anos, às vezes décadas. Se, em determinado ano, de forma abrupta e inesperada, a seguradora condicionar a renovação a uma repactuação excessivamente onerosa para o segurado, há desrespeito ao dever anexo de cooperação. (...)”.

Como no caso se vislumbra embate principiológico, o modelo funcional delineado no Capítulo III, ficaria, por conseguinte, assim exposto: $(P_2 \mathbf{P} P_1)^{530}$, na hipótese de qualquer relação contratual (condicionante). A boa-fé aqui prevalecerá à autonomia privada – até porque essa, na realidade, foi omissa, não completando a contento o quadro eficaz; e caso haja cláusula expressa afastando o dever, dificilmente ela escapará do controle de validade.

Por sua vez, a condicionante será genérica quanto ao grupo contratual, podendo vir acompanhada, entretanto, de um atributo ligado ao tipo de bem envolto ao contrato, que, em última análise, mensurará o peso da incidência do princípio da boa-fé, gerando a “quantidade” de deveres conforme suas peculiaridades.

Se nesses casos o princípio da boa-fé foi empregado apenas com o desiderato de completar o objeto do negócio, a próxima função que lhe cabe terá papel mais agudo, vez que revelará tons de total suprimento do elemento existencial da *vontade negocial mínima*.

Duas são as hipóteses vislumbradas por nós que se amoldam à situação descrita. A primeira delas já se encontra positivada, tendo, a nosso ver, o princípio da boa-fé incutida em si⁵³¹. Trata-se da inviabilidade da reserva mental prevista no artigo 110 do Código Civil de 2002, que faz prevalecer a declaração negocial sobre a própria ausência do mínimo de vontade negocial caso o destinatário a que se faça a manifestação não tenha conhecimento da situação. Em outras palavras, proposta ou aceitação são perfeitamente hígidas, tendo o efeito de vincular o policitante ou formar o contrato, uma vez que proponente ou oblato (conforme o caso) estaria de boa-fé, o que significa dizer que o princípio atua, na sua faceta subjetiva⁵³², para suprir a inexistência de vontade negocial mínima de um, face o desconhecimento de outro acerca do fato. Contudo, se o desenvolvimento parasse por aqui, haveria palpável controvérsia em relação ao exemplo fornecido no tópico III.1.1, que nos motivou a defender a inexistência do contrato (pela falta de um mínimo de vontade) em que a aceitação fora subtraída da gaveta e enviada por

⁵³⁰ Onde P_2 reporta à boa-fé, P_1 remete à autonomia privada e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

⁵³¹ Como salienta G. DEL VECCHIO: “No basta con conocer las normas particulares; es necesario penetrar en el espíritu que las anima, el cual tiene sus primeras raíces en nuestro propio espíritu”. Cf. *Los principios generales...* cit (nota 431 supra), p. 139.

⁵³² É cultor dessa vertente, a que se intitula “teoria da confiança”, ORLANDO GOMES: “Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contratantes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm o direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte (...)”. Cf. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, p. 15.

terceiro ao policitante, o qual se supõe estar de boa-fé. O ingrediente a ser adicionado nesse contexto permanece sendo o mesmo princípio, mas agora no seu viés objetivo. Se foi o próprio policitante que intencionalmente enviou a proposta ou o próprio oblato que expediu a aceitação a despeito de ter feito a reserva mental de não querer o que fora declarado, é evidente a caracterização do *venire contra factum proprium*⁵³³, donde concluímos que a dupla incidência da boa-fé (objetiva e subjetiva) reúne poder suficiente para “criar” uma vontade negocial postiça. Tanto é que, ainda na dicção da lei, sabendo o destinatário da manifestação que fora realizada reserva mental, não se pode cogitar a existência de negócio, ou até mesmo eventual ato *stricto sensu*.

Como salientamos no Capítulo III, para que haja negócio, é necessário um mínimo de vontade negocial, que deriva, por presunção, da simples ciência de que se está agindo negocialmente. Entretanto, no caso da reserva mental, tal presunção é desfeita, já que o agente deliberadamente não possui qualquer vontade⁵³⁴. Portanto, para que o negócio venha a existir, cabal é o suprimento da vontade, através do princípio subjacente à regra.

Ademais, advirta-se que o modelo funcional de aplicação principiológica não terá vez aqui, pois a valoração já fora empreendida pelo legislador, valendo a ilação, por conseguinte, a todos os grupos contratuais.

Por sua vez, a segunda hipótese que tem o condão de suprir a vontade negocial surge da simbiose entre o “dever saber formal” e o “dever de dar conhecimento”. Explica-se. Como analisamos no Capítulo II, um dos elementos indissociáveis do contrato é o consenso, isto é, mesmo quando uma das partes não participa da eleição dos efeitos, bastará a manifestação do “querer contratar” (liberdade de contratar em sentido estrito) para que se forme o contrato. Nesse jogo, deve ser conferida ao pretense oblato a oportunidade de conhecer as cláusulas do objeto, decidindo ele, após a apreciação,

⁵³³ Tal constatação, malgrado não haver menção expressa ao “*venire contra factum proprium*”, já podia ser apreendida de B. WINDSCHEID: “(...) *la riserva mentale è inefficace perché il diritto non può consentire, che alcuno invochi per sé le sue menzogne*”. Cf. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it. de C. Fadda – P. Bensa, *Diritto delle Pandette* v. I, Torino, Editrice Torinese, 1902, p. 299, nota de rodapé n. 1°. Semelhante é o magistério de N. NERY JR, onde o princípio pode ser retirado das entrelinhas: “Emitindo declaração em divergência com o que intimamente quer, o declarante tem que admitir que a sua declaração irá produzir os efeitos normais dela advindos, devendo com esses efeitos se conformar (...)”. Cf. *Vícios do Ato...* cit (nota 338 supra), p. 18.

⁵³⁴ Algo muito próximo ao que ocorre com a simulação absoluta, que, como salienta M. MELLO, faz do suposto negócio inexistente. Cf. *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 164. Acrescente-se que reserva mental com ciência do destinatário e simulação absoluta apenas diferem no ponto em que naquela o reservante não agiu em conluio com o destinatário, apesar desse saber da reserva, ao passo que na simulação absoluta todo o pseudo-negócio fora orquestrado pelas partes. Cf. N. NERY JR, *Vícios do Ato...* cit (nota 338 supra), pp. 47. A despeito da diferença, a consequência é a mesma: a inexistência do negócio.

manifestar a vontade de contratar ou não. Em caso positivo, surge o consenso, sendo aferível um mínimo de vontade negocial em concordância com cada cláusula.

Acontece que, em razão dos incontáveis itens contratuais, principalmente aqueles inseridos nos contratos por adesão, é comum que o aceitante acabe não tendo o conhecimento de boa parte das avenças. Desse fato emana um problema de caráter técnico: vários blocos de cláusulas não seriam, *a priori*, ativados por inexistir real consenso em relação a cada disposição, não havendo, por conseguinte, específica vontade negocial. A solução, mais uma vez, encontrar-se-á na incidência dos princípios.

Atentando-se a esse quadro, C. P. U. MIRANDA ventila que “há deveres bilaterais que se conjugam para a produção de um único resultado: a efetivação do consentimento”⁵³⁵. Por um lado, o estipulante tem o dever de propiciar o exato conhecimento (ou melhor, a exata compreensão⁵³⁶) das cláusulas; e, por outro, o aderente também tem o dever de, empreendendo diligência normal⁵³⁷, tomar conhecimento do conteúdo do objeto.

Se o estipulante não cumprir o seu dever, grande parte das cláusulas pode ser considerada inexistente. Afirme-se, a avença é ineficaz porque, antes, é inexistente⁵³⁸, não passando de simples “pedaço de papel” (*Stück Papier*)⁵³⁹. Inclusive, há regra no Código de Defesa do Consumidor que pressupõe esse sentido (artigo 46⁵⁴⁰). Agora, cumprido tal

⁵³⁵ *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), p. 93.

⁵³⁶ Sobre a diferença entre conhecimento e compreensão, P. LÔBO: “A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata. O consumidor em particular pode ter conhecido e não compreendido, ou ter conhecido e compreendido. Essa situação concreta é irrelevante. O que interessa é ter podido conhecer e podido compreender, ele e qualquer outro consumidor típico destinatário daquele produto ou serviço. A declaração de ter conhecido ou compreendido as condições gerais ou cláusulas contratuais gerais não supre a exigência legal (...)”. Cf. *Deveres Gerais...* cit (nota 512 supra), p. 92.

⁵³⁷ *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), p. 94.

⁵³⁸ É a acertada conclusão de C. L. MARQUES: “Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, sua sanção será: ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação deste, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato; o contrato de consumo como que não existe; é mais do que ineficaz, é como que inexistente (...)”. Cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Artigo por Artigo – Doutrina – Jurisprudência – Conexões Rápidas para Citação ou Reflexão – Diálogos entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 633.

⁵³⁹ C. L. MARQUES – A. H. BENJAMIM – B. MIRAGEM, *Comentários ao Código...* cit (nota 538 supra), p. 802.

⁵⁴⁰ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

dever, cria-se uma presunção de que o aderente conheceu e compreendeu as cláusulas, formando o consenso, justamente pelo fato de, sucessivamente, exsurgir um dever formal de conhecimento – nem que seja superficial – da percepção do conteúdo do contrato⁵⁴¹.

Quanto menor o papel da vontade por parte de um dos contratantes na eleição de efeitos, maior será a intensidade de incidência do princípio da boa-fé objetiva no “calibrar” do “dever de dar conhecimento”, em virtude da “obra” (objeto) não ter sido de autoria do oblato. Assim, nos “contratos clássicos” o dever quase não é considerado, por se pressupor que a possibilidade de livre discussão das cláusulas leve a um conhecimento integral das mesmas. Nos “contratos civis por adesão”, o dever já atinge um patamar considerável, encontrando-se o seu ápice nos “contratos de consumo”, mormente os de adesão em que até regra expressa há (artigo 54, § 3º⁵⁴², do Código de Defesa do Consumidor), por ser comum a existência de uma grande quantidade de “cláusulas-padrão”, e nos contratos existenciais, face a necessidade do bem envolvido. É sintomático notar que a própria doutrina acaba se tencionando a conferir terminologias diferentes para cada tipo de situação. Nesse sentido, em uma ordem crescente de intensidade, suscitamos os deveres de informação, de “oportunização” e de transparência, momento no qual não podemos de deixar de transcrever a técnica definição de A. TOMASETTI JR. a respeito da última, bem refletindo sua maior intensidade: “(...) *transparência significa uma situação informativa favorável à apreensão racional – pelos agentes econômicos que figuram como sujeitos naquelas declarações e decorrentes nexos normativos – dos sentimentos, impulsos e interesses, fatores, conveniências e injunções, todos os quais surgem ou são suscitados para interferir e condicionar as expectativas e o comportamento daquele mesmo sujeitos, enquanto consumidores e fornecedores conscientes de seus papéis, poderes deveres e responsabilidades*”⁵⁴³.

Cumprido, então, o dever de dar conhecimento oriundo da primeira incidência “pré-contratual” da boa-fé – que, se não atua diretamente em um plano, pode definir reflexamente o conteúdo do objeto do negócio –, o foco se concentra, sequencialmente, no “dever saber formal”. Esse ativar o princípio da boa-fé para suprir eventual falta do

⁵⁴¹ *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), p. 92.

⁵⁴² Art. 54. (...)

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

⁵⁴³ *O Objetivo de Transparência...* cit (nota 259 supra), p. 53.

mínimo de vontade negocial de algum bloco de cláusulas⁵⁴⁴, vinculando o aceitante integralmente. Em suma, se foi dado ao oblato a oportunidade de bem conhecer todas as cláusulas, forma-se um postigo consenso caso ele não tenha empreendido suficientes esforços para apreendê-las. Temos, portanto, mais um caso de incidência no plano da existência, em que a boa-fé funciona como verdadeiro sustentáculo ao contrato.

Tome-se como exemplo o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual uma faculdade de medicina particular resolveu não aceitar o pedido de abono de falta mediante entrega de atestado médico, em virtude desse ter sido apresentado após o prazo regulamentar de sete dias, culminando na reprovação da aluna e, consequentemente, na perda de sua bolsa. Dentre outras razões, diante das quais se destaca, apesar de não referido expressamente, a clara infringência ao dever de cooperação por parte da faculdade, o Tribunal deu provimento ao recurso porque o teor do referido regulamento não era de ciência dos alunos, donde se concluiu que eles não poderiam estar vinculados nesse mister⁵⁴⁵. Em outras palavras, não cumprido o “dever de dar conhecimento”, com a agravante de se tratar de contrato de prestação de serviços educacionais (contrato existencial), não se pode defender a existência da cláusula perante os educandos, por não se formar qualquer “dever saber formal” que tivesse o condão de suprir a vontade.

Antes ainda de incursionarmos no plano da validade, é de se constatar uma particular posição que faz jus a comentários mesmo que breves. P. NALIN defende que a boa-fé é, na realidade, um elemento de existência do negócio jurídico ao lado dos outros já conhecidos⁵⁴⁶. Suas considerações são no sentido de enxergar função própria ao princípio como elemento, distinta das funções de complementação ou suprimimento que elencamos até aqui.

⁵⁴⁴ Esclarecedoras são as palavras de C. P. U. MIRANDA: “(...) não se pode afirmar que a regra imputa ao aderente o ônus de uma conduta, favorável ao estipulante, pois que se trata de deveres bilaterais e recíprocos e em que um – o dever do estipulante de dar a conhecer ao aderente o conteúdo do contrato e de redigi-lo de modo a não dificultar-lhe a compreensão – constitui a causa do outro – o dever do aderente de conhecer tal conteúdo e de alcançar-lhe a compreensão com o uso da diligência comum”. Cf. *Contrato de Adesão...* cit (nota 229 supra), p. 95.

⁵⁴⁵ *TJSP*, 14ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 5574-91.2011.8.26.0010, Des. Rel. Melo Colombi, j. 28-03-2012.

⁵⁴⁶ Afirma contundentemente o autor: “Nessa base de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, não tenho dúvida de que o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elementos de materialização do negócio do que simples princípio informativo do que conformativo da vontade contratual”. Cf. *A Boa-fé como Elemento de Existência...* cit (nota 483 supra), p. 344.

Parece-nos de todo radical o entendimento adotado pelo autor. Os princípios tanto da boa-fé como da função social incidem para conformar, amoldar, modificar, proibir, e não para protagonizarem sozinhos a sorte do negócio jurídico. As suas conclusões caminham em sentenciar que não existiria negócio jurídico “*sem boa-fé*” tal qual não existe negócio jurídico sem vontade. Ora, a afirmação é nitidamente substanciosa e complexa, reclamando maiores contextualizações, sob pena de ser apenas “socialmente agradável”.

Nesse sentido, uma das barreiras intransponíveis, que desafia a funcionalidade dos planos ponteanos, seria suprimir as repercussões da boa-fé do plano da validade e da eficácia, alocando-as, sem mais nem menos, integralmente no plano da existência, como se seguisse a seguinte lógica: sobreleva-se a boa-fé ao plano da existência unicamente porque o princípio cresceu em importância, até por estar imerso implicitamente na Constituição⁵⁴⁷. No nosso sentir, cada plano tem o seu papel bem delimitado, o que significa dizer que um não é mais importante do que o outro. Inclusive, por revelar a característica de ter as mais variadas funções, é que o princípio incide nos três planos como estamos analisando nesse capítulo.

Por essas razões, preferimos negar a possibilidade de visualizar o princípio “autonomamente” como proposto por P. NALIN, preferindo pontuar as funções de complementação ou suprimento dos elementos existenciais tradicionais, o que já não é, frise-se, usual na doutrina. Além disso, refutamos integralmente a simples tomada de posicionamento em retirar a apreciação da boa-fé dos outros planos.

IV.3 Hipóteses de incidência no plano da validade

No plano da validade, observar-se-ão duas funções ao princípio da boa-fé, a saber: *a sanção de vícios* e *a contenção do alcance da declaração de vontade*. A primeira terá atuação positiva, no sentido de livrar o negócio de conspurcações; à medida que a segunda operará de modo negativo, invalidando cláusulas que podem redundar na própria iniquação do negócio como um todo.

⁵⁴⁷ Algo que se afere nestes excertos: “O contrato é antes de boa-fé do que conforme a boa-fé. E, assim sendo, no meu entender, atualmente inclui-se a boa-fé dentre os elementos que forma o *corpus* do negócio (sujeitos, vontade, objeto ou conteúdo e boa-fé), não mais ocupando posto a medir a validade do negócio (grau de validade) (...)” (...) “Atualmente, a sua importância é maior, o que não se poder negar, sendo possível cogitar inseri-la no plano da existência do negócio: entre outros elementos reputados como essenciais (sujeitos, declaração de vontade e objeto), incluir-se-ia a boa-fé, sem a qual o negócio não existiria para o Direito”. Cf. *A Boa-fé como Elemento de Existência...* cit (nota 483 supra), pp. 344 e 372.

Principiemos, então, pela descrição de hipóteses que abarcam a primeira função.

Compulsando os dispositivos legais do Código Civil de 2002, encontramos cinco exemplos de repercussão do princípio que diluem impurezas, extirpando os vícios, e conferindo, consequentemente, validade ao negócio. Eis, a seguir, a nossa análise.

Apesar de não haver remissão direta ao princípio, o artigo 159⁵⁴⁸ do Código Civil de 2002 deixa claro, em uma interpretação *a contrario sensu*, que, se o adquirente estiver de boa-fé, não será o negócio anulável pelo vício social da fraude contra credores, nos casos de contratos onerosos.

SILVIO RODRIGUES sustenta que, no embate entre o interesse dos credores do alienante e o adquirente de boa-fé, o ordenamento opta por este, fazendo prevalecer a “*firmeza das relações negociais*”. Segundo o autor, a boa-fé não deve ser burlada, pois isso denotaria ludibriar a justa expectativa de que o negócio gozava de toda a legalidade e segurança⁵⁴⁹.

Para nós, o que interessa é descrever que a boa-fé subjetiva incide no plano da validade para purificar o vício existente, qual seja, o de que a declaração de vontade não pode ter o alcance de transmitir algum bem se o alienante estiver insolvente ou na iminência de tornar-se tal. Vale mencionar, contudo, que a boa-fé apenas será ativada se a notícia da insolvência do alienante não for notória ou não houver motivo para ser conhecida, caso contrário se presume que boa-fé não há⁵⁵⁰.

Ainda sobre o tema, impende mencionar que abalizada doutrina se encaminha no sentido de que a “ação pauliana” seria declaratória de ineficácia, e não anulatória, ou seja, a alocação no plano da validade seria indevida⁵⁵¹. Não nos enveredaremos por esse rumo. A uma, porque o Código Civil de 2002 é expresso em cominar a anulação, o que repercute, inclusive, no prazo decadencial. Se a problemática estivesse na eficácia, prazo

⁵⁴⁸ Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

⁵⁴⁹ *Direito Civil*... cit (nota 112 supra), pp. 231-232.

⁵⁵⁰ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*... cit (nota 112 supra), p. 232. Analisaremos esse “requisito” de ativação mais adiante.

⁵⁵¹ Citem-se, por todos, ALVINO LIMA e OROSIMBO NONATO. O segundo, apesar de não falar expressamente em ação declaratória de ineficácia, deixa claro que seria indevido a classificar como ação de nulidade: “(...) a pauliana não é ação comum de nulidade nem de ressarcimento de dano. É ação pessoal que tira ao fim de restituir as partes ao estado anterior ao ato impugnado”. Cf. *A Fraude no Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 115; e *Fraude Contra Credores – Da Ação Pauliana*, Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 43.

não haveria⁵⁵², impedindo a necessária sedimentação de situações. A duas, porque se enquadra perfeitamente no que entendemos por análise do alcance proibitório da declaração de vontade, atendendo a um dos fins do plano da validade, como já mencionamos em tópico pertinente.

Quanto aos grupos contratuais, por mais um turno, as conclusões alcançadas no Capítulo II ganham aplicação, mesmo que de modo reflexo, uma vez que, não obstante existir regramento específico, é possível construir presunções acerca da caracterização ou não da boa-fé do terceiro, a partir da plausibilidade do conhecimento da situação patrimonial do alienante⁵⁵³. Deparando-se com contratos do tipo clássico, a evidência da boa-fé será menos comum, visto que a possibilidade de discussão das cláusulas possivelmente acompanhará uma maior facilidade em se averiguar a situação patrimonial do outro contratante, havendo, por conseguinte, motivos para que se presuma o seu conhecimento. Nos contratos civis por adesão e nos contratos de consumo, o certame passa a apresentar contornos diferentes, sendo mais verossímil a hipótese de não conhecimento do estado de insolvência, seja pela impossibilidade de o perquirir (do mesmo modo que as cláusulas contratuais), seja pela impulsividade/celeridade das relações de consumo, a não ser que haja notoriedade da situação patrimonial. Já os contratos tidos como existenciais levariam a uma presunção bastante consistente de não ciência do estado de insolvência. Isso porque a necessidade de se obter dado bem ou serviço certamente obviará uma análise acurada da pessoa do ofertante (v.g., a aquisição de uma casa para moradia às vésperas de um despejo).

Além disso, é de se acentuar que, nesse caso, a sanção do vício do negócio jurídico, na verdade, não transpõe qualquer conflito subjacente entre boa-fé e autonomia privada. Pelo contrário, aquela reforça esta. O instituto da fraude contra credores, como analisado no Capítulo III, tem como fim conter a autonomia privada do insolvente, pois este fica impossibilitado de dispor do seu patrimônio. Assim, quando a boa-fé do terceiro vem a sanar o vício, está, de fato, reforçando a autonomia privada que seria obviada no controle de validade.

⁵⁵² A. AMORIM FILHO, *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis* in *Revista dos Tribunais*, v. 300, 1960, pp. 25 e 27.

⁵⁵³ Como atesta A. SILVEIRA, quando se agrega o requisito da cognoscibilidade, “abre-se margem para valorações complementares”. E completa o mesmo autor a seguir: “muitas valorações são, como já se disse, diretamente utilizadas pelo legislador, ao elaborar seus preceitos sobre as referidas matérias; mas a averiguação e a apreciação de outras valorações, as complementares, ficam confiadas à atividade e ao prudente critério do magistrado”. Cf. *A Boa-fé no Código Civil...* cit (nota 470 supra), p. 17. Os grupos contratuais serviriam, então, de apoio a essas valorações complementares.

Ainda quanto à primeira função, passemos, agora, a uma hipótese na qual o princípio incide para contornar a falta de higidez da vontade. Segundo o artigo 180 do Código Civil de 2002, o menor entre dezesseis e dezoito anos (relativamente incapaz, portanto) não poderá se eximir de obrigação se tiver ocultado dolosamente a sua idade ou se declarado maior quando realizou o famigerado ato. Ao comentar o dispositivo, N. DUARTE invoca o brocardo “*malitia supplet aetatem*”, focalizando a repulsão à artimanha do menor para obstar a invalidação do ato⁵⁵⁴.

Entretanto, daremos outra leitura ao evento. Para nós, o negócio só não pode ser anulado pois o princípio da boa-fé subjetiva, que subjaz à regra, emana sobre o plano da validade contornando a falta de higidez da vontade proferida por pessoa relativamente incapaz. Veja-se, a ativação da boa-fé aqui será mais obtusa, porquanto deverá ter como causa o dolo do menor.

Seguimos, desta feita, a lição de V. RÁO, que aqui merece transcrição justamente por declarar de forma límpida que a boa-fé opera um saneamento no defeito da incapacidade: “*Considerada, na hipótese, a situação do menor relativamente incapaz, cabe falar-se em inadmissibilidade de invocação do próprio dolo (...) considerada, porém, a situação da outra parte, é da proteção de sua boa fé que se trata, isto é, de sua boa fé saneadora do defeito de incapacidade do outro contraente*”⁵⁵⁵.

Note-se, por fim, que, nesse caso, também não se vislumbra colisão entre princípios; e sim ligação dos mesmos (a boa-fé possibilita a autonomia). Além disso, salta aos olhos a clara valoração já empreendida pelo legislador ao limitar a incidência da boa-fé apenas na hipótese de menor relativamente incapaz, não se estendendo a hipótese às demais incapacidades.

De qualquer forma, adentrando na seara dos grupos contratuais, parece-nos equivocado o entendimento da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Por maioria, fora decidido que a celebração de um contrato de fiança operada entre um menor relativamente incapaz e o *Banco do Brasil S.A.* restava hígida ante a suposta ocultação dolosa daquele acerca de sua idade (a qualificação no contrato havia

⁵⁵⁴ Art. 1º ao Art. 232, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo, Manole, 2011, p. 139.

⁵⁵⁵ *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 228. No mesmo sentido, O. GUIMARÃES: “A lei supre a incapacidade do menor, quando se deu como capaz. Regularmente, nesse caso, a anulação deveria ser decretada. Mas não se extingue o ato em atenção à boa-fé do contratante”. Cf. *A Boa-fé no Direito...* cit (nota 468 supra), p. 58.

ficado em branco)⁵⁵⁶. A confusão, a nosso ver, justamente ocorreu na focalização da malícia do relativamente incapaz, obnubilando-se o que era mais importante: a análise da boa-fé do banco. Em típico contrato de consumo em que o estipulante tem todos os meios de descobrir a idade do aderente, não parece lógico defender a boa-fé do estabelecimento bancário para suprir o vício da falta de maturidade da vontade. Somente o princípio poderia contornar o vício existente, sendo que, pelas vicissitudes dos grupos contratuais, a presunção era de sua inexistência.

Os outros três exemplos sobre a primeira função do princípio da boa-fé – na sua vertente subjetiva – de sanção de vícios estão previstos nos artigos 138, 148 e 154 do Código Civil de 2002, sendo que, em comum, todas trazem o requisito da não-cognoscibilidade. O primeiro trata do instituto do erro e traz interessante inovação de incidência principiológica se comparado com a pretérita disposição do Código Civil de 1916 (artigo 86) que nada dispunha nesse sentido. Caso o destinatário da declaração de vontade não tenha como perceber a falsa representação da realidade empreendida pelo declarante⁵⁵⁷, a conclusão inarredável é a aferição do seu estado de boa-fé, o que dará azo à extirpação do vício, mantendo-se, destarte, o negócio. Ressalte-se que, se o estado for de má-fé, haverá dolo por omissão, podendo o negócio ser anulado, da mesma forma que, se não conhecido mas cognoscível o vício pelo destinatário (*“que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal”*), também poderá ser anulado em virtude do erro.

Já os artigos 148 e 154 do Código Civil de 2002, que tratam, respectivamente, do dolo e da coação perpetradas por terceiro, seguem a mesma linha. Se a parte a quem aproveite estiver de boa-fé (estado que somente se atinge pela não possibilidade de conhecimento), o vício é sanado, havendo apenas repercussões afetas à responsabilidade civil. Especificamente quanto à coação, é oportuno salientar que, no Código Civil de 1916, o estado de boa-fé não tinha o condão de produzir o mesmo efeito sanador (artigo 101), sendo outra modificação trazida pelo legislador na valoração do princípio.

Superadas essas cinco hipóteses mais evidentes, é-nos sugestivo ventilar uma outra repercussão do princípio ainda na mesma função. A teoria da aparência, que é

⁵⁵⁶ *TJSP*, 12ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9142968-22.2008.8.26.0000, Des. Rel. Cerqueria Leite, j. 24-07-2013.

⁵⁵⁷ A conclusão a que se chega é a adotada por J. F. SIMÃO, que, após longo estudo sobre a evolução legislativa e doutrinária acerca do instituto, conclui que os dois requisitos para a configuração do erro são a substancialidade e a cognoscibilidade por parte do destinatário da declaração. Cf. *Requisitos do Erro como Vício de Consentimento no Código Civil*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil*, v. VI, São Paulo, Método, 2007, p. 461.

alicerçada em grande parte pela boa-fé subjetiva, irá convalidar um vício que reside, a nosso ver, no segundo plano.

Essa orientação passa, invariavelmente, pela discussão da *causa* nos negócios jurídicos, o que traz, reconheça-se, grandes dificuldades pela falta de sedimentação da matéria. É sabido que a causa – tida no seu viés puramente objetivo⁵⁵⁸ – não foi elevada, no ordenamento brasileiro, a elemento existencial, seja no Código Civil de 1916⁵⁵⁹, seja no Código Civil de 2002⁵⁶⁰. Tal constatação, todavia, não subtrai a importância dessa figura na análise do negócio, contrariamente ao que alguns autores chegaram a sustentar, dentre eles o próprio C. BEVILAQUA⁵⁶¹.

Com base nos planos ponteanos, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO foi quem melhor apurou o fenômeno da causa ao separá-la em *pressuposta* e *final*. Segundo o autor, aquela estaria inserta no plano da validade; enquanto esta no plano da eficácia⁵⁶². Para o desiderato deste tópico, importa versar acerca do primeiro corte, adiantando, desde logo, que a “causa final” não será olvidada, ganhando tratamento em momento oportuno.

Com efeito, o objeto do negócio jurídico somente será tido como *possível* caso haja um pressuposto de legitimação, importando a necessidade de se vislumbrar a titularidade de um poder que condiga com os anseios delineados no objeto. Em síntese, se a causa pressuposta inexistir, a realização do objeto estará fadada terminantemente ao insucesso, visto que faltaria um poder ao agente para que o negócio conseguisse alcançar o “terceiro plano”. Assim, a conclusão seria a de que o objeto é juridicamente impossível, pois não reúne aptidão para alcançar o seu fim. Haverá, então, nulidade do negócio, nos

⁵⁵⁸ Afastando-se aqui, portanto, do que se entende por motivo (carga subjetiva). Cf. S. MACEDO, *Causa (Direito Civil) – I*, in R. LIMONGI FRANÇA (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. XIV, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 24. O motivo, diga-se, também não tem repercussões existenciais. Se for ilícito, determinante e comum às partes, o negócio será eivado de invalidade (art. 166, inciso III, do Código Civil de 2002). Já em termos de licitude, somente poderá dar azo à anulação quando, trazido pela declaração de vontade ao objeto como determinante, for falso (artigo 140 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 90 do Código Civil de 1916). Nesse caso, deve-se enquadrar a questão consoante os limites do instituto do erro, pois, como salienta SAN TIAGO DANTAS, esse se perfaz em uma *falsa representação* da realidade. O falso motivo nada mais que a não-correspondência da realidade em relação à razão pela qual se erigiu o negócio. Cf. *Programa...* cit (nota 79 supra), p. 273.

⁵⁵⁹ CARVALHO DE MENDONÇA é enfático ao declarar, ainda antes da promulgação do Código Civil de 1916, que as noções de objeto e consentimento já abarcam a causa: “A exigência da causa é, pois, uma inutilidade no direito para a existência do contracto. Bastante é que a lei fale em consentimento e objecto”. Cf. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*, t. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, p. 263.

⁵⁶⁰ F. AMARAL, *Direito Civil...* cit (nota 209 supra), p. 441.

⁵⁶¹ São suas palavras: “(...) a noção de causa é perfeitamente inútil para a *theoria dos actos juridicos*”. Cf. *Código Civil...* cit (nota 183 supra), p. 340.

⁵⁶² *Negócio Jurídico...* cit (nota 22 supra), p. 152.

termos do artigo 166, inciso II, do Código Civil de 2002.

Pela complexidade, exemplifiquemos a questão. O negócio de transferência da propriedade imóvel é nulo se o alienante não for o atual proprietário⁵⁶³ (“*Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*”). Nesse passo, rememore-se que o contrato de compra e venda consideradamente isolado é válido e eficaz⁵⁶⁴, porquanto seu escopo é gerar obrigações/pretenções e direitos/deveres. A problemática, então, reside propriamente no ato de transferência. Sendo esse realizado, duas claras repercussões podem ser pontuadas: cumpre-se a obrigação e o comprador se torna proprietário (eficácia *erga omnes*). O negócio jurídico “obligacional” até pode ser o mesmo do negócio jurídico “dispositivo/de transferência” (v.g., se a compra e venda for instrumentalizada, desde o início, por uma escritura pública⁵⁶⁵), ocasião na qual o suporte fático do fato compósito complementar terá um elemento já “juridicizado” além do ato registral; mas também pode ser distinto, quando primeiro se tem um contrato realizado por instrumento particular, tido como preliminar, que será sucedido⁵⁶⁶ por uma escritura pública⁵⁶⁷.

Na hipótese de o negócio jurídico se encontrar no suporte fático de outro fato jurídico, havendo uma única declaração aferível com dois fins (fenômeno denominado de “co-declaração”), é permitido que se “abra”, por mais um turno, o plano da validade, tendo

⁵⁶³ A impossibilidade jurídica surgiria através da seguinte lógica. Não sendo hipótese de usucapião, a propriedade imóvel apenas é adquirida através do registro (art. 1.245 do Código Civil de 2002) que esteja pautado em um contrato (entendimento jurisprudencial). Como a transferência registral somente é procedida se na matrícula constar o nome do outorgante como último proprietário (art. 195 da Lei 6.015/1973), atendendo, nos dizeres de W. CENEVIVA, ao princípio da continuidade, não será possível a transmissão do bem caso o vendedor não seja essa pessoa. Se mesmo assim o registro for operado, evidentemente agiu mal o tabelião, sendo o negócio de transferência nulo por impossibilidade jurídica do objeto. Cf. *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 502.

⁵⁶⁴ M. MELLO, *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 68. J. DEL NERO muito bem reporta que a questão do cumprimento da obrigação não influencia a eficácia em si do ato: “(...) a falta de cumprimento de obrigações contratuais perfeitamente constituídas tornaria o contrato ‘inefetivo’, embora juridicamente ‘eficaz’”. Cf. *Conversão Substancial...* cit (nota 20 supra), p. 88, nota de rodapé n. 72.

⁵⁶⁵ É o magistério de C. COUTO E SILVA: “Quem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade, para que possa ser realizado o registro, pois, na vontade de vender – frise-se mais uma vez – está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário”. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 56.

⁵⁶⁶ Também evidenciando tal fato, importantes são as palavras de M. MELLO: “(...) o *acordo de transmissão*, por ser negócio jurídico autônomo, pode ou não constar do mesmo instrumento do contrato de compra-e-venda”. (...) “O fato de o acordo ser simultâneo à compra-e-venda e constar do mesmo instrumento, como é o mais comum, não é essencial, mas é o motivo que leva a doutrina a confundir os dois negócios”. Cf. *Teoria...* cit (nota 25 supra), p. 59, nota de rodapé n. 57.

⁵⁶⁷ Quando ainda há a necessidade da feitura de um novo contrato, não há o que se denomina de co-declaração: “(...) apesar de poder-se considerar implícita no plano psicológico a vontade de adimplir, juridicamente, em vista de o objeto do ato ser a feitura de um negócio, à sua conclusão é necessário que se manifeste a vontade. Cuida-se aí de uma obrigação de fazer, de realizar o negócio jurídico, e a obrigação é de emitir vontade de declará-la. Por esse motivo, não se pode considerar co-declarada no pré-contrato”. Cf. C. COUTO E SILVA, *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 53.

em vista que a finalidade da declaração a ser apurada agora é a que intenciona transmitir um bem. O “primeiro” controle de validade somente analisava a declaração que tinha fins obrigacionais⁵⁶⁸.

F. C. SAVIGNY também efetua semelhante divisão, posicionando-se pela existência de dois contratos, porém sem possibilitar a utilização de uma mesma declaração com as duas finalidades, isto é, para ele, há sempre dois tipos de declarações apartadas que devem ser verificadas, uma erigindo o “*contrat obligatoire*” e a outra criando um contrato que vise à transmissão⁵⁶⁹.

Em suma, a causa pressuposta da legitimação (poder de disposição) somente é aferida no negócio da transmissão, tornando esse nulo⁵⁷⁰ caso o alienante não seja o proprietário. Insta, ainda, dizer que a separação teórica entre o “negócio obrigacional” e o “negócio de disposição” não significa que a transmissão é incólume à sorte do “negócio obrigacional”. Sendo este invalidado, cai, também, a transmissão (v.g., artigo 1.268, § 2º, do Código Civil de 2002). Por isso que o direito brasileiro segue um “*sistema de separação relativa*”, diferentemente de outros direitos como o alemão⁵⁷¹.

Na transferência de bens móveis, o cenário é semelhante. Teremos, no suporte fático (plano da existência), o contrato somado à tradição. Passando ao plano da validade, se o alienante não for o proprietário, o objeto é impossível por faltar tal causa pressuposta, não tendo o condão de operar a transferência da propriedade (artigo 1.268 do Código Civil de 2002) – haverá apenas a transmissão da posse, por ser essa mero ato-fato –, sendo a

⁵⁶⁸ Atentando-se, de certa forma, a tal nuance, C. COUTO E SILVA: “(...) quando o negócio jurídico do direito das obrigações e o real se originarem de um ato de vontade unitário, cabe a impugnação do negócio jurídico de direito das coisas”. Cf. *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), p. 50.

⁵⁶⁹ Nesse sentido, simbólico é o seguinte excerto de sua obra: “*Si l’on méconnaît la nature contractuelle de ces actes nombreux et importants, c’est faute de les distinguer du contrat obligatoire qui ordinairement les précède et les accompagne. Ainsi, par exemple, dans la vente d’une maison, l’attention se porte avec raison sur la vente obligatoire, mais on oublie que la tradition subséquente est un contrat tout à fait différent de cette vente, quoique nécessaire par elle*”. Cf. *Traité...* cit (nota 322 supra), p. 328.

⁵⁷⁰ No mesmo sentido, M. MELLO: “Se, no caso de venda de bem móvel, seguir-se a tradição, há nulidade da transmissão e cabe sua *vindicação* (ação de *vindicação*) por parte do titular da propriedade”. (...) “Quando o objeto da venda é bem imóvel e houver transmissão da propriedade (=registro do acordo de transmissão), este é nulo, impondo-se o cancelamento do registro que tanto pode decorrer de pedido, com firma reconhecida, dirigido ao oficial do registro pelo adquirente e o alienante *non domino*, independentemente da participação do proprietário, como em decorrência de sentença judicial que reconheça a nulidade da transmissão (Lei n. 6.016/73, artigo 250, I e II)”. Cf. *Teoria...* cit (nota 348 supra), p. 68. Em sentido contrário, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que se posiciona no sentido da legitimação ser condição de eficácia dos negócios de disposição. Cf. *Negócio Jurídico e Declaração...* cit (nota 289 supra), p. 157.

⁵⁷¹ C. COUTO E SILVA, *A Obrigação...* cit (nota 40 supra), pp. 49 e 52.

alienação, *a priori*, nula⁵⁷². Entretanto, e aqui surge o real interesse do presente tópico, a parte final do referido dispositivo prevê a possibilidade da alienação “(...) *se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono*”, ou seja, o princípio da boa-fé subjetiva age para suprir o vício, conforme os ditames da teoria da aparência. Aqui, saliente-se, a norma traz regra com valoração prévia da boa-fé, tendo em vista que essa somente pode ser invocada nos casos específicos de oferecimento em leilão ou estabelecimento comercial, não havendo espaço, destarte, às considerações acerca dos grupos contratuais do Capítulo II.

Malgrado a alienação *a non domino* ser o principal foco de debate da doutrina quando se trata de legitimação, até em função de se revelar uma ótima base de entendimento do mecanismo da matéria, a questão evidentemente não se adstringe a esse exemplo.

Não é só o poder de disposição que tangencia a legitimação; o poder de representação também tem os mesmos contornos. É bom que se faça a distinção, tendo em vista que o poder de representação pode até conter um poder extraordinário de disposição, mas que com ele não se confunde.

Quando se reporta à representação, a causa pressuposta de qualquer ato que uma pessoa pratique pretensamente em nome de outra envolverá a existência de um mandato que confira poderes para tanto ou será fato que decorra diretamente da lei (tutela, curatela, poder familiar etc). Se tal causa pressuposta não se observar, o contrato avençado pelo pseudo-representante e o terceiro será nulo. Poder-se-ia objetar que a sanção, na realidade, seria de ineficácia⁵⁷³ (v.g., pelos dizeres do artigo 662⁵⁷⁴ do Código Civil de 2002). A nosso ver, não parece ser a melhor solução. Isso porque prescrever que o negócio é ineficaz em relação àquele em cujo nome o ato foi praticado, poderia levar à errônea conclusão de que o negócio ocasionaria efeitos contratuais entre o terceiro e o pseudo-representante. Na realidade, não se gera quaisquer efeitos porque, antes de tudo, o negócio é inválido. Sendo a finalidade do objeto criar relações intra-jurídicas entre o pseudo-representado e o terceiro (plano da eficácia) inviável de ser alcançada, o objeto é, por

⁵⁷² Como bem decreta F. C. PONTES DE MIRANDA: “A alienação do bem móvel, com a tradição, pelo que não tem poder de disposição, é nula (...)”. Cf. *Tratado...* cit (nota 34 supra), p. 12

⁵⁷³ Nesse sentido, F. DE MATTIA, *Aparência...* cit (nota 212), p. 203. Já V. RÁO defende a inexistência do negócio. Cf. *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 207.

⁵⁷⁴ Art. 662. *Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.*

lógica, juridicamente impossível, padecendo o negócio de nulidade.

Voltemos nossas atenções sobretudo ao mandato. F. DE MATTIA muito bem detecta o fenômeno de que, quanto mais a sociedade e economia se desenvolvem, reclamando um maior aparelhamento administrativo e empresarial, maior será o uso do instituto da representação para fazer frente à complexidade que nos apresenta. Por outro lado, isso gera uma problemática: há patente dificuldade em se averiguar se o poder de representação alegado por alguém realmente existe. Uma pormenorizada investigação nesse sentido atravancaria grande parte das negociações⁵⁷⁵.

Dessa forma, a teoria da aparência surge para contornar a situação, às vezes já apresentando soluções legais (*e.g.*, artigo 686⁵⁷⁶ do Código Civil de 2002), o que não impede uma abordagem geral que estruture certas eventualidades ainda não encampadas⁵⁷⁷, tal qual observamos acerca da incidência direta do princípio da boa-fé⁵⁷⁸. Inclusive, H. BORGHI defende que somente é próprio se falar em “*aparência de direito*” nos casos em que a situação não está positivada, devendo se observar certos requisitos para sua aplicação; em oposição às hipóteses de “*aparência no direito*”, expressão que o autor remete quando há previsão legal⁵⁷⁹.

Em princípio, como vimos, sem a causa pressuposta de um mandato que respalde os atos praticados de alguém em nome de outrem – expediente que pode ocorrer não só pela total inexistência do mandato como também por ato que exceda os poderes nele conferidos –, o negócio realizado pelo pseudo-representante será nulo por impossibilidade jurídica do objeto, uma vez que, fora do específico caso de revogação, a lei nada diz a respeito. Se parássemos por aqui, essa seria a inarredável conclusão. Porém, não nos olvidaremos de suscitar a conformação principiológica.

Diante do quadro, evidenciar-se-á a efetiva importância da teoria da aparência, porquanto, através da incidência do princípio da boa-fé subjetiva diretamente no plano da validade, o vício será sanado, fazendo com que seja admissível “passar” ao plano da eficácia, quando se criarem as relações intra-jurídicas entre o pseudo-representado e o

⁵⁷⁵ *Aparência...* cit (nota 212 supra), p. 55.

⁵⁷⁶ Art. 686. *A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.*

⁵⁷⁷ F. DE MATTIA, *Aparência...* cit (nota 212 supra), p. 58.

⁵⁷⁸ Afinal, como veremos, a teoria, em grande parte, tem fundamento nos ditames da boa-fé subjetiva.

⁵⁷⁹ *Teoria da Aparência no Direito Brasileiro, - Aparência de Direito e Aparência no Direito, no Direito Privado e no Direito Processual Civil – Confrontações e Aplicações, inclusive na Jurisprudência*, São Paulo, Lejus, 1999, pp. 40-41.

terceiro. Esclarece A. RIZZARDO que, nessas situações, o ato jurídico *convalesce*, estando apto a surtir efeitos, de modo que o pseudo-representado terá que respeitar o que fora pactuado⁵⁸⁰. Note-se que o sentido utilizado pelo autor foi o de que “convalesce o ato jurídico”, ou seja, retiram-se as impurezas desse para que, uma vez recuperado, possa produzir os efeitos desejados, justamente em função do terceiro estar de boa-fé. “Convalescer” aproxima-se, portanto, de “convalidar”. Obviamente, essa vinculação “forçada” legitima o pseudo-representado a demandar o pseudo-representante pelos danos experimentados⁵⁸¹.

Parecem ter sido essas as ilações retiradas de aresto da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se discutiu a venda de um carro, bem como a cessão de alvará de estacionamento de táxi, realizada por mandatário (dono de loja de veículos automotores). Nada obstante supostos vícios e descumprimento das instruções dispostas em dois mandatos, o que levaria à falta ou ao excesso dos poderes do réu, as duas operações acima descritas restaram hígidas, pois os adquirentes e cessionários estavam de boa-fé, fazendo o Desembargador Relator assim se manifestar em seu voto: “(...) *Em resumo, a teoria [da aparência] serve como mecanismo de saneamento de uma situação erroneamente percebida, em nome da confiança daquele que se fiou na aparência (...)*”⁵⁸². O que se saneia, portanto, é um vício que especificamente está inserto no objeto do negócio jurídico⁵⁸³.

Ainda sobre o tema, faça-se uma pequena observação. É de bom alvitre salientar que a doutrina, no estudo da teoria da aparência, vai mais além, não a construindo única e exclusivamente nos moldes da boa-fé crença⁵⁸⁴. Essa é um dos requisitos que alicerçam a teoria, mas que se agrega a outros como: o engano por parte do contratante ter sido escusável (circunstâncias são levadas em conta) e a situação da aparência dever ser perceptível aos olhos de terceiros⁵⁸⁵. Esses dois requisitos são concorrentes. Se a situação é

⁵⁸⁰ *Teoria da Aparência*, in *Ajuris*, v. XXIV, 1982, p. 224 apud F. DE MATTIA, *Aparência...* cit (nota 212 supra), p. 204.

⁵⁸¹ F. DE MATTIA, *Aparência...* cit (nota 212 supra), p. 61.

⁵⁸² *TJSP*, 6ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0259378-50.2007.8.26.0100, Des. Rel. Francisco Loureiro, j. 01-08-2013.

⁵⁸³ Também se enveredando pelo reforço da *validade* do contrato, o magistério de C. M. SILVA PEREIRA: “Pelo princípio de proteção à boa-fé, reputar-se-á válido o ato e vinculado ao terceiro o pretenso mandante”. Cf. *Instituições de Direito Civil – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil*, v. III, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 377.

⁵⁸⁴ V. RÁO, *Ato Jurídico...* cit (nota 15 supra), p. 243.

⁵⁸⁵ H. BORGHI, *Teoria da Aparência...* cit (nota 579 supra), pp. 47-48.

aparente ao sentir de terceiros, mas o outro contratante teria meios de descobrir a falta da legitimação em face de alguma circunstância, a teoria da aparência não é aplicada. Da mesma forma, se o engano foi escusável em virtude de determinada conjuntura, porém na visão de terceiros a falta de legitimação é sintomática, de novo não se aplica a teoria. Em suma, a junção desses dois requisitos com a boa-fé subjetiva é que caracteriza a teoria da aparência⁵⁸⁶.

Entretanto, de modo geral, deve ser admitido que a boa-fé subjetiva desempenha papel de proeminência, sendo justamente por meio dela que se alicerça o fundamento de aplicação da teoria – aliás, não pode ser olvidado que, por vezes, a boa-fé se relaciona em outras oportunidades com os dois pressupostos acima descritos. Para completar, ainda há de se discordar de F. DE MATTIA, que, ao analisar a natureza jurídica da representação aparente, taxa-a de ato jurídico *stricto sensu*⁵⁸⁷. Ora, a teoria ganha concretude através de incidência principiológica no plano da validade. Não há, em questão, nenhum *ato* propriamente em si aferível.

Além disso, quanto ao requisito da escusabilidade, algumas observações podem ser tecidas, por ser justamente nesse ponto que poderemos concatená-lo com a questão dos “grupos contratuais”, na ativação do princípio.

Se são as *circunstâncias* que têm o condão de definir a escusabilidade ou não do engano, evidentemente as vicissitudes da formação contratual também devem fazer parte dessa análise. Estando diante de um “contrato clássico” (livre discussão de cláusulas, simbolizando a junção efetiva de dois negócios jurídico unilaterais), é razoável suscitar que o terceiro teria meios de bem averiguar a legitimação do representante, sendo um cuidado que se espera nesse panorama, o que nos leva a crer que a aplicação da teoria, apesar de não impossibilitada, fica dificultada. Situação diversa se dá com os “contratos civis por adesão” (ausência de discussão na fixação das cláusulas, refletindo a junção de um negócio jurídico unilateral e algo semelhante a um ato jurídico *stricto sensu*). A falta do “poder de negociação” provavelmente acompanhará uma dificuldade em se questionar a legitimação do pretendo representante. Por sua vez, os contratos que envolvam relação de consumo ou relação existencial também terão contornos maiores de escusabilidade. Os primeiros em virtude da relação inspirar maior confiança (bem como o clamor por uma maior dinâmica

⁵⁸⁶ Ainda há uma outra característica que, às vezes, é anotada pela doutrina, qual seja, a de que a aplicação da teoria da aparência somente se justifica nos contratos onerosos, uma vez que, nos gratuitos, é mais plausível que se tutele alguém que só sofra prejuízos (no caso, o pseudo-representado) em detrimento de quem apenas experimente benefícios. Cf. F. DE MATTIA, *Aparência...* cit (nota 212 supra), p. 205.

⁵⁸⁷ F. DE MATTIA, *Aparência...* cit (nota 212 supra), p. 79.

que impeça acuradas investigações) e o segundos em face da necessidade⁵⁸⁸ do bem envolvido.

Finda-se, assim, a descrição de algumas das hipóteses de incidência do princípio da boa-fé no plano da validade, como modo de sanar vícios do negócio jurídico. A segunda função anunciada no introito do tópico (*contenção do alcance da declaração de vontade*) será vista, por mera opção discricionária, conjuntamente com a função social, quando tratarmos da matéria das cláusulas abusivas.

IV.4 Hipóteses de incidência no plano da eficácia

Vimos que a atuação do princípio da boa-fé é sentida apenas de forma reflexa no plano da eficácia quando tratamos dos deveres laterais ou anexos, o que nos incitou a versar sobre o tema no plano da existência.

Contudo, tal opção não esvazia o presente tópico, haja vista que, como salientado alhures, o princípio é rico em possibilidades de incidência, tendo vez própria no plano da eficácia. Em síntese, as funções a serem descritas agora se consubstanciam na *paralisação, criação, modificação e supressão de posições jurídicas*; e no *reforço de compreensão interpretativa*.

Focaremos, assim, três situações que demonstram a ação da boa-fé nesse plano, e que podem ser apreendidas pela enunciação das seguintes expressões: “adimplemento substancial”, “*supressio e surrectio*” e “*nemo potest venire contra factum proprium*”.

A figura do adimplemento substancial – bastante desenvolvida na *common law* sob o nome de “*substantial performance*”⁵⁸⁹ – é invocada quando se verifica o inadimplemento de uma pequena parcela do valor devido, que, se globalmente considerado, não simboliza grave falta a ponto de legitimar a resolução do contrato. Como

⁵⁸⁸ Intui-se daí a conclusão de F. ULHOA COELHO, que, ao versar sobre problemas na representação das sociedades limitadas, assevera: “Admite-se apenas na defesa dos interesses de contratantes vulneráveis – como são, por exemplo, os *consumidores* – a responsabilidade da sociedade limitada, mesmo se desatendidas as condições de representação previstas no contrato social. De fato, presentes os pressupostos da teoria da aparência, não é de se exigir dos consumidores a prévia consulta ao documento constitutivo da sociedade para averiguar os poderes da pessoa com quem está celebrando contrato. A cautela, contudo, não pode ser dispensada pelos empresários, em geral. Contra estes, a sociedade poderá opor o excesso dos administradores se a limitação de poderes constava de ato registrado na Junta Comercial ou, mesmo não constando, foi comunicada a eles ou era de seu conhecimento (CC/02, art. 1015, parágrafo único)”. Cf. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, v. II, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 450-451.

⁵⁸⁹ B. MIRAGEM, *Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor; Direito Material e Processual do Consumidor; Proteção Administrativa do Consumidor; Direito Penal do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

os interesses patrimoniais do credor estão quase satisfeitos em sua inteireza, seria desmensurado encerrar o contrato se não pela forma “natural”⁵⁹⁰.

A reposta técnica para tal fenômeno é encontrada no incidir da boa-fé objetiva⁵⁹¹. Concretizada a obrigação no plano da eficácia, o devedor fica vinculado a cumprir alguma prestação, de modo que a não-realização dessa constitui suporte fático de um outro fato jurídico tido como complementar, o qual, por sua vez, gera, no seu próprio plano de eficácia, um direito potestativo de resolução (artigo 475 do Código Civil de 2002). Porém, a tentativa do exercício desse direito é frustrada. Isso porque a boa-fé cria uma barreira protetora impedindo que o negócio jurídico base seja afetado. A “blindagem”, diga-se, funciona também para obstar a operacionalização de eventual “cláusula resolutiva expressa” (artigo 474 do Código Civil de 2002), mantendo a eficácia do negócio. No entanto, é bom que se esclareça que o cumprimento da obrigação poderá ser judicialmente pleiteado, bem como a reparação de danos se esses existirem⁵⁹²; o que se obsta é a resolução ou mesmo a exceção do contrato não cumprido.

O adimplemento substancial revela, portanto, uma função paralisadora operada pelo princípio da boa-fé objetiva. No embate principiológico, observa-se uma mitigação da autonomia privada – aqui nos moldes do *pacta sunt servanda* – em prol da boa-fé, sendo que o modelo seria descrito da seguinte forma: $P_2 \mathbf{P} P_1$ ⁵⁹³, na condicionante genérica de qualquer relação contratual. Entretanto, apesar de não serem atributos da condicionante, os grupos contratuais servirão de modo a determinar o momento de ativação do princípio em

⁵⁹⁰ A. ASSIS relata a aplicação da teoria do adimplemento substancial já em 1989, em interessante julgado proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação n. 589016534). No caso, foi contratado os serviços de uma incorporadora para construção de um apartamento, em que o promitente-comprador efetuará o pagamento de duas formas: a primeira mediante parcelas mensais e a segunda, mais robusta, através de valor obtido por financiamento, que seria liberado a partir da efetiva entrega do imóvel. A lide se formou em razão de ter havido atraso no cumprimento da prestação da incorporadora, fazendo com que o promitente-comprador perdesse algumas favoráveis condições junto a financiadora (na época, a inflação assolava o país e, se o apartamento fosse entregue no prazo avençado, os preços relativos ao financiamento estariam “engessados”, o que já não se observava no momento posterior). Assim, o promitente-comprador moveu ação de consignação em pagamento depositando os valores sem o reajuste monetário, ao passo que o promitente-vendedor requereu a resolução contratual por inadimplemento. A decisão do Tribunal foi a de negar procedência aos dois pedidos. Isso porque não se podia alegar desconhecimento dos efeitos da inflação crônica, padecendo, portanto, a consignatória de pagamento. Porém, e aí vem parte principal do julgado, como os valores consignados adimpliram substancialmente a prestação, a resolução contratual importaria um sacrifício desarrazoado, devendo-se, portanto, manter-se o avençado. Cf. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 122-123. A nosso ver, diante do ato ilícito relativo perpetrado pela incorporadora, ainda seria possível a propositura de uma ação reparatória de danos.

⁵⁹¹ E. BUSSATA, *Resolução dos Contratos...* cit (nota 502 supra), p. 87.

⁵⁹² J. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé...* cit (nota 445 supra), pp. 459.

⁵⁹³ Onde P_2 reporta à boa-fé, P_1 remete à autonomia privada e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

comento. Explana-se a lógica. Nos “contratos clássicos”, ambas as partes bem definiram os efeitos contratuais conforme seus interesses e previsões, não havendo motivos para que se considere uma falta de cumprimento integral. Todavia, evitando-se posições ortodoxas, não se deve negar peremptoriamente qualquer incidência do princípio, de sorte que sua ativação apenas tardará, tendo vez quando da aproximação do quase total adimplemento (v.g., o inadimplemento da última das sessenta parcelas de um compromisso de compra e venda não legitimaria a resolução do contrato). Já nos “contratos por adesão” e nos “contratos de consumo”, a ativação da boa-fé é observada com uma maior antecedência. Naquele em função do aderente ter se moldado aos interesses do estipulante desde o princípio, devendo-se privilegiar a conservação do contrato (por exemplo, se temos um contrato de locação de determinado maquinário pelo prazo de dez meses, e, no oitavo mês, o locatário não consegue adimplir o aluguel, parece-nos despropositada a extinção do contrato com a consequente imediata devolução). Neste pela presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor perante as práticas do mercado, o que se agravará caso o contrato também seja por adesão (v.g., após o pagamento de quarenta e quatro das cinquenta parcelas de um financiamento de um carro, dispendioso seria desfazer o contrato). O mesmo se diga em relação aos contratos existenciais. Não é possível supor que, após o adimplemento de certa parte do prêmio, a seguradora do plano de saúde se negue arcar com os gastos hospitalares sob a alegação do inadimplemento de uma ou duas parcelas⁵⁹⁴, o que, aliás, é vedado diretamente pelo artigo 13, § único, incisos II e III⁵⁹⁵, da Lei 9.656/98, sendo que, faça-se este importante registro, no caso de internação, não haverá a possibilidade de suspensão ou resolução do contrato independentemente do número de parcelas atrasadas, o que demonstra o cuidado do legislador em situações essencialmente existenciais.

⁵⁹⁴ Note-se que, nesse último exemplo, há, na realidade, a paralisação de uma exceção (*exceptio non adimpleti contractus*). Conforme salienta M. REALE, a *exceptio* tem “correlação essencial com a exigência de boa-fé por quem lança mão dela, evitando-se, assim, que, graças a seu uso malicioso, o excipiente não aufera vantagens ilícitas, nem se criem, paradoxalmente, para a parte contrária situações tão gravosas que a impeçam de adimplir o que está sendo reclamando”. Cf. *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 25.

⁵⁹⁵ Art. 13 (...)

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

Analisado esse viés paralisador da boa-fé, partamos agora para as figuras da *supressio* e *surrectio*, que, de modo diverso, ocasionam a supressão e criação de posições jurídicas. Conforme anota P. PAIS DE VASCONCELOS, toda vez que houver “*abstenção prolongada no exercício de um direito*” – seja na sua totalidade, seja em certa parte ou seja no modo do seu exercício –, cria-se, no sentir do devedor, uma legítima e razoável expectativa de que dada situação se perpetuará, independentemente de não condizer com as avenças estipuladas em contrato⁵⁹⁶.

Tal estado de confiança faz com que uma repentina tomada de posição do credor almejando o restabelecimento da situação disposta no contrato seja algo considerado contrário⁵⁹⁷ à boa-fé⁵⁹⁸. Diante dessa orientação, é possível afirmar que a incidência do princípio se perfaz na medida em que altera uma pretensão/obrigação ou um direito/dever que já estavam concretizados no plano da eficácia. Nessa toada, A. MENEZES CORDEIRO põe em relevo sempre a situação do beneficiário, isto é, o autor evidencia a criação de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição (*surrectio* em sentido amplo) ou a criação de um direito subjetivo incompatível com o direito de outrem (*surrectio* em sentido estrito). A perda de uma posição jurídica por parte do “prejudicado” deve ser vista, para o autor, como subproduto da *surrectio*⁵⁹⁹. Isso nos parece lógico, uma vez que a boa-fé tem como foco garantir a estabilidade de uma posição experimentada pelo indivíduo (alicerçada na confiança), e não a busca de uma penalização⁶⁰⁰ por parte de quem restou inerte⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 274.

⁵⁹⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...* cit (nota 257 supra), p. 797.

⁵⁹⁸ Na exata definição de J. F. SIMÃO, a *supressio* seria “a impossibilidade de exercício de uma posição jurídica em razão de sua não utilização por um período de tempo”. Cf. *Tempo e Direito Civil...* cit (nota 165 supra), p. 254.

⁵⁹⁹ *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), pp. 821 e 824.

⁶⁰⁰ Adotando o mesmo enfoque, J. MARTINS-COSTA: “Seu escopo é mais o de proteger a situação da contraparte do que vedar o comportamento do titular do direito”. Cf. *Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 316-317.

⁶⁰¹ De qualquer forma, é comum que não haja uma valoração na doutrina, tratando igualmente os institutos como, nas palavras de J. F. SIMÃO, “duas faces de uma mesma moeda”. Cf. *Direito Civil...* cit (nota 52 supra), p. 34. Nesse sentido, A. SCHREIBER diz que a *surrectio* nada mais é que o mesmo fenômeno da *supressio*, porém visto sob prisma inverso. Cf. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, Renovar, 2005, p. 178, nota de rodapé n. 293. A mesma ilação pode ser retirada de A. PASQUALOTTO. Cf. *A Boa-fé nas Obrigações Cíveis*, in A. CACHAPUZ DE MEDEIROS (org.), *O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1997, p. 124.

Ainda em nossa análise sobre o embate entre os princípios da autonomia privada – saliente-se, mais uma vez sob o ângulo da força obrigatória – e a boa-fé, é de se questionar a possibilidade de traçar um paralelo em relação ao papel da vontade do aceitante na eleição dos efeitos, sendo muito mais verossímil seguir a expressão mais genérica do modelo funcional: “P₂ **P** P₁”⁶⁰², em qualquer relação contratual”, sem que, na condicionante, haja qualquer atributo dos grupos contratuais. Entretanto, não nos furtaremos de ressaltar que, quanto maior a regulamentação operada de forma exclusiva pelo proponente, maior será a chance desse encampar uma gama de “privilégios” que, por vezes, não são exercidos, ativando os mecanismos da *supressio* e *surrectio*. A título de ilustração, é comum observarmos em contratos de locação por adesão a previsão de correção anual dos valores com base em certos índices, de modo que, na maioria dos casos, o pagamento do aluguel permanece aquele estipulado nominalmente no contrato sem que haja qualquer resistência por parte do locador. Como uma mudança abrupta de orientação destoaria dos ditames da boa-fé (locatário já não mais espera que o locador passe a pleitear o valor atualizado), o princípio incide no plano da eficácia alterando o quesito que influenciaria no *quantum* do aluguel.

Foi justamente esse o entendimento da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao dar provimento a recurso de apelação, negando a possibilidade da cobrança retroativa de valores de reajustes não quitados no curso de um contrato de locação. Eis o excerto do acórdão que bem evidencia a supressão da posição jurídica com base no princípio da boa-fé: “(...) *Todavia, nada obstante constatado o descumprimento contratual por parte da locatária, fato é que os locadores, durante cerca de quatro anos, anuíram aos pagamentos realizados pela apelante, sem qualquer insurgência ou ressalva quanto ao valor dos locativos quitados, gerando para a autora reconvinda segura expectativa de renúncia dos apelados quanto a direitos contratualmente previstos ou, ao menos, a justa presunção de que os montantes adimplidos foram aceitos como corretos (...) Inequivoca, pois, a violação à boa-fé que deve imperar sobre as relações contratuais, fato que autoriza aplicação da teoria da ‘supressio’, segundo a qual a inércia qualificada de uma das partes em exercer direitos contratualmente previstos, gerando à outra justa expectativa de ter ocorrido renúncia de*

⁶⁰² Onde P₂ reporta à boa-fé, P₁ remete à autonomia privada e **P** indica a prevalência.

*tais faculdades, ocasiona a redução do conteúdo obrigacional (...)*⁶⁰³.

Por fim, resta-nos dedicar algumas linhas sobre mais uma vertente da boa-fé objetiva: a “proibição de comportamento contraditório” (*nemo potest venire contra factum proprium*), que tem semelhante, para não dizer igual, função aos institutos acima tratados, de modo a criar, modificar ou suprimir posições jurídicas. Na doutrina pátria, A. SCHREIBER foi quem especialmente enfrentou o tema, desenhando alguns requisitos de verificação que podem assim ser sintetizados: uma conduta inicial (*factum proprium*), uma legítima confiança da outra parte em relação à manutenção do sentido aferível da conduta inicial, um posterior comportamento contraditório que viole a confiança e, por último, um dano ou um potencial dano⁶⁰⁴.

Quanto ao panorama traçado, deve-se fazer a menção que, sobre o *factum proprium*, o autor busca afastar qualquer aproximação com o que se entende por fato jurídico⁶⁰⁵. Ora, não vemos nenhuma imprecisão em apurar um *factum proprium* de um ato jurídico *stricto sensu*, por exemplo. As comunicações de vontade, em geral, podem bem constituir um “ato próprio”. Imaginemos um pagamento que deva ser efetuado, por disposição contratual, no domicílio do credor (dívida *portable*⁶⁰⁶). Esse, dias antes do evento, notifica o devedor comunicando que ele não precisa se preocupar em se locomover até o seu domicílio, pois um preposto irá até a sua residência para receber o pagamento. Duas, portanto, são as consequências: o efeito “normal” do ato jurídico *stricto sensu* que, no caso, é dar ciência ao devedor da vontade do credor; e a criação de uma situação de confiança ao devedor no sentido de que alguém aparecerá na sua casa para receber o pagamento. É justamente dessa segunda consequência que emerge o princípio da boa-fé, cuja incidência se dará no plano da eficácia, para alterar o lugar onde deve ocorrer o adimplemento⁶⁰⁷, modificando o contorno das posições jurídicas. Disso se conclui que o princípio não atua somente após eventual comportamento contraditório (na hipótese, o credor alegar inadimplemento porque o pagamento não foi feito em seu domicílio). Pelo contrário, sua incidência é pretérita, sendo sentida a partir do momento que se gerou um

⁶⁰³ TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0005792-58.2008.8.26.0129, Des. Rel. Francisco Casconi, j. 07-08-2012.

⁶⁰⁴ O dano ou potencial dano, a nosso ver, é mais algo que se tende a evitar do que um requisito em si. Cf. *A Proibição de Comportamento...* cit (nota 601 supra), p. 124.

⁶⁰⁵ *A Proibição de Comportamento...* cit (nota 601 supra), p. 127.

⁶⁰⁶ S. VENOSA, *Direito Civil...* cit (nota 52 supra), p. 188.

⁶⁰⁷ Pressupondo-se, por lógica, que o devedor não tenha se oposto à alteração.

estado de confiança após a notificação⁶⁰⁸. O “ato contraditório” já é uma violação ao negócio em seu estado alterado, o que nos permite afirmar que a incidência do princípio da boa-fé depende apenas dos dois primeiros requisitos caracterizadores do *venire contra factum proprium*.

Por mais um turno, autonomia privada (na vertente *pacta sunt servanda*) e boa-fé são sopesados, de modo que essa prevalecerá em qualquer relação contratual ($P_2 \text{ P } P_1$)⁶⁰⁹, não se supondo, pelo menos de forma direta, a alocação dos grupos contratuais como atributos da condicionante.

Indo nessa linha, a 31ª Câmara de Direito Privado entendeu perfeitamente correta a cobrança de despesas a respeito de obras extraordinárias não previstas em contrato de empreitada, uma vez que, no caso *sub judice*, o gerente do dono da obra participou de reunião em que fora pontuado os adicionais, não se manifestando contrariamente. Assim, em razão desse “fato próprio”, criaram-se duas posições jurídicas: a obrigação de arcar com esses valores suplementares por parte do dono da obra e a correlata pretensão do empreiteiro, havendo no aresto não só a invocação do artigo 619 do Código Civil de 2002 como também da figura do *venire contra factum proprium*, corolário da boa-fé⁶¹⁰.

Prosseguindo, nada obstante a apreciação da “proibição de comportamento contraditório” ter se situado neste tópico, deve ser feita a ressalva de que também podemos a verificar em outros planos, como, inclusive, já suscitado na “existência” ao abordarmos a reserva mental. Em relação à “validade”, o princípio terá percuciente penetração quando, *e.g.*, faltar a vênua uxória ou marital em algum negócio jurídico em que a autorização seja necessária⁶¹¹, mas o cônjuge praticar atos que simbolizem a concordância com o negócio. Nessa hipótese, é vedada à mulher (ou ao marido dependendo do caso), pleitear a anulação do contrato, uma vez que, com um *factum proprium* de concordância, impingiu ao devedor

⁶⁰⁸ Tomou-se como exemplo um ato jurídico *stricto sensu* para contrapor à afirmativa de A. SCHREIBER de que o “ato próprio” não pode ser fato jurídico, o que, por outro lado, não significa dizer que sempre teremos um ato “juridicizado”. O universo dos *facta propria* é muito maior, alcançando elementos puramente fáticos (portanto, “não-juridicizados”) que dão ensejo à criação da situação de confiança.

⁶⁰⁹ Onde P_2 reporta à boa-fé, P_1 remete à autonomia privada e P indica a prevalência.

⁶¹⁰ *TJSP*, 31ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0116000-96.2008.8.26.0004, Des. Rel. Hamid Bdine, j. 17-09-2013.

⁶¹¹ Fora, portanto, dos casos de regime de separação absoluta. Vide o art. 1.647 do Código Civil de 2002.

uma confiança⁶¹² tal que ocasionou a incidência do princípio da boa-fé para remediar o vício existente.

Por derradeiro, insta mencionar que os casos de “*supressio e surrectio*” pouco se diferenciam do “*venire contra factum proprium*”, sendo antes espécies deste, como bem sublinham A. MENEZES CORDEIRO⁶¹³, P. PAIS DE VASCONCELOS⁶¹⁴ e A. SCHREIBER⁶¹⁵. A sistemática é, de fato, idêntica, devendo apenas ser permitido retirar um *factum proprium* de uma omissão duradoura⁶¹⁶. O importante, para a incidência do princípio da boa-fé, é que se vislumbre uma conduta – não importando ser comissiva ou omissiva – que crie um estado de legítima confiança à outra parte. Observado isso, haverá alteração nos planos ponteanos, com a observação de que, por ser mais genérico, o “*venire contra factum proprium*”, como visto, poderá repercutir na existência, validade e eficácia, enquanto “*supressio e surrectio*” ficam adstritos apenas ao último plano.

Já a função de *reforço de compreensão interpretativa* vem para solucionar a clássica problemática das deficiências encontradas na configuração do objeto do negócio, como se mencionara nas linhas sobre a amplitude do princípio. Diz-se “reforço” porque a boa-fé irá incidir diretamente sobre aquele ponto duvidoso que fora mal engendrado pela declaração de vontade ou sequer antevisto por ela, dando aporte e consistência à produção de efeitos. O que se observa, nesse passo, não é propriamente uma colisão entre autonomia privada e boa-fé; e sim uma sequência preordenada. Pelo menos nos contratos clássicos, busca-se, inicialmente, alcançar qual fora a intenção das partes através de uma operação lógica: é com base na própria obra dos indivíduos que se tenta destrinchar as imperfeições (artigo 112 do Código Civil de 2002), donde se percebe ainda a proeminência da autonomia privada⁶¹⁷. Contudo, se mesmo assim não for possível aclarar o caminho, dá-se

⁶¹² A. SCHREIBER, *A Proibição de Comportamento...* cit (nota 601 supra), p. 198.

⁶¹³ *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), pp. 813-814.

⁶¹⁴ *Teoria Geral...* cit (nota 596 supra), p. 274.

⁶¹⁵ *A Proibição de Comportamento...* cit (nota 601 supra), pp. 181-183.

⁶¹⁶ Em sentido diverso, firme na lição de P. Bender, J. F. SIMÃO prefere tratá-las distintamente, para evidenciar que o elemento essencial à *supressio* (decurso do tempo) não faz parte do conceito do *venire contra factum proprium*. Cf. *Tempo e Direito Civil...* cit (nota 165 supra), p. 259.

⁶¹⁷ Até mesmo o puro comportamento posterior (faça-se a ressalva: ainda não relacionado com os ditames da boa-fé), pode ser artifício utilizado para se chegar à vontade presumida das partes, caracterizando o que se denomina por “interpretação autêntica do contrato”. Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Interpretação do Contrato pelo Exame da Vontade das Partes Posterior à Celebração. Interpretação e Efeitos do Contrato conforme o Princípio da Boa-fé Objetiva. Impossibilidade de ‘venire contra factum proprium’ e de Utilização de Dois Pesos e Duas Medidas (‘tu quoque’). Efeitos do Contrato e Sinalagma. A Assunção pelos Contratantes de Riscos Específicos e a Impossibilidade de Fugir do ‘Programa Contratual’ Estabelecido*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 191. Nesse andar, pode-se conferir

vez à boa-fé⁶¹⁸, que, como visto, é interligada aos usos do local de celebração (artigo 113 do Código Civil de 2002), para que, assim, haja o reforço dos tons das relações intra-jurídicas inicialmente ou posteriormente obscuras.

O interessante dessa função de incidência principiológica é que, quando se sai do primeiro grupo em que houve a prévia discussão das cláusulas na formação do contrato, passando-se para os outros grupos delineados neste trabalho (repita-se uma vez mais: contratos por adesão, contratos de consumo e contratos existenciais), altera-se consideravelmente o panorama, não havendo mais a sequência preordenada citada, pois, aí sim, observaremos a colisão de princípios. Contudo, naquela nossa arbitrária escolha valorativa, entendemos que, no tema do reforço de compreensão interpretativa, a discussão dos outros grupos deve se dar em campo diverso, qual seja, o da função social, objeto do Capítulo que ora se abre.

aresto da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que, sem se imiscuir nos ditames da boa-fé, resolveu a obscuridade de contrato de compromisso de compra e venda em relação à metragem do imóvel, com base em documentos posteriores que atestavam a verdadeira área (Ap. n.º 0002932-89.2009.8.26.0019, Des. Rel. João Pazine Neto, j. 08-10-2013).

⁶¹⁸ Em atualização da obra de ORLANDO GOMES, definem A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e F. MARINO: “Interpretar conforme a boa-fé é substituir o ponto de vista relevante, posicionando no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência”. Cf. *Contratos...* cit (nota 114 supra), p. 44. Artificio, por conseguinte, distinto da interpretação conforme a suposta vontade concreta das partes.

V A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Superada a análise da incidência do princípio da boa-fé no campo contratual, inicia-se, agora, a proceder semelhante curso com a função social. Novo ou não, a verdade é que, cientificamente, esse princípio não acompanha o assentamento atingido pela boa-fé, razão pela qual não se observa a mesma segurança em tons de concretude, apesar de que, e isso deve ser reconhecido, valiosos trabalhos surgiram mormente após sua cristalização no artigo 421 do Código Civil de 2002.

Tal constatação reforça a importância de trazer em norma expressa de direito privado um princípio tão caro como esse em comento, malgrado sua ascendência inegavelmente ser constitucional. Não por outra razão, reportamos às lúcidas palavras de L. Díez-PICAZO: “*Y no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio*”⁶¹⁹. E saliente-se, como faz J. MARTINS-COSTA, que a função social está, desde 2003, exatamente no pórtico do regramento do direito contratual⁶²⁰, o que vem a potencializar o interesse em sua utilização.

V.1 Amplitude

Apreender a significação da expressão “função social”⁶²¹ nos parece ser tarefa tão ou mais árdua quanto aquela já referida da conceituação de “ordem pública”⁶²². Por esse motivo, aplicaremos aqui as visões mais costumeiras traçadas pela doutrina, sem ter a pretensão, até por não se tratar do tema do presente estudo, de fixar limpidamente a amplitude do princípio.

⁶¹⁹ *Prólogo...* cit (nota 485 supra), p. 10.

⁶²⁰ *Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos*, in *Revista Direito GV*, v. I, n.º 1, maio/2005, p. 42.

⁶²¹ Como pondera J. MARTINS-COSTA: “Toda função é uma competência dirigida a uma finalidade. Na interpretação da expressão ‘função social’ o problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o ‘social’ que qualifica a função?”. Cf. *Reflexões...* cit (nota 620 supra), p. 47.

⁶²² É de certo ponto emblemático observar que C. BEVILAQUA já adotara a idêntica expressão “*função social do contracto*” para evidenciar, em termos generalíssimos, a importância do contrato na sociedade, pois, sem esse instrumento da civilização, cair-se-ia no império da força, tal qual se observou na sistemática de grupos primitivos ou mesmo ainda pode se constatar quando uma criança arrebatada violentamente algum objeto das mãos de outro infante mais frágil. Cf. *Direito das Obrigações*, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p. 154.

De início, é mister pontuar que a linhagem constitucional da função social se traduz, sobretudo, no valor da *solidariedade*. R. A. SODRÉ bem explica que do embate antagônico entre uma teoria individualista e uma teoria socialista – como tipos ideais, acrescentamos nós –, exsurge uma terceira que se funda justamente nessa solidariedade: um razoável equilíbrio entre aquelas duas⁶²³. Na experiência brasileira, com as devidas ponderações, tem-se como exemplo bastante ilustrativo do fenômeno o parecer de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO no qual se discutira a responsabilidade de terceiros (distribuidoras de combustíveis) que contribuíram para o inadimplemento contratual entre a *Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga* e certos postos revendedores que utilizavam sua bandeira (violação à cláusula explícita ou implícita de exclusividade). Afirma o autor que a supressão da determinação governamental no sentido de que todos os postos deveriam estar apenas vinculados a uma distribuidora não poderia ser entendida como um salvo conduto a práticas abusivas, sendo necessário atingir um justo equilíbrio nessa equação, sob pena de se cair, novamente, em um “capitalismo selvagem”⁶²⁴. A solidariedade, portanto, dimana dessa evolução cíclica em que o nível de intervenção do Estado varia conforme as injunções políticas de cada época, devendo, pelo menos em termos ideais, ser mais louvada e lembrada, através da aplicação direta do princípio, quando o momento econômico é de desregulamentação.

Neste ponto, façamos uma escolha que nos parece pertinente. É comum, na doutrina, observar-se uma separação entre função social e equilíbrio econômico do contrato, ligando o último ao puro valor da justiça contratual⁶²⁵. Não procederemos, contudo, da mesma forma. Isso porque nos afigura tortuoso operar uma distinção entre solidariedade e justiça, o que talvez somente poderia ser atingido, com sucesso, no campo

⁶²³ *Função Social da Propriedade Privada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, s/d, p. 61.

⁶²⁴ No caso, o equilíbrio consistia em separar os postos “bandeira branca” dos postos “vinculados”. Estes continuariam a não poder comercializar com outros distribuidores que não o da sua bandeira vinculada; enquanto aqueles teriam a liberdade de contratar variavelmente as distribuidoras, não podendo, por outro lado, exibir marca alguma. Cf. *Os Princípios do Atual Direito Contratual e a Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 137-138 e 146.

⁶²⁵ Operando uma tripartite separação dos novos princípios, vide A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e T. NEGREIROS. Cf. *Os Princípios do Atual...* cit (nota 624 supra), p. 140; e *Teoria do Contrato...* cit (nota 167 supra), p. 157. Por outro lado, há também quem aproxime os dois princípios, como M. H. DINIZ, que, apesar de chegar a citar o princípio do equilíbrio econômico contratual de forma autônoma, assim assevera: “O art. 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações e até mesmo sua resolução”. Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratual e Extracontratuais*, v. 3, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 27.

da filosofia. Se a própria diferenciação entre boa-fé e função social é tênue ou até sobreposta como sói acontecer, quiçá se diga acerca do equilíbrio econômico. O que é solidário é justo, de modo que, no campo contratual, aquele acaba por conter este, e juntos preenchem o conteúdo do princípio da função social. Agregue-se a isso o fato de que, como advertira H. Kelsen, o conceito de *justiça* é bastante relativo⁶²⁶, o que nos estimula, consequentemente, a transcrever a precisa indagação de J. OLIVEIRA ASCENSÃO: “*como nós podemos centrar na Justiça, se não partilhamos as mesmas bases?*”⁶²⁷, donde se conclui que a matéria atinge grau de abstração pouco palpável ao civilista – indivíduo que sempre fora notado por sua praticidade –, sendo sempre mais fácil, e, diga-se, esse é o tom da legislação infraconstitucional, apontar situações de injustiça do que propriamente descrever a justiça (v.g., as cláusulas tidas como abusivas). Assim, a orientação que será seguida aqui é a de aproximar esses valores, registrando, entretanto, que certa parte da doutrina, filosoficamente mais iluminada, envereda-se por caminho distinto⁶²⁸.

A justiça contratual, então, fazendo parte da função social e imiscuída na solidariedade, tem como pressuposto a igualdade substancial, e não meramente formal⁶²⁹, buscando uma razoável ponderação na distribuição dos sacrifícios e benefícios envoltos nas posições jurídicas que preenchem o conteúdo da relação. Nesse contexto, trabalha-se com a ideia de equivalente, que, nos dizeres de R. IHERING, é “*a justa proporção entre prestação e contraprestação, medida segundo o valor dos bens e prestações dado através*

⁶²⁶ Clássico é o seguinte trecho de sua obra: “Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos. Isso significa que o juízo, por meio do qual algo é declarado de justo, nunca poderá ser emitido com a reivindicação de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. Justiça absoluta é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses”. Cf. *What Is Justice?*, 1957, trad. port. de L. Borges, *O Que É Justiça?*, São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 23.

⁶²⁷ *Prefácio*, in F. RODRIGUES MARTINS, *Princípio da Justiça Contratual*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 15.

⁶²⁸ Comprovando essa dificuldade de enquadrar o “equilíbrio contratual”, o relato de D. MACHADO DE MELO: “Há diversas formas pelas quais o princípio do equilíbrio contratual é identificado. Mesmo que haja divergências em sua conceituação, a doutrina não deixa de reconhecê-lo. Alguns entendem nem ser o equilíbrio um princípio autônomo, mas incluso no campo da boa-fé objetiva. Outros tratam do equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação. Há ainda os que se referem a equilíbrio de direitos e deveres, vantagens e desvantagens, ônus e riscos. (...) E há, por fim, os que enxergam na *solidariedade social* a chave para se entender o equilíbrio contratual. As condições econômicas pessoais de cada parte não são levadas em cotejo para essa investigação”. Cf. *Cláusulas Abusivas, Leoninas e Potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Rumo a uma Teoria Geral de Controle de Abusividade?*, in R. LOTUFO – F. RODRIGUES MARTINS (coords.), *20 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Conquista, Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 267-268.

⁶²⁹ T. NEGREIROS, *Teoria do Contrato...* cit (nota 167 supra), p. 158.

do comércio por via de experiência”⁶³⁰. Como há muito já observava G. HIRONAKA, a função social afluiu “no sentido de se recuperar o equilíbrio social”⁶³¹, e, de fato, é essa a ideia mais aviventada sobre o tema. Contudo, F. RODRIGUES MARTINS, quem especificamente enfrentou a matéria em recente estudo, avança e alarga, de forma bastante considerável, o conceito, talvez em função da potencialidade e dificuldade semânticas que envolvem o signo, afirmando expressamente que a “compreensão [da justiça contratual] vai além da noção de simples equilíbrio, porquanto, se este parte de uma ótica sobre o intercâmbio de prestações, aquele se refere a julgamentos éticos, possibilitando investigações mais acendradas de comportamento e de conteúdo obrigacional”⁶³². Nessa toada, o autor reúne vários postulados que vão desde a reciprocidade até a distribuição de riscos e ônus, perpassando ainda pela própria função social do contrato⁶³³, o que comprova, mais uma vez, aquela nossa constatação de ausência de claras fronteiras no cotejo principiológico, e constante sobreposição. Repise-se que essas noções, no presente trabalho, serão absorvidas pela função social, iluminada, sobretudo, pelo valor da solidariedade.

Também é necessário acrescentar que, a par dessa solidariedade, imbrica-se outro valor, de índole igualmente constitucional, que é a dignidade. C. GODOY salienta que um contrato socialmente funcionalizado deve ser permeado desses objetivos que alicerçam as bases programáticas da Constituição Federal de 1988, especialmente veiculadas nos artigos 1º, inciso III; 3º, incisos III e IV; e 170, *caput*⁶³⁴. Assim, a promoção da dignidade humana é envolvida nesse contexto⁶³⁵, utilizando-se da porta direta do artigo 421 do Código Civil de 2002, para se esmerar nas lindes do negócio jurídico que é o contrato,

⁶³⁰ Completa ainda o autor: “O equivalente é a concretização da *idéia da justiça no campo da vida negocial*, pois que justiça – grosso modo – não é senão aquilo que se ajusta *a todos*, de forma que *todos* possam existir. Fazer valer, o máximo que for possível, o princípio da equivalência em todas as situações é, portanto, uma das mais altas tarefas da vida negocial”. Cf. *A Finalidade...* cit (nota 262 supra), pp. 72-73.

⁶³¹ *A Função Social do Contrato*, in *Estudos Jurídicos*, v. 19, n.º 47, setembro/dezembro, 1986, p. 95.

⁶³² *Princípio da Justiça Contratual*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 429.

⁶³³ *Princípio da Justiça...* cit (nota 632 supra), p. 432.

⁶³⁴ *Função Social...* cit (nota 442 supra), pp. 131-132. Cabe lembrar que o Enunciado n.º 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, envereda-se pelo caminho de agregar a dignidade da pessoa humana ao conteúdo da função social: “Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

⁶³⁵ Também pela função social do contrato como um meio de reafirmação da dignidade, vide D. MACHADO DE MELO e F. RODRIGUES MARTINS. Cf. *Cláusulas Abusivas...* cit (nota 628 supra), p. 286; e *Princípio da Justiça...* cit (nota 632 supra), p. 433.

inobstante à sua já referida dificuldade conceitual, adotando-se aqui, em face disso, e é sempre bom que se frise, o corte proposto por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ao qual não retornaremos pois fora matéria abordada no Capítulo II.

Diante desse quadro claramente complexo, uma gama de reflexos veio a ser ventilada, estimulando certa parte da doutrina a enxergar a função social sistematicamente sob dois enfoques: um interno e o outro externo⁶³⁶. O interno traria repercussões relativas às próprias partes contratantes; enquanto o externo teria o objetivo de ampliar a eficácia do contrato, repercutindo na esfera de terceiros.

Como verificaremos nos tópicos a seguir, o enfoque interno da função social, alicerçado nos valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, compreendida nesta também a justiça social, terá grande influência na sorte do negócio jurídico, perpassando todos os planos ponteanos (existência, validade e eficácia). Em virtude disso, discorda-se de L. HADDAD no exato ponto em que o autor rechaça a possibilidade de repercussão do princípio no plano da validade, sob a alegação de que “*a função social do contrato, com efeito, é figura nitidamente estranha à parte geral do direito privado, dentro da qual se insere o capítulo das invalidades em geral*”, completando, mais a seguir, que “*a função social do contrato tem uma incidência subsidiária e, portanto, subordinada à não incidência de normas relacionadas à validade do contrato*”⁶³⁷. A nossa discordância é pautada, como não poderia deixar de ser, nas funcionalidades dos planos do negócio jurídico. Salientamos no Capítulo III que cada qual tem o seu papel, não sendo crível os dividir conforme critérios de subsidiariedade. Aliás, registre-se que há, inclusive,

⁶³⁶ Nesse sentido, vide por todos F. TARTUCE e C. GODOY. Cf. *Função Social dos Contratos – do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2002, p. 248; e *Função Social...* cit (nota 442 supra), pp. 147-148. Também reconhecendo o enfoque interno da função social, o Enunciado n.º 360 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”. Outra parte da doutrina nega, porém, a ampliação, como, v.g., C. SALOMÃO FILHO: “A *fattispecie* de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a *fattispecie* nas relações contratuais internas (*i.e.*, entre as partes do contrato). E por duas razões. Em primeiro lugar pela própria ligação histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que, como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual”. Cf. *Função Social do Contrato – Primeiras Anotações*, in RT 823(2004), p. 84.

⁶³⁷ *Função Social do Contrato: Um Ensaio Sobre Seus Usos e Costumes*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, 2009, p. 124. Também se enveredando pelo caminho da ineficácia, malgrado nossas discordâncias, o magistério de C. SALOMÃO FILHO: “Evidentemente a questão ora discutida é de eficácia. O art. 421, ao estabelecer que o limite do contrato é dado pela sua função social, está claramente a vincular a eficácia do negócio ao cumprimento da função social”. Cf. *Função Social do Contrato – Primeiras...* cit (nota 636 supra), p. 85.

classificação doutrinária, taxando de “*nulidade virtual*”⁶³⁸ a nulidade decorrente da aplicação direta de um princípio, o que comprova a possibilidade de se trabalhar com a função social no campo da validade.

Já o enfoque externo, faz reverberar o verdadeiro caráter de fato social⁶³⁹ do contrato, irrompendo a concepção insular afeta unicamente às partes, de modo que o terceiro não mais se encontra indiferente à relação contratual. É interessante notar que, em França, mesmo inexistindo dispositivo que abarque expressamente a função social – e havendo, pelo contrário, o artigo 1.165 do Código Civil napoleônico⁶⁴⁰, que emoldura a relatividade dos efeitos do contrato –, admite-se, conforme atesta J. GHESTIN, o atingimento de terceiros, por se abstrair e enxergar o contrato como um fato social⁶⁴¹. Disso, retornando à nossa perspectiva eminentemente analítica do negócio jurídico, observa-se que há uma expansão das posições jurídicas, seja em termos de oponibilidade, seja em termos de aproveitamento ou comprometimento. A repercussão do enfoque externo, em razão de sua metodologia, operar-se-á quase que estritamente no plano da eficácia, ocasião na qual se mitigará o princípio clássico da relatividade dos efeitos do contrato – objeto do derradeiro tópico deste Capítulo.

Em virtude de todas essas concretudes – algo que restará ainda mais claro nos próximos tópicos –, é de se concluir que a crítica redacional ao artigo 421 do Código Civil de 2002 deve ser analisada *cum grano salis*. Estipula o referido dispositivo que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. O primeiro passo seria, então, fixar o exato significado da expressão “liberdade de contratar”, constatado que, como vimos no Capítulo II, não há consenso doutrinário a respeito. Rememorando a distinção aqui seguida, a liberdade de contratar se subdivide em liberdade de contratar *stricto sensu* (querer ou não contratar e, na hipótese afirmativa, com quem contratar) e liberdade contratual (configuração do objeto do negócio jurídico). Assim, tomando a “liberdade de contratar” do artigo 421 como o gênero que abarca as duas espécies, não se vislumbra qualquer desvio redacional, pois tanto uma quanto a outra

⁶³⁸ Como contraposição à chamada “*nulidade textual*”, que vem diretamente cominada na lei. Cf. F. RODRIGUES MARTINS, *Princípio da Justiça...* cit (nota 632 supra), p. 422.

⁶³⁹ J. MARTINS-COSTA, *Reflexões...* cit (nota 620 supra), p. 56.

⁶⁴⁰ Art. 1.165. *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.*

⁶⁴¹ São suas palavras: “*Mais aujourd'hui, la jurisprudence, devant la complexité des relations contractuelles, admet, nous le verrons, de façon générale, que les contrats peuvent, en tant que faits sociaux, être opposés aux tiers par les parties, et même par les tiers aux parties*”. Cf. *Traité de Droit Civil – Les Obligations – Le Contrat*, v. 2, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 113.

podem e devem ser condicionadas pela função social⁶⁴². Contudo, a segunda parte do disposto é que merece maior cuidado. Poder-se-ia tergiversar que a função social apenas teria o condão de limitar a liberdade de contratar. Não parece, em nosso sentir, a melhor solução, uma vez que, dentro do contexto do negócio jurídico, outros papéis são atribuídos à função social, sendo a limitação da autonomia privada apenas um deles⁶⁴³. Por outro lado, entendemos que a expressão “em razão” tem carga semântica assaz intensa⁶⁴⁴, aproximando-se, caso seja interpretada de forma literal, a uma teoria de cunho socialista⁶⁴⁵, o que certamente não foi o intuito do legislador. Assim, talvez mais adequada fosse uma expressão que conotasse maior equilíbrio, apesar de que, reconheça-se, não é simples encontrar palavra ou palavras em nosso léxico que levem a tanto. Uma sugestão seria entender que a liberdade de contratar é *promovida* pela função social, reunindo nessa concepção, de uma só vez, o condão de completar o objeto do negócio jurídico; de sanar e, também de modo inverso, imputar nulidades; bem como de expandir as posições jurídicas.

Passemos, agora, a descrever algumas hipóteses de incidência do princípio, separando a análise com base na nossa proposta dos planos do negócio jurídico, utilizando-se, mais uma vez como apoio, os grupos contratuais traçados no Capítulo II. Ressalte-se, novamente, que o intuito é apenas de sistematizar as formas de incidência, não cabendo aqui um esgotamento numérico da matéria. Ademais, assim como procedemos com as funções da boa-fé, os enfoques internos e externos da função social serão diluídos em nossa abordagem.

⁶⁴² É bem verdade que, na incidência da função social, a maioria dos exemplos está ligada ao viés da liberdade contratual. Porém, a liberdade de contratar *stricto sensu* também pode ser igualmente afetada. Pense-se nas atividades empresariais, em que se ofertam produtos ou serviços obrigatoriamente a toda coletividade. O dever geral de contratar, conforme a disponibilidade do estoque em se tratando de produtos ou da mão-de-obra em se tratando de serviços, além de ser intrínseca à própria atividade, justifica-se pelo fato de que uma arbitrária negativa à contratação afrontaria a dignidade de quem quer consumir o produto ou se valer do serviço, por revelar claro caráter discriminatório. Cf. C. GODOY, *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 175. De modo diverso, A. VILLAÇA AZEVEDO: “(...) esse dispositivo legal (art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo”. Cf. *Teoria Geral...* cit (nota 86 supra), p. 18.

⁶⁴³ Em semelhante sentido, C. GODOY. Cf. *Função Social...* cit (nota 442 supra), pp. 136-137.

⁶⁴⁴ Também se atentando ao fato, L. HADDAD: “(...) o uso da locução *em razão* no artigo 421 do Código Civil é de certo modo perigoso, pois pode apontar para uma subordinação geral da liberdade contratual à consecução de determinados objetivos estabelecidos ou acolhidos pelo Estado”. Cf. *Função Social do Contrato: Um Ensaio...* cit (nota 637 supra), p. 3.

⁶⁴⁵ O que, em última análise, pode vir a gerar repercussões doutrinárias, como, por exemplo, os dizeres de T. NEGREIROS no sentido de que a função social é o novo fundamento do princípio da força obrigatória, que teria se deslocado da vontade para a lei. Cf. *Teoria do Contrato...* cit (nota 167 supra), p. 231. Ilação essa com a qual não concordamos.

V.2 Hipótese de incidência no plano da existência

No plano da existência, o princípio da função social terá como precípua objetivo proceder marginalmente o preenchimento do objeto do negócio jurídico. Tal qual anotamos a respeito da boa-fé, é possível vislumbrar um especial dever de colaboração que exsurge exclusivamente da função social, malgrado termos ciência de que, quando se aventa a existência de deveres anexos, é lugar comum na doutrina derivá-los da boa-fé.

Com arrimo em F. K. COMPARATO⁶⁴⁶, é-nos sugestivo imprimir, repita-se, no objeto do negócio jurídico, um dever qualitativamente distinto dos ditames de eticidade, que variará conforme a condição social das partes. O solidarismo social, sendo um dos níveis do enfoque interno do princípio⁶⁴⁷, permite que pensemos em um dever com vistas a, literalmente, propiciar um auxílio ao menos favorecido na compreensão e execução do contrato, na ânsia por uma igualdade substancial. Em outras palavras, o contratante que apresenta melhores condições provavelmente dispõe de um maior aparato de cognição, tendo o dever de bem auxiliar a outra parte no contexto contratual⁶⁴⁸.

Dando concretude ao que fora dito, tomemos como exemplo os programas habitacionais desenvolvidos pela *Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo*, sociedade de economia mista, que oferta imóveis através de financiamento às pessoas com baixo poder aquisitivo. É evidente que a execução dos contratos que instrumentalizam essas aquisições deve vir acompanhado de um especializado apoio, para que as necessidades sejam atendidas em seu mais amplo espectro. Por essa razão, há diversos postos de atendimento espalhados pelo estado, justamente no intuito de colaborar e dirimir dúvidas que decorram da situação contratual⁶⁴⁹, pelo menos na teoria.

Poder-se-ia apurar esse dever de colaboração através do princípio da boa-fé objetiva? Com alguma elasticidade, é possível dizer que sim. Todavia, preferimos efetuar

⁶⁴⁶ *A Evolução Histórica e os Princípios Fundamentais dos Direitos Humanos*, texto de apoio para palestra no Curso de Direitos Humanos da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo, 2000, pp. 10-11 apud C. GODOY, *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 142.

⁶⁴⁷ C. GODOY, *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 139.

⁶⁴⁸ Também afirmando que a parte mais abastada deve colaborar com a outra, F. TARTUCE: “Essa vinculação também deve ser entendida no caso do contrato, devendo a parte hipersuficiente agir em colaboração com a outra, não meramente buscando o lucro à custa de sacrifícios patrimoniais alheios”. Cf. *Função Social...* cit (nota 636 supra), p. 263.

⁶⁴⁹ Informação obtida através do sítio eletrônico da CDHU: <http://www.cdhu.sp.gov.br/atendimento/postos-cdhu.asp>.

esse corte, dando ênfase a um aspecto que tem viés muito mais social do que ético⁶⁵⁰, na busca de um abrandamento da famigerada exclusão social que assola o país, atendendo, assim, diretamente, por um só turno, o disposto no artigo 3º, incisos I e III, da Constituição Federal.

É claro que o exemplo fornecido apresenta traços de maior relevo por ter como personagens, de um lado, uma empresa (dentro do contexto da administração pública indireta) e, de outro, pessoas com baixa renda, o que provoca aguda incidência do princípio em típico contrato existencial. A intensidade principiológica, como não poderia deixar de ser, seguirá o desnível social mensurado no momento da formação do contrato, tendo o desígnio de completar o objeto do negócio jurídico do mesmo modo que se observou quando discorremos acerca dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.

Nesse aspecto, o princípio da função social prevalece ao princípio da autonomia privada ($P_2 \text{ } P_1$), concorrendo igualmente na configuração eficaz. Por sua vez, a condicionante será genérica quanto aos grupos contratuais, sendo completada, todavia, por atributo moldado nas lindes do status pessoal, cultural e técnico dos envolvidos. Diga-se, ainda, que tais considerações seguem perfeitamente a lógica empreendida por R. L. LORENZETTI: “(...) *os valores coletivos, que se traduzem juridicamente em obrigações, não devem enfraquecer, mas complementar e ajustar a normativa individual. Trata-se de fatores legais que concorrem com a autonomia privada para produzir um efeito jurídico determinado*”⁶⁵¹.

Seguindo essa lógica, a 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou o *HSBC Bank Brasil S/A* a prestar contas no prazo de quarenta e oito horas, pois o estabelecimento não vinha cumprindo com o seu dever de bem explicar o técnico procedimento das operações, como se afere neste excerto do acórdão: “*Persegue o apelado, na condição de correntista do banco apelante, adequada prestação de contas da dinâmica da relação entre as partes, nos últimos dez anos, posto ininteligíveis determinados lançamentos, exemplificativamente apontados na exordial (‘juros prov uso rec ind’, ‘jur s/ emprest/ c/c’, ‘juros prov uso limite’, ‘adiant depositante’, ‘encargo (complemento)’), sem prejuízo do interesse manifestado em lograr os*

⁶⁵⁰ Inclusive, registre-se o posicionamento peculiar de E. BETTI, que aloca o foco das cooperações em geral sempre como algo oriundo de funções sociais. Cf. *Teoria generale delle obbligazioni*, 1953, trad. port. de F. Galvão Bruno, *Teoria Geral das Obrigações*, Campinas, Bookseller, 2006, p. 461.

⁶⁵¹ *Fundamentos...* cit (nota 304 supra), p. 540.

esclarecimentos almejados em maior amplitude”⁶⁵². Não obstante o tribunal ter suscitado o princípio da boa-fé, parece-nos que o direito/dever de cooperação está mais ligado ao desnível de conhecimento técnico entre as partes, demandando antes maior comportamento solidário do que propriamente uma conduta ética, nesta tarefa de conscientização de dados técnicos.

Uma outra hipótese de incidência no objeto do negócio, também ligada à tonalidade do contrato em si, independentemente dos grupos contratuais, pode ser aferida conforme a lição de L. CAMARGO PENTEADO, não obstante o autor conjecturar a boa-fé objetiva para explicar o quadro⁶⁵³. Há, em alguns casos específicos, a impressão de deveres perante terceiros já na gênese do negócio – expediente diante do qual a doutrina convencionou denominar de “contrato com eficácia de proteção para terceiros”⁶⁵⁴. Dois exemplos refletem bem a teoria. O contrato estabelecido com certo profissional da saúde tem seu objeto preenchido com deveres de informação aos familiares do paciente, não sendo aceitável que o médico se negue a ofertá-la sob o fundamento de que o parente não é parte contratual⁶⁵⁵. Caso isso venha a ocorrer, o ilícito é relativo, podendo o terceiro acionar diretamente o referido profissional (responsabilidade contratual). O mesmo poderia se cogitar de terceiros vinculados ao locatário, de modo que vários deveres do locador perante aquele podem também ser estendidos a indivíduos que se encontrem em posição paralela⁶⁵⁶. Isso ocorre porque o contrato tem sua função social iluminada pela solidariedade, não sendo admissível negar direitos a terceiros intimamente relacionados a uma das partes, desprezando-os copiosamente. Nesses casos, $P_2 \text{ } P \text{ } P_1$, tanto para preencher o objeto do negócio quanto para mitigar a relatividade de seus efeitos⁶⁵⁷.

⁶⁵² *TJSP*, 15ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0026571-64.2009.8.26.0625, Des. Rel. Airton Pinheiro de Castro, j. 01-10-2013.

⁶⁵³ *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 137.

⁶⁵⁴ H. THEODORO NETO, *Efeitos Externos...* cit (nota 401 supra), p. 204.

⁶⁵⁵ *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 139.

⁶⁵⁶ São as palavras de H. THEODORO NETO: “É o que se vislumbra, facilmente, v.g., no contrato de locação, onde o locatário tem todo o interesse e a responsabilidade pela integridade física e bem-estar de seus familiares e dependentes. Nesse contrato, a obrigação do locador de entregar a coisa em estado de conservação adequada para não causar-lhe danos dirige-se não só em benefício do contratante, mas também de todos que habitam com ele o imóvel locado. Havendo, por hipótese, defeito no chuveiro a gás da casa alugada, cujo uso venha a causar a morte ou danos graves ao filho do locatário, terá o locador uma responsabilidade direta em face desse – teoricamente terceiro em relação ao contrato de aluguel –, mesmo não tendo com ele nenhum ajuste contratual”. Cf. *Efeitos Externos...* cit (nota 401 supra), p. 205.

⁶⁵⁷ Como salienta L. CAMARGO PENTEADO: “(...) a aplicação de efeitos protetivos do contrato perante terceiros expande a relação obrigacional, para além das partes constitutivas do vínculo, determinando efeitos jurídicos a terceiros”. Cf. *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 145.

Em suma, o perímetro contratual, em razão das naturais especificidades do bem ou serviço que envolverão o trato negocial, aliadas ao nível de relação ou dependência social com o terceiro⁶⁵⁸, traz deveres anexos que, de forma correlata, levam a direitos destinados a esses, tudo através da incidência principiológica, iluminando o contrato com o caro valor da solidariedade.

No mais, não aventamos, à primeira vista, outra alteração no plano da existência que possa ser creditada ao princípio da função social, refutando, outrossim, qualquer possibilidade de conjecturá-lo como elemento existencial por si próprio, à semelhança do que se pontuou acerca da boa-fé. A função pode até completar certo conteúdo da estrutura, mas nunca se confundir com essa.

Nesse ponto, apesar de não fazer parte do desiderato do trabalho, é oportuno dissipar uma possível confusão. Alguns autores⁶⁵⁹ vêm defendendo que a função social é elemento *intrínseco* à propriedade. Isso, de forma alguma, significa dizer que a função social deve ser, nesse caso, apurada no plano da existência. O “direito de propriedade”, ou melhor, a “situação jurídica de ser proprietário” é fruto que se colhe apenas no “terceiro plano”, de modo que careceria de sentido cogitar a função social em plano pretérito a esse. Quando tratamos de propriedade, encontramos, no “primeiro plano”, apenas um contrato somado a um ato registral ou à tradição⁶⁶⁰. O que poderá ser conformado intrinsecamente ou, segundo a tese adotada limitado extrinsecamente, são as faculdades do proprietário, mormente o poder de *usar*, que, se não exercidas a contento, motivarão sanções (previstas em outros suportes fáticos), como, no grau máximo, a própria desapropriação. É por essa razão que à posse, independentemente da propriedade, também será ligada o princípio da função social, considerado que é justamente o poder de *uso* o conferido ao possuidor. Em suma, função social, seja da propriedade, seja do contrato, não são elementos autônomos.

V.3 Hipóteses de incidência no plano da validade

Superada essa breve repercussão no plano da existência, parte-se, agora, a analisar os diagnósticos próprios do plano da validade, ocasião na qual serão observadas

⁶⁵⁸ H. THEODORO NETO, *Efeitos Externos...* cit (nota 401 supra), p. 205.

⁶⁵⁹ Nesse sentido, vide L. DUGUIT, *Las Transformaciones del Derecho – Público y Privado*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975, pp. 235-247; ORLANDO GOMES, *A Função Social da Propriedade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia II*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1989, pp. 423-437; e G. TEPEDINO, *Temas de Direito...* cit (nota 182 supra), pp. 303-329.

⁶⁶⁰ Evidentemente, considerando a aquisição na sua modalidade derivada.

duas funções ao princípio: a sanção de vícios e a invalidação de cláusulas ou mesmo de todo o negócio jurídico.

O primeiro caso de incidência do princípio da função social que será suscitado por nós certamente é dos mais polêmicos, sendo que não temos conhecimento de que alguém tenha enfrentado a questão através do exato foco que será proposto.

Muitos tentam enquadrar algumas operações realizadas por menores de dezoito anos como atos-fatos jurídicos⁶⁶¹. A merenda adquirida na cantina da escola pela criança seria o exemplo simbólico em que se apela àquela espécie de fato jurídico⁶⁶², justamente para contornar a existência da vontade viciada, atribuída, por presunção absoluta, à falta de maturidade dos infantes.

A saída é engenhosa, porém não sobrevive, a nosso ver, a algumas elucubrações. A objeção inaugural se perfaz na medida em que não parece razoável pensar em um ato de compra como um simples movimento – seria mais ficção do que realidade –, não se adequando a operação econômica à sistemática dos atos-fatos. Já a segunda problemática é a de que, na decomposição de todo o mecanismo, teríamos que afastar a figura do contrato, porquanto veríamos um negócio jurídico unilateral (oferta) associado a um ato-fato jurídico (hipotético movimento avolitivo da “entrega do dinheiro”), faltando ao certame, destarte, o elemento necessário do consenso, como bem evidenciamos no Capítulo II. Ainda assim, caso se mantenha essa linha de pensamento, teríamos que reiterados “atos de compra” desnecessários seriam viáveis na sistemática do ato-fato sem que se pudesse inquinar qualquer vício. Pensemos, em comparação, no caso do exagerado uso de água feito por uma criança em casa, que, por se tratar de ato-fato jurídico (situação não contratual), não isenta o proprietário do débito. De igual forma, se este for o caminho tomado, não se poderá imputar qualquer vício pela compra excessiva empreendida pelo menor.

Tal leitura procedida pela doutrina brasileira muito se assemelha àquela da “conduta socialmente típica” baseada nas relações contratuais de fato da doutrina alemã já mencionada e criticada no Capítulo II. A aplicação da teoria se subsumia, majoritariamente, a todas as relações de massa, defendendo-se uma segunda natureza ao contrato que não a de negócio jurídico. Desta feita, não seriam observadas as regras

⁶⁶¹ C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*, v. I, 5ª ed., 2007, p. 305; P. STOLZE GAGLIANO – R. PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, v. I, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 301-302; e S. VENOSA, *Direito Civil...* cit (nota 123 supra), p. 323.

⁶⁶² Como vimos no Capítulo I, o suporte fático do ato-fato jurídico despreza peremptoriamente o elemento volitivo.

concernentes ao negócio jurídico, como, v.g., às invalidações por incapacidade. Contudo, é curioso notar que os próprios juristas alemães revelavam uma preocupação com o incapaz, afirmando que as normas protetivas, como as de incapacidade, deveriam ser aplicadas mesmo nas relações contratuais de fato⁶⁶³. Em outras palavras, o caminho trilhado nos parece ter sido o inverso: na Alemanha, cogitou-se a cientificidade da teoria da relação contratual de fato, mas com a manutenção das regras de incapacidade; no Brasil, a teoria quase nunca foi ventilada na sua integralidade pelos autores, mas não foram poucos os que vislumbraram nessa uma possível saída à questão do pequeno comércio empreendido pelos menores, na ânsia de justificar a não-aplicação das regras de incapacidade.

Na tentativa de enxergar um contrato, mas também se enveredando pelo caminho do ato-fato jurídico, F. C. PONTES DE MIRANDA foi outro que tentou enfrentar o problema. O autor pontua que o ato isoladamente considerado do incapaz seria um ato-fato que, na realidade, reflete uma aceitação por parte de quem tenha o poder familiar ou a tutela⁶⁶⁴. Também nos parece forçosa ficção. A criança não age como mero preposto; ela efetivamente escolhe o que vai comprar na cantina independentemente do querer dos pais ou do tutor conforme o caso. É sensivelmente diferente da situação em que um empregado atua sob as precisas ordens do patrão como se núncio fosse.

Outra tese é a de que o direito não se importaria com esse fato (*minima non curat praetor*), não o “juridicizando”, pelo menos não com a roupagem do negócio jurídico. Assim, o quadro se resolveria através do “justo natural”⁶⁶⁵, que tenderia, em última análise, a evitar o enriquecimento sem causa. Essa vertente é indubitavelmente melhor que a primeira, mas também deixa de responder questões como a permissão ao consumo desenfreado por parte do incapaz. Além disso, a hipótese de negação da

⁶⁶³ Eis a passagem de K. LARENZ que bem reflete a preocupação: “*La utilización de una prestación ofrecida a toda persona, que posee de forma socialmente típica el significado de aceptación de una propuesta de contrato, es una forma hoy ampliamente extendida de participación en el tráfico jurídico. Esto aboga en pro de la aplicación de las normas sobre capacidad negocial. Quien carece de capacidad negocial y quien se halla limitado en la misma deben ser protegidos ante los perjuicios que puedan irrogárseles en su participación en el tráfico jurídico. A este respecto no motiva una diferenciación el que esa participación se efectúe en forma de emisión de voluntad conforme el artículo 151, o mediante una conducta socialmente típica*”. E prossegue o autor em nota de rodapé (n. 580): “*Renunciamos a nuestra anterior opinión en contrario. Estaba determinada por el concepto de que los efectos de protección contractuales deberían beneficiar al usuario sin capacidad negocial. El estado actual de la dogmática permite, no obstante, fundamentar tales deberes de protección aun cuando no se lleve a cabo un contrato válido*”. Cf. *Derecho Civil...* cit (nota 210 supra), pp. 739-740.

⁶⁶⁴ *Tratado...* cit (nota 217 supra), pp. 34-35.

⁶⁶⁵ O “justo natural” se contraporía ao “justo positivo”. Naquele, a obrigação surgiria da própria situação; neste, a obrigação decorreria em razão do que foi decidido pelas partes. Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico e Declaração...* cit (nota 289 supra), p. 46.

“juridicidade” ao certame seria passível de críticas, como, v.g., a de A. HIRATA no sentido de se refutar qualquer possibilidade de não-apreensão pelo direito, por ser algo de grande “*descolamento com o mundo real*”⁶⁶⁶, caso contrário reinaria patente insegurança sobre o que merece ou não receber a tutela do direito.

A melhor solução, em nossa opinião, encontra-se na incidência da função social no plano da validade. Como visto, um dos enfoques internos do princípio é iluminado justamente pelo valor da dignidade, sendo do interesse social que a pessoa se desenvolva ao buscar encetar certas relações. Pois bem, nessa linha, parece-nos razoável concluir que o “pequeno comércio” empreendido dentro da instituição de ensino revela considerável papel de importância na formação da criança. É possível que esse seja um dos primeiros contatos experimentados por ela em termos econômicos. Evidentemente, com o passar do tempo, o espectro funcional vai aumentando de tamanho, ou seja, se no início, por exemplo, com hipotéticos sete anos, alguém possa comprar a merenda; com quatorze anos, esse mesmo alguém já poderá comprar o próprio material na papelaria ao lado do colégio, tudo em função dos expedientes de desenvolvimento da pessoa na sociedade. Outra inarredável consideração é a de que o policitante deverá tomar maiores cuidados, observando-se uma elevada intensidade de incidência do princípio da função social no que tange àquele dever especial de cooperação externado no tópico anterior.

Diga-se ainda que, nessa toada, adotou-se como parâmetro os negócios engendrados pelas pessoas menores de dezoito anos. Todavia, parecida lógica é aplicada aos enfermos e deficientes mentais. É salutar que se confira uma certa liberdade ao incapaz – proporcional ao seu grau de inteligência –, já que isso certamente lhe trará uma sensação de importância/inclusão na sociedade, ocasionando-lhe, no mínimo, um bem-estar⁶⁶⁷.

Por conseguinte, o que ocorre, a nosso ver, é a incidência do princípio da função social no plano da validade, remediando a presumida falta de higidez volitiva. Há, sim, negócio jurídico. Essa forma de avaliar a questão responde, inclusive, aos casos de compras desarrazoadas. Se o incapaz, por exemplo, expende todo o dinheiro em uma quantidade absurda de doces, o princípio não é ativado, uma vez que tais aquisições em

⁶⁶⁶ *Relações Contratuais...* cit (nota 281 supra), p. 109.

⁶⁶⁷ Situação bem notada por J. F. SIMÃO: “O incapaz não é mais considerado uma pessoa que deve ser isolada do convívio social (o menor preso dentro de sua casa e os doentes trancafiados em instituições). O incapaz deve e pode conviver com a sociedade de acordo com suas características e limitações, reconhecendo-se seu direito a uma vida digna e compartilhada”. Além disso, especificamente aos menores, o autor detecta que há uma tendência à independência desses, “pela força dos costumes que favorecem viagens, reuniões e campos de férias e a existência de novos métodos educativos e de tratamentos aplicados às crianças (...)”. Cf. *Responsabilidade Civil...* cit (nota 50 supra), pp. 3-4 e 250.

nada contribuem para o seu desenvolvimento, permitindo aos responsáveis a invalidação do negócio.

Outras intrincadas hipóteses poderiam ser enfrentadas através dessa focalização. Imaginemos que alguém, com quinze anos de idade, por meio de um sítio eletrônico, inserindo os dados do cartão de crédito de seu pai, compre uma passagem de ônibus para visitar os avôs que moram no interior. Nesse caso, o negócio é perfeitamente válido em virtude da incidência do princípio. Agora, se o mesmo infante efetuar uma transação para comprar algum objeto eletrônico de alto valor, o princípio não é ativado, padecendo o negócio de nulidade⁶⁶⁸, uma vez que isso não pode ser considerado com algo que “expandas suas virtualidades” e colabore com seu desenvolvimento. Rememore-se o caso do menino *Smith* que, com apenas seis anos de idade, gastou mais de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) em funções extras para um jogo disponível na *App Store* da *Apple*, tudo através de uma conta atrelada ao cartão de crédito do avô do garoto⁶⁶⁹.

De qualquer forma, trata-se de *vexata quaestio*, sendo essa uma nova forma de abordar a corriqueira prática de operações realizadas por incapazes, na sistemática do fato jurídico.

Em síntese, delineamos um caso no qual o princípio atua de forma positiva, promovendo a autonomia privada em prol de um louvável interesse social, donde não se afere, por conseguinte, qualquer embate principiológico. De modo contrário, vejamos, a seguir, hipótese em que a função social age de forma negativa, controlando o alcance da eleição de efeitos perpetrados pela declaração de vontade, o que, dito de outra forma, remeterá, aí sim, a um conflito entre os princípios. É o caso das cláusulas abusivas.

Na realidade, antes de incursionarmos no referido embate, é necessário dizer que o tratamento dessas cláusulas revela uma simbiose entre os princípios da função social, mormente na sua vertente da justiça contratual, e da boa-fé objetiva, potencializando⁶⁷⁰, em última análise, a contenção da declaração de vontade. Ou seja, não obstante termos deixado para versar sobre as cláusulas abusivas apenas neste quadrante, é indiscutível que o princípio da boa-fé pode e deve ser invocado na concepção da matéria, sendo um daqueles típicos casos em que a sobreposição entre função social e boa-fé se mostra

⁶⁶⁸ Essa resolução é adstrita ao campo contratual. Isso não impede, entretanto, a responsabilização civil dos pais se esses, imprudentemente, deixaram os dados em lugar de fácil acesso.

⁶⁶⁹ Informação disponível in <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/20/garoto-gasta-quase-r-7-mil-em-jogos-no-ipad-familia-so-descobre-apos-cartao-ser-bloqueado.htm> [14.10.2013].

⁶⁷⁰ F. NORONHA, *Princípios...* cit (nota 54 supra), p. 232.

indissolúvel, pois uma cláusula que seja considerada injusta possivelmente também não será ética, e vice-versa.

Não por outra razão, D. MACHADO DE MELO conceitua as cláusulas abusivas como sendo “*aquelas que desequilibram, de maneira significativa, a relação de equivalência entre direitos e obrigações de uma ou outra parte, ofensivas à boa-fé ou à função social (...)*”⁶⁷¹. Note-se, portanto, que é justamente uma situação de desequilíbrio na avença que caracterizará uma cláusula como abusiva. Disso, cabe concluir ser leviano apontar a abusividade de uma cláusula de forma isolada, salvo se a própria lei taxar expressamente a nulidade. Não sendo esse o caso, a concatenação da avença com todas as outras disposições do contrato é que dirá se uma cláusula é ou não leonina. Isso porque uma aparente desvantagem aqui pode ser compensada acolá, como, v.g., a venda de um produto sabidamente defeituoso (e assim descrito no contrato) por um preço a menor, refletindo, na sua totalidade, uma situação equilibrada.

É bem verdade que bons negócios e maus negócios existiram, existem e sempre irão existir. Tal conjuntura não deve ser aprioristicamente combatida pelo direito. Isso faz parte da vida social, sendo o preço que deve ser pago pela liberdade que cada um possui ao contratar. O limite, entretanto, é encontrado no que F. NORONHA denomina de “*fair bargains*”⁶⁷². Para alcançar este estreito limiar que separa a cláusula aceitável da não aceitável, mais uma vez nos apoiaremos, em termos ideais, nos grupos contratuais.

Nos contratos clássicos, uma cláusula só pode ser tida como abusiva se essa for ofensiva a uma generalidade. Explica-se. Em termos de um equilíbrio justo, não havendo vícios na vontade, a situação na qual os contratantes se permitem a realizar aquele jogo de propostas e contrapropostas, possibilita a realização de um negócio em que a apuração da solidariedade, aqui restrita às partes, não funcione de forma a conter a configuração dos efeitos, donde retirá-íamos, em princípio, a equação $P_1 \mathbf{P} P_2$ ⁶⁷³, na hipótese dos contratos clássicos, isto é, o “mau negócio” restaria incólume⁶⁷⁴. Porém, caso a cláusula pactuada

⁶⁷¹ *Cláusulas Abusivas...* cit (nota 628 supra), p. 239.

⁶⁷² F. NORONHA, *Princípios...* cit (nota 54 supra), p. 125.

⁶⁷³ Onde P_1 reporta à autonomia privada, P_2 remete à função social e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

⁶⁷⁴ Se assim não fosse, a própria doação cairia na vala comum da abusividade, o que, conforme C. GODOY, deve ser rechaçado, face o inerente desequilíbrio dos contratos gratuitos. Cf. *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 65. Vale anotar ainda que a Diretiva n.º 93/13, de 1993, da Comunidade Econômica Europeia, diploma uniformizador do trato do direito do consumidor, caracteriza, no seu art. 3º, a cláusula abusiva como aquela que reporta um desequilíbrio entre direitos e obrigações, mas somente nos casos em que o consumidor fica alijado da possibilidade de influir no conteúdo do contrato. Tal corte reforça a tese de que não se é adequado ventilar a hipótese de abusividade de uma cláusula quando estamos defronte a contratos do grupo clássico, salvo os casos que transcendam os interesses das partes.

seja, agudamente, desarrazoada, ela transcenderá a esfera dos contraentes, gerando um “*nó de tensão*”⁶⁷⁵ social que reflexamente atingirá toda a coletividade ou, ao menos, um setor dela. Pensemos no clássico caso do anão *Manuel Wackenheim* que fora contratado para humilhantemente ser arremessado de um lado para o outro em certa discoteca francesa, como forma de entretenimento ao público⁶⁷⁶, o que nos faz lembrar da seguinte descrição de F. DOSTOIÉVSKI: “(...) *esse estranho sentimento de satisfação íntima que o homem mais compassivo não pode esconder diante do sofrimento alheio (...)*”⁶⁷⁷. A função social, nessas hipóteses, prevalecerá então à autonomia privada, invalidando cláusulas, quiçá o próprio contrato. Note-se que o princípio, nos contratos clássicos, será antes sustentado pelo valor da dignidade do que propriamente pelo valor da solidariedade, reconhecendo-se, sejamos mais uma vez honestos, a dificuldade de proceder uma límpida diferenciação conceitual entre as duas. Assim, concordamos parcialmente com F. TARTUCE quando o autor afirma que “*se um contrato for ruim para as partes, também o será, de forma indireta, ruim para a sociedade (...)*”⁶⁷⁸. Não é todo contrato “ruim” para um indivíduo isoladamente considerado que será “ruim” para toda a coletividade; somente uma avença incisivamente ofensiva, que viole o específico valor da dignidade, tem o condão de causar aversão global.

Nesse sentido, ilustrativo é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que não se entendeu abusiva certa cláusula penal inserta em compromisso de compra e venda, sobretudo pelo fato de que o contrato era paritário⁶⁷⁹. É claro que, mesmo assim, poder-se-ia operar uma redução equitativa conforme o desenvolvimento do processo obrigacional, como bem dispõe o artigo 413 do Código Civil de 2002, mas, nesse ponto, já adentraríamos no plano da eficácia, onde outras são as considerações. O que deve ser ressaltado, entretanto, é que, de início, não sendo o específico caso do artigo 412 do Código Civil de 2002, mostra-se inviável a cogitação de nulidades nos contratos clássicos.

Passando ao segundo grupo dos contratos por adesão, o panorama começa a se reverter, pois os desequilíbrios não são mais justificados pela realização de um “mau

⁶⁷⁵ R. L. LORENZETTI, *Fundamentos...* cit (nota 304 supra), p. 539.

⁶⁷⁶ A interdição do espetáculo empreendida pela Prefeitura fora ratificada pelo Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa francesa, bem como posteriormente pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Cf. G. TEPEDINO, *Temas de Direito...* cit (nota 182 supra), pp. 63-64; e A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Caracterização Jurídica da Dignidade...* cit (nota 191 supra), p. 21.

⁶⁷⁷ *Crime e Castigo*, v. I, São Paulo, Editora Abril, 2010, p. 245.

⁶⁷⁸ *Função Social...* cit (nota 636 supra), p. 249.

⁶⁷⁹ *TJSP*, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0003835-22.2010.8.26.0462, Des. Rel. Claudio Godoy, j. 23-10-2012.

negócio”, considerado que somente uma das partes concatenou a essência do objeto. Diante disso, o conflito entre autonomia privada e o princípio da função social, face uma hipotética situação de desequilíbrio, é resolvido pela prevalência do segundo ($P_2 \mathbf{P} P_1$)⁶⁸⁰, na hipótese dos contratos por adesão. Tem-se aqui, inclusive, a *ratio legis* do artigo 424⁶⁸¹ do Código Civil de 2002, sob o qual recai a presunção absoluta de desequilíbrio quando o aderente renuncia antecipadamente direito resultante da natureza do negócio. Assim, por exemplo, se o fiador deixa de fazer valer desde a feitura do contrato por adesão o benefício de ordem, tal avença será claramente nula, por agravar uma situação já desfavorável. Ademais, é bom que se advirta que a possibilidade de nulificação de cláusulas não se restringe aos casos de renúncia antecipada de direitos “naturais”, alargando-se, agora por meio da direta aplicação principiológica, a qualquer outro quadro que revele injusto desbalanceamento entre direito e deveres⁶⁸².

Quanto aos contratos de consumo, os artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor trataram de trazer uma lista com estipulações que são vedadas, o que, a nosso ver, é salutar, pois operacionaliza e evidencia a questão das cláusulas abusivas, melhor tutelando, assim, a parte que teve sua vontade afetada. O que ainda resta mencionar é o fato de que o inciso IV⁶⁸³ do referido dispositivo faz do rol exemplificativo, abrindo a possibilidade de se invalidar outras avenças que de certo modo atentem contra o justo equilíbrio e não estejam previstas na extensa lista. Em suma, $P_2 \mathbf{P} P_1$ ⁶⁸⁴, na hipótese dos contratos de consumo, sendo a liberdade contratual do fornecedor mitigada.

⁶⁸⁰ Onde P_2 reporta à função social, P_1 remete à autonomia privada e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

⁶⁸¹ Art. 424. *Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*

⁶⁸² Seguindo essa linha, transcreva-se aqui o Enunciado n.º 172 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “As cláusulas abusivas não correm exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002”. Estende-se também nesse sentido D. MACHADO DE MELO: “O sistema civil – que não o do consumidor – está ainda por completar. Mas não podemos nos olvidar que em toda e qualquer relação contratual, mesmo onde não haja presunção de vulnerabilidade, mercê de sua submissão aos princípios gerais do sistema, poderá ser configurada a abusividade que reclame o controle das cláusulas que a denotem”. Cf. *Cláusulas Abusivas...* cit (nota 628 supra), p. 257. Repise-se apenas que, para nós, nos contratos clássicos, tipicamente paritários, a abusividade da cláusula só pode ser justificada em casos que afrontem o valor da dignidade ou, como será visto adiante, da solidariedade no seu mais amplo espectro, por transcenderem às partes.

⁶⁸³ Art. 51. *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

⁶⁸⁴ Onde P_2 reporta à função social, P_1 remete à autonomia privada e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

De semelhante forma, tem-se a abordagem do grupo dos contratos existenciais, em que o menor desequilíbrio deve ser peremptoriamente afastado, ante a maior afetação da vontade em virtude da essencialidade do bem em jogo. Não por outra razão, incontáveis os arestos declarando nulas cláusulas de contratos de plano de saúde que afastem a cobertura de determinadas cirurgias, próteses, tratamentos etc⁶⁸⁵. Essa orientação é tão sintomática que a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo editou genericamente o Enunciado n.º 22 com o seguintes dizeres: “*Abusiva a cláusula que exclui a cobertura de próteses de qualquer natureza, sob pena de se colocar em risco o objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde do usuário*”.

A diferença entre os três últimos grupos contratuais consiste no fato de que, nos contratos por adesão, fora da hipótese do artigo 424 do Código Civil de 2002, é necessário que se faça a prova cabal do desequilíbrio; ao passo que, nos contratos de consumo, sob tal fator impera presunção absoluta, levando diretamente à nulidade da famigerada cláusula⁶⁸⁶. Quanto aos contratos do tipo existencial, visto que a proteção deve ser ainda maior que a conferida aos do terceiro grupo, como bem evidenciado no Capítulo II, entendemos pela aplicabilidade da mesma presunção constante nos artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, em qualquer tipo contratual, é notório assentar, ainda, mais uma clara contenção operada no âmbito do objeto do negócio jurídico. Através do princípio da função social, pode-se ventilar a invalidação de cláusulas que atentem contra o meio ambiente, em um sentido de louvar o valor da solidariedade no seu espectro mais amplo, atendendo a anseios difusos, até mesmo das futuras gerações, como reza a Constituição Federal. Por essa razão, J. MARTINS-COSTA enxerga nesse exemplo, assim como em outros que envolvam “*terceiros não-determinados e bens de interesse comum*”, a “*mais prestante e inovadora eficácia do art. 421*”⁶⁸⁷. De forma semelhante, C. SALOMÃO FILHO, através do

⁶⁸⁵ Vide, v.g., os seguintes julgados: *STJ*, 3ª Turma, REsp n.º 1.364.775/MG, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 20-06-2013; *TJSP*, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0007842-11.2006.8.26.0361, Des. Rel. Fábio Quadros, j. 05-09-2013; *TJSP*, 3ª Câmara de Direito Privado, AP. n.º 0026508-88.2011.8.26.0004, Des. Rel. João Pazine Neto, j. 10-09-2013; *TJSP*, 5ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0138560-93.2012.8.26.0100, Des. Rel. James Siano, j. 04-09-2013; e *TJSP*, 8ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0180271-78.2012.8.26.0100, Des. Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 04-09-2013.

⁶⁸⁶ D. MACHADO DE MELO, *Cláusulas Abusivas...* cit (nota 628 supra), p. 271.

⁶⁸⁷ *Reflexões...* cit (nota 620 supra), p. 56. Também vendo na função social um modo de obstar cláusulas contrárias ao meio ambiente, apesar de se enveredar, em nosso sentir de forma inapropriada, no plano da eficácia, L. HADDAD. Cf. *Função Social do Contrato: Um Ensaio...* cit (nota 637 supra), p. 124. Ainda sobre o tema, mas agora em relação a interesses afetos à segurança, o exemplo de D. MACHADO DE MELO sobre a abusividade de certas cláusulas em contratos administrativos: “(...) se *cláusulas contratuais gerais* inseridas em contratos de concessão de serviços de transportes urbanos oferecerem vantagens financeiras a empresas

que o autor designa de “interesses institucionais”, também justifica, em situação de confronto, a limitação da liberdade contratual⁶⁸⁸.

Inquestionável, portanto, que o artigo 51, inciso XIV⁶⁸⁹, do Código de Defesa do Consumidor, serve de molde a todos grupos contratuais, encontrando no princípio da função social o profícuo veículo para caracterizar tais cláusulas como abusivas, justamente por afrontar o interesse de toda a sociedade, o que faz transcender a questão para além daquela relação inter-humana primitiva.

Em todos os casos, deve ser rememorado que a consequência será a da invalidade da cláusula, pois compatibiliza-se perfeitamente com aquela ideia, explanada no Capítulo III, de contenção dos efeitos pretendidos quando do preenchimento do objeto do negócio jurídico pela declaração de vontade. Em termos análogos, é como se o objeto fosse ilícito – e assim já o é nas vedações expressas que trazem subjacentemente a ideia de equilíbrio. Por isso, não compartilhamos do mesmo entender de D. MACHADO DE MELO quando o autor diz não ser possível fixar, no tratamento das cláusulas gerais, se a abusividade gerará a nulidade ou a ineficácia da avença⁶⁹⁰. O plano da validade é naturalmente propício a efetuar esse tipo de controle, não obstante, e isso deve ser reconhecido, a lei poder dispor de outra forma.

A “ineficacização” de cláusulas se mostra mais adequada para os casos em que a não observância do princípio da força obrigatória se justifica no desenrolar do processo obrigacional, o que se afasta da sistemática das cláusulas abusivas, que tem seu habitat apenas no momento de conclusão do negócio. Tome-se como exemplo a redução do valor da cláusula penal por equidade. Não é viável, desde logo, isto é, no momento da concepção do contrato, afirmar que a cláusula é ou não desproporcional. Esse fator somente é aferível em um segundo momento, o que impede, pela lógica, a realização daquele controle de

que conseguirem, em um curto período, a maior captação de passageiros urbanos, gerando riscos, acidentes e superlotações sem a correspondente estruturação dos transportes urbanos do município, ainda que estas cláusulas aparentemente favoreçam a entidade privada concessionária e o município, a nosso ver, constatado o efeito antissocial, tais cláusulas poderão ser controladas, eis que ofensivas à *incolumidade* dos passageiros e à própria sociedade”. Cf. *Cláusulas Abusivas...* cit (nota 628 supra), p. 263.

⁶⁸⁸ Ressalve-se, apenas, que a expressão “interesses institucionais” tem corte mais restrito, abrangendo somente situações em que, ao mesmo tempo, atinge-se o interesse das partes e o interesse da coletividade. Cf. *Função Social do Contrato – Primeiras...* cit (nota 636 supra), p. 83.

⁶⁸⁹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

XIV - infringjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

⁶⁹⁰ *Cláusulas Abusivas...* cit (nota 628 supra), p. 272.

validade que se imprime por um único turno inicial⁶⁹¹. Em outras palavras, a declaração de vontade que preencher o objeto do negócio jurídico é apta a produzir seus efeitos, visto que não há elementos aprioristicamente suficientes para ensejar a contenção própria do plano da validade. Desse modo, na hipótese de se verificar um posterior desbalanceamento, como sói acontecer na hipótese da cláusula penal, o único caminho cientificamente possível é a posterior “ineficacização” de parte da cláusula. E assim, com essa observação, abrimos agora o estudo acerca do último plano: o da eficácia.

V.4 Hipóteses de incidência no plano da eficácia

Por derradeiro, pode-se suscitar uma miríade de situações em que o princípio da função social irá atingir o plano da eficácia, alterando sensivelmente o “natural” caminhar do negócio jurídico, ora criando, suprimindo, paralisando ou modificando posições jurídicas; ora reforçando a compreensão interpretativa; e ora expandindo efeitos aprioristicamente *inter partes* a terceiros.

Em primeiro lugar, versemos sobre as repercussões nas posições jurídicas. Para isso, é necessário que se retorne a tratar da “causa”, porém, agora, no seu viés de “causa final”, à mercê da orientação empreendida por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁶⁹². Adotando como parâmetro os contratos onerosos, temos, no cerne do negócio jurídico bilateral, uma inexorável⁶⁹³ convenção que liga uma prestação a uma contraprestação, o que significa dizer que uma é a causa da outra, daí surgindo o sinalagma⁶⁹⁴.

Se um dos contratantes não cumpre a prestação que lhe é devida, a contraprestação perde a causa, de modo que injusta seria sua realização, por evidenciar patente desequilíbrio no cumprimento dos interesses. Assim, para evitar tal expediente, duas⁶⁹⁵ são as respostas do sistema: a criação de uma exceção (*exceptio non adimpleti contractus*), que, evidentemente, paralisa a pretensão da outra parte; e a geração de um

⁶⁹¹ Situação, por exemplo, distinta da veiculada no art. 412 do Código Civil de 2002, uma vez que se sabe, de antemão, se o valor da cláusula penal excede ou não o da obrigação principal. Nesse caso, o controle de contenção da declaração de vontade é perfeitamente possível, diferentemente do que ocorre na hipótese do art. 413 do mesmo diploma.

⁶⁹² *Negócio Jurídico...* cit (nota 22 supra), p. 152.

⁶⁹³ Por isso que o autor a denomina como *elemento categorial inderrogável* nos contratos onerosos. Cf. *Negócio Jurídico...* cit (nota 22 supra), p. 155.

⁶⁹⁴ J. F. SIMÃO, *Direito Civil...* cit (nota 52 supra), p. 117.

⁶⁹⁵ Sem considerar aqui a possibilidade da deflagração da responsabilidade civil na hipótese de ocorrência de dano.

direito potestativo de resolução do contrato⁶⁹⁶. A falta da causa final, portanto, provoca sérias consequências, restando-nos explicar como funciona sua operacionalização.

A saída mais lógica e menos polêmica é apelar às disposições normativas insculpidas tanto no Código Civil de 1916 (artigos 1.902 e 119, § único) quanto no Código Civil de 2002 (artigos 476 e 474). É a prudente cristalização de um desejável equilíbrio de justiça contratual, que bem poderia se alicerçar no enfoque interno da função social.

Situação análoga ocorre com a *exceptio non rite adimpleti contractus*, mas com a peculiaridade de inexistir previsão legal a encampando. A. VILLAÇA AZEVEDO afirma que o cumprimento *insatisfatório* da prestação permite a utilização do mesmo princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, tendo, destarte, guarida no ordenamento brasileiro⁶⁹⁷. Entendemos que, como a exceção do contrato não-cumprido não pode ser considerada um princípio em si, o que se intencionou a dizer é justamente a aplicação da função social na sua vertente de justiça contratual, que incidindo diretamente no plano da eficácia cria a referida exceção, por não se vislumbrar a causa, ou, ao menos, o seu perfeito atendimento. Como salienta S. MACEDO: “*A causa se esconde por vezes através da equidade e de outros princípios gerais do direito. Identifica-se vezes outras com a Justiça*”⁶⁹⁸.

Neste ponto, faça-se uma ressalva. Assim como ocorre no tratamento das “cláusulas abusivas”, observa-se que tanto a boa-fé quanto a função social podem ser invocadas para incidir, gerando as citadas exceções. Desta feita, não é incomum que se encontre na doutrina referência ao “*tu quoque*” – corolário da boa-fé objetiva – como forma de explicação ao fenômeno⁶⁹⁹. Isso se daria porque “*fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento*”⁷⁰⁰. Em síntese, além da situação de injustiça contratual por haver patente desequilíbrio em relação à não observância da causa, a falta ou imperfeita realização da prestação faz nascer um ambiente de eticidade em que não se mostra idôneo pleitear a execução da contraprestação. Entretanto, aponte-se que a boa-fé teria o condão apenas de justificar as exceções, mas não o direito potestativo de resolução,

⁶⁹⁶ Evidentemente, a falta da realização da prestação “A” pela outra parte só pode ser invocada se prestação “A” e contraprestação “B” deverem ser cumpridas simultaneamente ou a prestação “A” dever ser efetivada em momento anterior à contraprestação “B”.

⁶⁹⁷ *Teoria Geral...* cit (nota 86 supra), p. 71.

⁶⁹⁸ *Causa...* cit (nota 558 supra), p. 24.

⁶⁹⁹ J. F. SIMÃO, *Direito Civil...* cit (nota 52 supra), p. 117.

⁷⁰⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...* cit (nota 297 supra), p. 837.

donde se conclui que o princípio da função social, como *ratio legis*, tem um espectro mais amplo no caso.

Quanto à ponderação dos princípios, a regra geral será a de que $P_2 \mathbf{P} P_1$ ⁷⁰¹, na hipótese de todos os grupos contratuais, à exceção do último (contratos existenciais), ao qual faremos agora referência. Quando o bem ou serviço é essencial, na realidade, a função social, em vez de se chocar com a autonomia privada, reforça-a, mesmo que, na teoria, acabe por contradizer a si própria. Explica-se. A criação da posição jurídica da exceção ou do direito potestativo de resolução vem a atender aos anseios da justiça contratual, evitando uma situação desequilibrada em que só uma das partes tivesse que suportar o peso da prestação que lhe cabe. Contudo, subsequentemente, essa exceção ou direito potestativo de resolução é paralisado sob os auspícios do mesmo princípio da função social, mas agora em virtude de um necessário entendimento solidário – e nesse pesar, excepcionalmente tentemos, a grande custo, cogitar uma separação entre os valores da justiça e da solidariedade. O exemplo clarificador é o do contrato de serviços educacionais. Segundo o artigo 6º, § 1º⁷⁰², da Lei 9.870/99, a inadimplência não possibilitará que a escola se negue a prestar o serviço durante todo o ano letivo, visto que o fato certamente prejudicaria a formação do educando, malgrado se figurar injusto ao estabelecimento de ensino suportar o desequilíbrio econômico dessa equação⁷⁰³. Advirta-se, no entanto, que solidariedade não é o mesmo que altruísmo, de forma que a escola pode vir a se negar a proceder a matrícula no ano seguinte, caso subsista o débito. De qualquer forma, há, portanto, um choque de valores que iluminam a própria função social, de modo que, nos casos dos contratos existenciais, a solidariedade tem primazia em relação à justiça contratual. Em todas as outras hipóteses de grupos contratuais, reitere-se, não se demanda uma atitude solidária de

⁷⁰¹ Onde P_2 reporta à função social, P_1 remete à autonomia privada e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

⁷⁰² Art. 6º (...)

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.

⁷⁰³ Exemplo análogo encontra-se em T. NEGREIROS, quando a autora suscita arestos em que se condenou o ato de cortar o fornecimento de água e de energia, ante a inadimplência do usuário. Cf. *Teoria do Contrato...* cit (nota 167 supra), pp. 465-466. No nosso entender, o não pagamento de tarifas de luz ou água legitima o corte desses elementos essenciais (caso contrário, o sistema entraria em colapso, pois poucos realizariam a contraprestação). Porém, a atitude deve ser adotada como *ultima ratio*, de modo que a cessação do serviço essencial seja precedida de uma maior flexibilização com avisos e prazos dilatatórios até que haja, de fato, a supressão. Diga-se, ainda, que há regra expressa com esse parecido molde, visto que o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei 8.987/95, prevê a possibilidade de interrupção, sublinhe-se, mediante aviso prévio, quando da inadimplência do usuário, considerando-se o interesse da coletividade. De qualquer forma, como assinalamos no Capítulo II, não entendemos que o fornecimento de água e energia, por serem elementos essenciais e oferecidos em caráter de monopólio, decorram propriamente de um contrato.

quem se viu aliado no tocante à realização de seu interesse face ao não cumprimento da prestação pela outra parte.

Na linha do que fora dito, observa-se interessante julgado da 16ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que um aluno impetrou mandado de segurança contra o *SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Nacional)*, pois a instituição se negou a expedir o certificado de conclusão do curso de técnico em segurança do trabalho, uma vez que dezenove parcelas estavam atrasadas. O tribunal entendeu que, no caso, inviável era a alegação da *exceptio non adimpleti contractus*, justamente por se tratar de contrato de serviços educacionais⁷⁰⁴, legitimando, portanto, a paralisação de uma posição jurídica.

Superada essa questão, adentremos no campo da alteração das circunstâncias, onde a função social agirá no intuito de reequilibrar situações⁷⁰⁵, modificando ou mesmo suprimindo as posições contratuais dispostas no plano da eficácia, na hipótese de contratos de trato sucessivo ou execução diferida, incluindo nesse rumo, como desde muito já alertava D. BESSONE, os contratos aleatórios⁷⁰⁶. Por não ser objeto deste trabalho, não discorreremos acerca da evolução histórica que permeia inúmeras teorias como a da pressuposição, da base subjetiva e objetiva do negócio, da imprevisão etc⁷⁰⁷, envidando nossos esforços apenas no sentido de apurar a disciplina exposta no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, sob o foco dos grupos contratuais angariados no Capítulo II.

O primeiro diploma será aplicado tanto ao grupo dos contratos clássicos quanto dos contratos civis por adesão, dispondo os artigos 478 e 479 que a resolução ou a

⁷⁰⁴ *TJSP*, 16ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 96303-79.2007.8.26.0000, Des. Rel. Windor Santos, j. 09-11-2010.

⁷⁰⁵ Como salienta F. NORONHA, é justamente na função social que se fundamenta a revisão judicial do contrato. É ela que subjaz à norma, devendo o juiz, ao se deparar com tal situação, guiar-se conforme seus meandros, para bem proceder com a delicada tarefa. Cf. *Princípios...* cit (nota 54 supra), p. 111.

⁷⁰⁶ O que determina a onerosidade excessiva de uma prestação é o exceder do limite da álea natural de certo contrato, existente, até mesmo, nos aleatórios. Cf. *Do Contrato*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 296. Ou como salienta E. ROPPO: “(...) o contrato só é resolúvel se a sucessiva onerosidade exceder a *álea normal do contrato* (art. 1467.º c. 2, Cód. Civ.). É preciso que o desequilíbrio determinado entre prestação e contraprestação supere a medida que corresponde às normais oscilações de mercado dos valores trocados; se permanece dentro delas, não há razão para libertar dos seus compromissos a parte que sofre um agravamento económico que podia, muito bem, ter previsto e prevenido”. Cf. *O Contrato...* cit (nota 3 supra), p. 262.

⁷⁰⁷ Para tanto, consulte-se a detalhada análise de C. GODOY. Cf. *Função Social...* cit (nota 442 supra), pp. 68-86. De se considerar apenas a interessante constatação de que a teoria medieval da cláusula *rebus sic stantibus* seria matéria do plano da existência, pois se consideraria cláusula implícita no objeto do contrato, diferentemente das sucedâneas teorias que se desenvolvem inteiramente no plano da eficácia. De qualquer forma, como pontua D. BESSONE, a defesa de uma cláusula implícita nesses termos sofre objeções por se tratar de mera suposição ou mesmo “pura e perigosa ficção”. Cf. *Do Contrato...* cit (nota 706 supra), p. 282.

modificação do contrato estará atrelada a casos extraordinários e imprevisíveis que tornem excessivamente onerosa a prestação de uma das partes, com extrema vantagem para a outra⁷⁰⁸. Note-se, em análise da *ratio legis*, que a autonomia privada – aqui no viés de força obrigatória – será preterida em nome da função social ($P_2 \text{ P } P_1$)⁷⁰⁹, quando a condicionante for preenchida pelos contratos clássicos ou por adesão, e a alteração das circunstâncias se der de forma extraordinária e imprevisível, causando um desequilíbrio que, ao mesmo tempo, agrave a situação de um contratante e privilegie a situação do outro. Percebe-se, por conseguinte, que, nos casos desses grupos contratuais, a extinção ou a modificação do contrato não será de fácil realização por ter de reunir diversos requisitos de incidência.

De forma diversa, o Código de Defesa do Consumidor, diploma regulador do grupo dos contratos de consumo, facilita a revisão do contrato face a alteração de circunstâncias, pois a lei não vincula tantas condicionantes na ponderação nomogenética dos princípios. Basta um superveniente desequilíbrio que agrave a situação do consumidor, para que possa o juiz, de acordo com o artigo 6º, inciso V, dessa Lei, “modificar as cláusulas”⁷¹⁰, restabelecendo o equilíbrio contratual⁷¹¹. A lógica é de palpável compreensão. Como nesse grupo se presume que a vontade fora afetada pelo consumismo – fato que se trabalhou no Capítulo II –, não seria razoável manter o consumidor vinculado à inicial disposição na ocorrência de uma situação agravante, motivo pelo qual o mecanismo de revisão é de simples acesso se contrastado ao dos dois grupos anteriores. Na realidade, na hipótese do grupo dos contratos civis por adesão, entendemos que andou mal o legislador, pois, seguindo uma certa coerência, a revisão contratual não deveria vir

⁷⁰⁸ Muito se critica a necessidade de agregar o requisito da “extrema vantagem para a outra parte”, pois a onerosidade excessiva de uma prestação nem sempre estará ligada a uma vantagem correlata, de tal arte que o desequilíbrio pode se caracterizar independentemente disso. Cf. C. GODOY, *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 82. Conferindo outra leitura ao fenômeno, F. RODRIGUES MARTINS defende que a regra do art. 478 do Código Civil de 2002 ultrapassa a concepção do equilíbrio, adentrando no mar da justiça contratual, ao qual o autor, como referido, confere maior elastério. Cf. *Princípio da Justiça...* cit (nota 632 supra), pp. 408-409. Não compartilhamos dessa última vertente, justamente pela abstração e dificuldade de se aferir um conceito próprio de justiça.

⁷⁰⁹ Onde P_2 reporta à função social, P_1 remete à autonomia privada e P indica a prevalência.

⁷¹⁰ Tecnicamente, o que se altera é o conteúdo das posições jurídicas já formadas no plano da eficácia. As “cláusulas” em si são instrumentos que preenchem o objeto do negócio, insertas, destarte, no plano da existência.

⁷¹¹ Alguns entendem, como v.g. C. L. MARQUES, que, com isso, a teoria adotada pelo Código Defesa do Consumidor fora o da base objetiva do negócio. Cf. *A Lei 8.078/90 e os Direitos Básicos do Consumidor*, in A. H. BENJAMIN – C. L. MARQUES – L. BESSA, *Manual de Direito...* cit (nota 255 supra), p. 61. No mesmo sentido, vide F. RODRIGUES MARTINS. Cf. *Princípio da Justiça...* cit (nota 632 supra), pp. 411.

acompanhada de tantas amarras como os requisitos supradescritos, os quais se justificam, de certo modo, somente nos contratos do grupo clássico.

Nos contratos existenciais, visto que não há regras expressas sobre o tema, a modificação das posições jurídicas, na ocorrência de circunstâncias que onerem a parte que necessite daquele bem essencial, justifica-se pela aplicação direta do princípio da função social, que poderá se espelhar no regramento do Código de Defesa do Consumidor para tanto, ou até mesmo indo além, na busca de uma melhor tutela ao indivíduo que se encontre nessa difícil situação. A grande diferença deste grupo para os outros, pensamos nós, é que o princípio será primordialmente iluminado pelo valor da dignidade. C. GODOY reconhece, nesse caminhar, que “*no mínimo em contratos de especial interesse social, como a aquisição de imóvel próprio e a locação residencial*”, ou seja, nas hipótese que aqui tratamos como “contratos existenciais”, chega-se ao ponto de o desemprego poder dar azo a uma revisão do conteúdo das posições jurídicas⁷¹², o que nos parece de todo salutar. Observe-se que o desemprego não legitimaria a revisão de um contrato de compra e venda de um aparelho televisor, mas a possibilitaria no caso de um financiamento da casa própria, donde se conclui que o quarto grupo contratual pode e deve ter maior facilitação na revisão que o próprio grupo dos contratos de consumo, justamente por trabalhar diretamente com o valor da dignidade.

Por essa razão, não se concorda com o entendimento exposto pela 2ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, que não deu provimento a recurso de apelação, por recusar a revisão de contrato de compromisso de compra e venda ante a alegação de superveniente desemprego⁷¹³. Como se trata de contrato tipicamente existencial em que o bem essencial é a moradia, amenizar a situação da parte carecedora parece ser consentâneo com os anseios constitucionais, até porque, no caso, a promitente-vendedora (*Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo*) era entidade da administração pública.

Seguindo o roteiro acima anunciado, e ressaltando, por mais um turno, que não iremos esgotar todas as hipóteses de incidência, passa-se agora à função principiológica de reforço da compreensão interpretativa, completando o quadro iniciado quando da abordagem da incidência do princípio da boa-fé também no plano da eficácia. No Capítulo IV, fora dito que, ao se proceder uma interpretação integradora, para aviventar os tons das

⁷¹² *Função Social...* cit (nota 442 supra), pp. 84-85.

⁷¹³ *TJSP*, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 0014915-21.2012.8.26.0071, Des. Rel. Alvaro Passos, j. 13-08-2013.

relações intra-jurídicas, face a deficiência encontrada na obra dos contratantes, a boa-fé (artigo 113 do Código Civil de 2002) tinha aplicação sequencial à própria tentativa de se buscar a intenção das partes (artigo 112 do Código Civil de 2002), mas isso sempre quando estivéssemos defronte aos contratos do grupo clássico. Todavia, no apreciar dos outros grupos contratuais, a tônica se alterava, surgindo, agora, com maior foco na função social, uma colisão entre princípios já solucionada, em grande parte, pelo legislador.

Nos contratos por adesão, há norma expressa no Código Civil de 2002, no sentido de que se deve interpretar de forma favorável ao aderente quando houver ambiguidade ou contradição. Observe-se que, nesse passo, desconsidera-se a etapa que investigava a presumida intenção das partes, seja com base nas próprias disposições contratuais, seja em virtude do comportamento posterior (interpretação autêntica), para que se proceda uma forma direta de interpretação integradora, qual seja: a mais favorável à parte que não participou diretamente da eleição dos efeitos. Assim, é evidente a prévia valoração engendrada pelo legislador (artigo 423 do Código Civil de 2002), em que $P_2 \mathbf{P} P_1$ ⁷¹⁴, na hipótese de contratos por adesão. Tal panorama se mantém ao analisarmos os contratos de consumo, onde a calibragem do peso da função social foi até maior, pois, conforme o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, deve-se interpretar em favor do consumidor mesmo quando não se estiver diante de obscuridades, o que, admita-se, é algo de difícil visualização, porém de sintomática mensagem. Quanto aos contratos existenciais, por todas as vicissitudes já apontadas a respeito desse grupo, é de se concluir que, mesmo sem previsão legal, a interpretação também deve ser feita em favor da parte “necessitada”.

Normalmente, essa apreciação é realizada pelo viés da boa-fé⁷¹⁵. Entretanto, parece-nos que, nesses outros grupos que não o clássico, a questão mais se encaminha em termos do que é ou não contratualmente justo: já que a liberdade contratual ou a liberdade de contratar foram afetadas, é medida de justiça que, ao menos, a interpretação seja procedida com olhos nos anseios da parte “mais fraca”⁷¹⁶. Assim, apesar de ser igualmente

⁷¹⁴ Onde P_2 reporta à função social, P_1 remete à autonomia privada e $\mathbf{P}$ indica a prevalência.

⁷¹⁵ L. BESSA, *Proteção...* cit (nota 255 supra), p. 291.

⁷¹⁶ Em comentário ao art. 423 do Código Civil de 2002, aduz N. ROSENVALD: “Em virtude desse desequilíbrio prévio, caberá ao ordenamento uma intervenção mais drástica sobre os contratos dessa natureza, a fim de que a parte mais débil possa se relacionar com total inteligência da avença”. Cf. *Arts. 421...* cit (nota 52 supra), p. 489. Também mencionando um caráter interpretativo à função social, mesmo que em termos gerais, com base na utilidade social, o magistério de C. GODOY. Cf. *Função Social...* cit (nota 442 supra), p. 169.

possível a valoração, o caráter de eticidade é menos palpável nesses grupos, sendo mais razoável enxergar, como *ratio legis*, o princípio subjacente da função social⁷¹⁷.

Despendidas as considerações em relação às posições contratuais e à interpretação, resta, por fim, adentrar no campo da expansão eficaz do contrato, matéria diante da qual mais se tem invocado o princípio da função social.

Em primeiro lugar, uma compreensão metodológica do fenômeno se esmera, de forma indissociável, pela noção de *terceiro*, pois será justamente sobre esse que a dita expansão poderá vir a recair. L. CAMARGO PENTEADO, proclamando a clássica definição de que terceiro é aquele que não é parte, formula uma organização, posicionando-o conforme a maior ou menor proximidade com o contrato⁷¹⁸.

Assim, o autor separa o terceiro estranho (*penitus extraneus*), o terceiro ingresso em relação contratual, o terceiro interessado, o terceiro com direito oponível e o terceiro vinculado à boa-fé objetiva⁷¹⁹. Vejamos, então, de forma crítica, cada uma das categorias, sendo que, nesse proceder, estender-nos-emos sobre as minudências da expansão eficaz, sobretudo à luz do princípio da função social do contrato.

O terceiro “estranho”, como o próprio nome já diz, é aquele profundamente afastado do contexto contratual, não se vislumbrando, inicialmente, a possibilidade de que os efeitos emanados daquele contexto o atinjam⁷²⁰. Diz-se “inicialmente” porque mesmo nessa hipótese é possível enxergar o “dever universal de abstenção”, que, se não observado, poderá deflagrar a responsabilidade civil, na modalidade do ilícito absoluto. Tome-se como exemplo o fato de alguém adentrar um imóvel locado e destruir o local, inviabilizando a continuidade da locação. Não só o proprietário como também o locatário poderiam pleitear as perdas e danos associados a cada um.

Já em relação à segunda categoria, a do terceiro “ingresso em relação contratual”, algumas explicações merecem ser feitas, primordialmente com base nos

⁷¹⁷ Inclusive, encontram-se julgados, como o da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que sequer mencionam o princípio da boa-fé, deixando evidente que a interpretação mais favorável ao consumidor decorre de um sentimento de justiça ou solidariedade à parte hipossuficiente. No caso referido, o tribunal, ante a renovação automática de contrato de prestação de serviços telefônicos, entendeu perfeitamente lícita a rescisão procedida pelo consumidor sem qualquer pagamento de multa, tendo em vista que o negócio jurídico não disciplinava os moldes da renovação. Assim, mais justa a interpretação que tencionasse a entender que o consumidor não ficava preso ao mesmo lapso temporal do contrato primitivo (TJSP, 16ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9208245-82.2008.8.26.0000, Des. Rel. Candido Alem, j. 24-04-2012).

⁷¹⁸ *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), pp. 23-24.

⁷¹⁹ *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 28.

⁷²⁰ L. CAMARGO PENTEADO, *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 31.

subsídios dos Capítulos I e III. Quando L. CAMARGO PENTEADO adota a expressão, ele o faz para enquadrar os casos de estipulação em favor de terceiro, promessa de fato de terceiro, contrato com pessoa a declarar e cessão de crédito, de débito ou do contrato⁷²¹. O grande ponto, nesse passo, é verificar que o “terceiro” somente pode ser considerado como tal em relação à gênese do negócio jurídico, pois não participou como agente no plano da existência, sendo apenas mencionado, nos três primeiros casos, na descrição de seu objeto. Em sequência, o “terceiro” passa a não ser mais considerado propriamente um terceiro quando, já no plano da eficácia, vir a integrar uma ou algumas das relações intra-jurídicas através de um ato jurídico auxiliar. Tal categoria é, via de regra, bem disciplinada pelo Código Civil de 2002, não havendo grande interesse em a detalhar, pelo menos na delimitação deste trabalho, porquanto não tangencia a questão da expansão eficaz através do princípio em comento, quiçá podendo ser tida como verdadeira mitigação da relatividade dos efeitos do contrato, pois demanda real anuência do terceiro⁷²².

Por sua vez, o terceiro “interessado” aproxima-se muito da categoria anterior, exatamente no ponto em que se visualiza a possibilidade de integração na relação intra-jurídica (plano da eficácia). O interesse, presume-se sempre jurídico, é formado quando o não cumprimento de uma obrigação pela parte pode acarretar alguma repercussão na esfera desse terceiro. Assim, para evitar consequências gravosas, o terceiro a adimple, sub-rogando-se nos direitos do credor, de forma que, a partir daí, passará a integrar a relação intra-jurídica, deixando, então, de ser terceiro sob esse aspecto⁷²³. Por outro lado, se o pagamento for efetuado por terceiro não interessado, apesar de ser possível o reembolso para evitar o enriquecimento sem causa, não se constatará essa mesma integração na relação intra-jurídica oriunda do contrato, mantendo o pagador a condição de terceiro. Pelas mesmas razões citadas acima, deixa-se de incursionar no tema.

A quarta categoria, a do terceiro “com direito oponível”, é a que mais se interliga com a expansão eficaz, e, por isso, receberá a nossa particular atenção. Na realidade, a expressão é infeliz, pois tende a indicar justamente o contrário. O que se anseia é afirmar a oposição de um direito provindo do contrato a um terceiro que dele não

⁷²¹ *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), pp. 32-33.

⁷²² H. THEODORO NETO excetua apenas a figura da estipulação em favor de terceiro desse contexto. Segundo o autor, a posição jurídica benéfica já adentra à esfera patrimonial do terceiro mesmo antes desse manifestar sua concordância. Cf. *Efeitos Externos...* cit (nota 401 supra), p. 167.

⁷²³ Tem-se como exemplo mais claro o pagamento efetuado pelo adquirente de imóvel hipotecado ao credor hipotecário. Hipótese essa regrada pelo art. 346, inciso II, do Código Civil de 2002, com as consequências do art. 349 do mesmo diploma.

participou, rompendo com o princípio relatividade dos efeitos, que, como vimos, trata-se de desdobramento natural da autonomia privada. O exemplo talvez mais claro, cristalizado na Súmula n.º 84⁷²⁴ do Superior Tribunal de Justiça, é o do promitente-comprador de imóvel que, malgrado não ter o direito real de aquisição, poderá, mesmo assim, opor seu direito pessoal a terceiros, desde que já tenha a posse do bem. A razão científica para tanto alicerça-se no princípio da função social, pois é com base nele, diretamente incidindo no plano da eficácia, que a citada expansão se perfará, sendo o direito oponível a terceiros, independentemente do caminho natural do registro.

A questão seria então saber quando o princípio da função social pode e deve agir para operar o mesmo efeito. Uma tentativa de resposta, a nosso ver, perpassa, novamente, pela utilidade dos grupos contratuais. Observe-se que a proteção ofertada ao promitente-comprador se justifica pelo fato de que, no Brasil, as pessoas não têm o costume de efetuar o registro, seja pelos altos custos, seja por desinformação. Diante desse quadro, afigurava-se injusto ao indivíduo perder sua moradia, contentando-se apenas com o penoso, e muitas vezes infrutífero, mecanismo da responsabilidade civil contra o promitente-vendedor. Conclui-se daí que, nesses casos de contratos existenciais, especialmente por aflorar a necessidade de preservação do valor da dignidade, é que o princípio da função social apresenta forças suficientes para expandir os efeitos originariamente *inter partes*, fazendo as vezes do registro⁷²⁵. Nos outros grupos contratuais, isso não seria possível, sob pena de se desvirtuar indevidamente o sistema registral.

Fora dos casos de oponibilidade do contrato, observam-se também outras duas hipóteses bastante claras de eficácia perante terceiros que bem poderiam justificar a criação de categorias em separado. São elas: o aproveitamento direto de posições jurídicas

⁷²⁴ Súmula 84 do STJ. *É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.* É interessante notar que a referida súmula, datada de 1993, mostra evolução no tratamento da matéria perante os tribunais, uma vez que a Súmula n.º 621 do Supremo Tribunal Federal, datada de 1984, à época em que ainda era competente para julgar a matéria, indicava caminho diametralmente oposto: “*Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis*”.

⁷²⁵ Caso análogo, porém em ramo distinto, e com efeito oposto, também evidencia esse corte. A Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça retira a eficácia *erga omnes* do direito real de garantia da hipoteca firmada entre construtora e agente financeiro, para não atingir os adquirentes, obstando uma situação de patente injustiça frente à questão existencial de moradia. Assim, é interessante notar que, se na seara contratual o princípio da função social pode vir a expandir efeitos de direito pessoal, no campo dos direitos reais, a função social pode atuar de forma contrária, isto é, restringindo efeitos. Porém, em ambas as hipóteses, a justificativa é a mesma: a proteção da dignidade operacionalizada pela função social.

contratuais pelos terceiros; e o comprometimento de terceiros em função de posições jurídicas contratuais.

A primeira decorre de uma interligação entre as partes contratuais e o terceiro, fundindo-as em um só segmento, o que, dito de outro modo, possibilita ao último o aproveitamento de posições contratuais⁷²⁶. Seria o exemplo do terceiro que aciona diretamente a seguradora, fundando-se em contrato pactuado entre esta e o segurado (causador do dano). Veja-se que o titular da posição jurídica, ou seja, o credor, é o segurado e não o terceiro, mas, através do princípio da função social, solidarizando as vicissitudes cotidianas, amolda-se um segmento que permite a vítima se valer do crédito originariamente do segurado. Nesse passo, como nem tudo são bônus, o terceiro também suportará certos ônus do contrato, sendo refém de eventuais exceções que a seguradora pudesse manejar contra o segurado⁷²⁷, justamente por ter se inserido no âmbito contratual, não se abstratizando o crédito componente de relação intra-jurídica.

Esse modelo também serviria para explicar o aproveitamento de posições por parte do terceiro apresentado por um dos contratantes. O produto viciado poderia ser enjeitado diretamente por aquele, conforme todas as nuances do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, sem que, para tanto, tenha que ser invocada virtual cessão contratual ou mesmo coligação. Além disso, ainda nessa categoria, enquadraríamos casos em que, face a violação de uma posição jurídica tipicamente contratual, perpetrada por uma das partes, ver-se-ia deflagrada a responsabilidade civil na hipótese da ocorrência de danos experimentados por terceiros. Em outras palavras, a violação de um direito (posição jurídica) proveniente de um contrato, ao qual o terceiro não faz parte, acaba legitimando os mecanismos indenizatórios. Isso porque a função social, mobilizada pela solidariedade, faz operar uma ponte entre o dano do terceiro e o direito contratual violado de outrem. O exemplo esclarecedor retira-se de aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o banco *Santander Banespa S/A* fora condenado a ressarcir danos morais ao esposo e filho de vítima que teve sua vida ceifada quando utilizava os serviços de um caixa eletrônico. Entendeu o tribunal que o estabelecimento bancário não cumpriu o seu dever anexo de segurança, infringindo, portanto, o correlato direito da correntista⁷²⁸. O que não disseram expressamente os magistrados é que, através do princípio da função

⁷²⁶ L. CAMARGO PENTEADO, *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 160.

⁷²⁷ L. CAMARGO PENTEADO, *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 161.

⁷²⁸ *TJSP*, 12ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9118254-61.2009.8.26.0000, Des. Rel. Tasso Duarte de Melo, j. 17-04-2013.

social, os danos morais dos terceiros foram conectados com esse direito aparentemente estranho a eles, permitindo, aí sim, a direta condenação do banco em razão do ilícito relativo (responsabilidade contratual).

Como não poderia deixar de ser, o citado segmento é produto do princípio da função social⁷²⁹, operando de forma a mitigar a relatividade dos efeitos do contrato. Restaria saber, então, quando essa interligação é possível. L. CAMARGO PENTEADO, tomando o exemplo do contrato de seguro de dano, explica que, pela intensidade entre o contrato e o ambiente social, evidencia-se uma “*conexão eficaz*”, resultando na “*soldagem entre pólos*” (relação securitária e dever de indenizar)⁷³⁰. Isso se daria porque “*a liberdade do segurado e mesmo do terceiro, no caso concreto, é quase nula, não apenas pela celebração massiva e adesiva dos contratos, mas também pela assimetria de poder econômico e de informação de mercado para poder atuar com liberdade responsável*”, concluindo, logo a seguir, que “*argüir a liberdade contratual e apenas ela para favorecer a seguradora parece equivocado*”⁷³¹. Diante disso, recorreremos, por mais um turno, aos grupos contratuais. É-nos sugestivo afirmar que toda causação de conflito em que subjaz um contrato por adesão, de consumo ou existencial, deverá estimular a ativação do princípio da função social, para segmentar as relações, o que, como visto, permitirá ao terceiro se aproveitar de posições jurídicas que lhe são, inicialmente, estranhas⁷³². Por outro lado, no grupo dos contratos clássicos, tal ampliação não seria justificável, visto que as partes poderiam muito bem ter negociado os riscos do contrato.

Já o comprometimento de terceiros em função de posições jurídicas contratuais, identificado na doutrina sob os nomes de “tutela externa do crédito” ou “teoria do terceiro cúmplice”, erige-se daquele entendimento de que o contrato, como fato social, não pode ser inócuo a terceiro que, de forma intencional, contribui para o inadimplemento de uma das partes, seja em conluio com essa, seja agindo isoladamente⁷³³. Há aqui, mais

⁷²⁹ L. CAMARGO PENTEADO, *Efeitos Contratuais*... cit (nota 524 supra), p. 202.

⁷³⁰ *Efeitos Contratuais*... cit (nota 524 supra), pp. 205 e 207.

⁷³¹ *Efeitos Contratuais*... cit (nota 524 supra), p. 208.

⁷³² C. L. MARQUES defende que, com o Código de Defesa do Consumidor, a própria concepção de terceiro é superada ou, ao menos, deve ser revista, pois, em inúmeros casos, mitiga-se *ex lege* a relatividade dos efeitos do contrato. Cf. *Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-moderna de Serviços: o Aparecimento de um Sujeito Novo e a Realização de seus Direitos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 90-95.

⁷³³ H. THEODORO NETO, *Efeitos Externos*... cit (nota 401 supra), p. 170.

uma vez, uma confluência de princípios⁷³⁴, razão pela qual ora se fala em violação à boa-fé⁷³⁵, ora se caminha pela afronta à função social⁷³⁶.

De fato, a conduta de obstar a realização dos interesses envolvidos ao contrato pode ser igualmente taxada de injusta, não solidária ou mesmo objetivamente antiética, justificando, através do atrativo principiológico, a inserção do terceiro no âmbito do contrato. Nesse pesar, não é despiciendo dizer que também a boa-fé subjetiva está compreendida no contexto. Com base na exegese do artigo 608⁷³⁷ do Código Civil de 2002 e nos direitos inglês, americano e francês, O. RODRIGUES JUNIOR atesta a necessidade de conhecimento do contrato pelo terceiro, para se cogitar do seu comprometimento⁷³⁸, o que nos parece bastante razoável. De toda a sorte, a união desses princípios, fazendo-se mais evidente que noutros casos de sobreposição aqui tratados, legitima a mitigação ou superação da relatividade dos efeitos do contrato em quaisquer dos grupos contratuais (clássico, por adesão, de consumo ou existencial), sendo indiferente, para a responsabilização do terceiro, o grau de participação na eleição dos efeitos e a afetação da vontade.

A partir disso, abre-se discussão no sentido de estabelecer se a deflagração da responsabilidade civil se dá na modalidade contratual ou extracontratual⁷³⁹. Já discorreremos sobre as lacunas dessa dicotomia no Capítulo I, melhor sendo aquela outra que separa o ilícito relativo do ilícito absoluto⁷⁴⁰. Entendemos que, considerada a matéria dessa forma, duas situações devem ser separadas. A primeira é a do terceiro que contribui para o inadimplemento de forma isolada (v.g., alguém que inutiliza certo bem infungível, objeto da prestação de uma compra e venda). Nesse caso, o ilícito é absoluto, pois não há relação

⁷³⁴ O. RODRIGUES JUNIOR, *A Doutrina do Terceiro Cúmplice. Autonomia da Vontade. O Princípio 'Res Inter Alios Acta'*. *Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos*, in RT 821(2004), p. 98.

⁷³⁵ L. CAMARGO PENTEADO, *Efeitos Contratuais...* cit (nota 524 supra), p. 91.

⁷³⁶ Basta notar a simples dicção do Enunciado n.º 21 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito".

⁷³⁷ Dispositivo do Código Civil de 2002 que cristaliza a teoria do terceiro cúmplice na específica hipótese do contrato de prestação de serviços.

⁷³⁸ *A Doutrina do Terceiro...* cit (nota 734 supra), p. 96.

⁷³⁹ Apenas para ilustrar, defende a extracontratualidade da responsabilização, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Pela contratualidade, vide L. HADDAD. Cf. *Os Princípios do Atual Direito Contratual e a Desregulamentação...* cit (nota 624 supra), p. 145; e *Função Social do Contrato: Um Ensaio...* cit (nota 637 supra), p. 161.

⁷⁴⁰ A discussão, diga-se, é válida sob o ponto de vista probatório e de contagem de juros, não se tratando de mera tertúlia doutrinária

que preceda a causação do dano. Já a segunda situação seria a do terceiro conluiado com uma das partes (e.g., o típico caso de aliciamento na prestação de serviço). Tendo em vista que anteriormente à ocorrência do dano é possível individualizar os personagens (infratores e vítima), pois há prévia relação segmentada entre eles, parece-nos lógico reputar o ilícito como relativo, levando, com isso, às devidas consequências.

Por fim, a quinta categoria, do terceiro “vinculado à boa-fé objetiva”, fora tratada quando abordamos o plano da existência, sendo que, nessa ocasião, focamos a questão sob os auspícios do princípio da função social em vez do da boa-fé como fizera o autor.

Ressalve-se, ainda, que deixaremos de abordar os contratos coligados, pois, apesar de claramente versarem sobre expansão eficaz⁷⁴¹, podendo até mesmo usufruírem da utilidade dos grupos contratuais⁷⁴², vão além, no nosso sentir, da mera aplicação do princípio função social, merecendo, por conseguinte, outras profundas considerações que fogem do escopo deste trabalho.

De qualquer modo, foi dada ampla visão das formas de incidência do princípio da função social, em conjugação ou ponderação com o princípio da autonomia privada, sendo que, através desse modelo analítico do negócio jurídico, entendemos que outras hipóteses podem ser apreciadas e bem alocadas, valendo-se, sempre que necessário, das utilidades dos grupos contratuais.

⁷⁴¹ F. MARINO, *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 209.

⁷⁴² Apesar de alargar o conceito de contrato existencial se comparado ao que demos neste estudo, inserindo dentro deste grupo os próprios contratos de consumo, é sintomático notar que F. MARINO defende uma polarização dos outros contratos em relação ao contrato existencial: “O escopo existencial torna-se, assim, o escopo do conjunto contratual. Isso se reflete tanto na interpretação dos contratos coligados, que passa a subordinar-se à finalidade do contrato existencial, quanto no regime jurídico da coligação, assistindo-se a uma certa mitigação da eficácia dos ‘contratos-satélites’ em prol da finalidade existencial”. Cf. *Contratos Coligados...* cit (nota 741 supra), pp. 210-211.

CONCLUSÃO

O direito contratual, quando bem associado ao estudo do negócio jurídico, aufere contornos mais científicos, podendo-se valer de ferramentas que, em última análise, possibilitam uma percepção mais completa do fenômeno na adaptação de sua estrutura à realidade contemporânea.

Em um primeiro momento, estabelecer diretrizes de diferenciação entre negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu* e ato-fato jurídico auxilia, sobremaneira, o entendimento do mecanismo de formação do contrato, especificamente na evidenciação da natureza jurídica da proposta e da aceitação, pois essas já são figuras “juridicizadas” – antecessoras necessárias do próprio acordo. O suporte fático desse apresenta, portanto, a peculiaridade de ser permeado por elementos tipicamente jurídicos.

Seguindo a linha da teoria tradicional, ao se adotar o parâmetro da vontade como substrato do suporte fático, para distinguir essas espécies de fato jurídico, tem-se que: nos negócios jurídicos, o elemento volitivo não só impulsiona como também maneja os efeitos que virão a ser produzidos; nos atos jurídicos *stricto sensu*, a vontade apenas serve de motor propulsor a efeitos predeterminados pela lei; e, por fim, nos atos-fatos jurídicos, a conduta abstraída é tida como totalmente objetiva, não havendo qualquer marca da vontade no suporte fático, de modo que se liga um movimento a um efeito fixado de antemão pela norma.

A partir disso, transpõe-se comparativamente o quadro para afirmar que a proposta sempre será negócio jurídico unilateral, ao passo que a natureza jurídica da aceitação sofrerá uma metamorfose conforme os grupos contratuais, que diferem em função do grau de hipossuficiência de uma das partes.

O primeiro grupo, dos contratos do tipo clássico ou paritário, notabiliza-se por dispor de um período preliminar em que as duas partes podem se ajustar acerca dos efeitos queridos, visto que há igualdade de meios. Nesse caso, tanto proposta como aceitação são típicos negócios jurídicos unilaterais que, soldados, formam o contrato.

Já o segundo, dos contratos civis por adesão, possui a característica de privar o oblato na incursão da configuração dos efeitos, uma vez que há imposição de cláusulas pelo proponente, que não permite transigências substanciais. Remanesce intacto apenas a vontade de querer ou não contratar naquelas condições. A aceitação, destarte, tem natureza jurídica assemelhada aos atos jurídicos *stricto sensu*.

Por sua vez, o terceiro, dos contratos de consumo, pode apresentar as mesmas facetas dos dois grupos anteriores, com a peculiaridade de que o “querer contratar” é afetado pela influência dos mecanismos publicitários, recaindo sobre o consumidor uma presunção de vulnerabilidade. A aceitação pode ser tanto negócio jurídico quanto algo assemelhado a ato jurídico em sentido estrito, porém sempre com essa marca distintiva na liberdade de contratar.

O quarto e último, dos contratos existenciais, segue a linha do terceiro grupo, pois também tem como consequência o “querer contratar” afetado, mas por razão diametralmente oposta: a essencialidade do bem objeto mediato da prestação. Isso faz com que uma das partes seja naturalmente hipossuficiente em relação a outra, pois seu estado de espírito no momento da contratação estará pautado na necessidade.

Conforme o grupo contratual em análise, o regramento a ser adotado se altera. Nos contratos clássicos, o Código Civil é o regente; nos contratos civis por adesão, o mesmo diploma é aplicado, com a setorização dos artigos 423 e 424; nos contratos de consumo, aplica-se o Código Defesa do Consumidor, que também veicula setorização no universo da adesão (artigo 54); e nos contratos existenciais, não há plexo de normas destacável.

O estudo contratual evidentemente não se encerra nessas considerações. A etapa seguinte é entender como essas regras se relacionam com certos princípios, e, ainda de modo mais incisivo, como os princípios incidem quando sequer há regras.

Para tanto, retorna-se ao estudo do negócio jurídico, especificamente sobre os seus planos (existência, validade e eficácia), intentando-se um contraste para evidenciar a conformação que os princípios da boa-fé e da função social proporcionam na *fattispecie*, que historicamente se alicerça em outro princípio: o da autonomia privada. Assim, a leitura contratual atualmente é pródiga em confrontar os dois primeiros com o último, o que nem sempre se verifica, pois, em alguns casos, também o reforça. Nesse trilhar, os grupos contratuais (contratos clássicos, civis por adesão, de consumo e existenciais) servem de constante apoio na sintonização dos princípios, geralmente como atributos condicionantes de ponderações.

No plano da existência, os princípios têm o condão de preencher o objeto (“a obra dos contratantes”) e de suprir a falta de vontade negocial mínima. Já no plano da validade, os princípios possuem a característica de sanar os vícios e operar uma contenção de alcance da declaração de vontade. Por fim, no plano da eficácia, os princípios podem vir

a criar, suprimir, paralisar e modificar posições jurídicas, bem como reforçar a compreensão interpretativa e, ainda, expandir os efeitos a terceiros.

A partir desse modelo, amoldam-se as conhecidas repercussões operadas pela boa-fé e pela função social, sem a ambição de esgotar todas as possíveis hipóteses de incidência, mas sistematizando a um ponto em que eventuais outras propostas possam se alocar, face a nossa pretensa mobilidade científica. Nesse diapasão, é oportuno fixar que a opção de tratar um evento sob os auspícios da boa-fé ou da função social reflete uma consideração puramente valorativa que, em certas vezes, demonstra ser de impossível divisão por se sobreporem.

O princípio da boa-fé, seja na vertente subjetiva como na objetiva, define-se pelo seu conteúdo ético-social. A diferença é que naquela o desconhecimento de uma mácula leva o indivíduo a agir de certo modo, baseado na crença de que atuou corretamente; enquanto nesta erige-se um modelo ou arquétipo abstrato de homem reto, honesto, leal ou probo, que serve de espelho às condutas dos agentes. Decerto que, no campo contratual, o princípio atua indistintamente em ambas vertentes, repercutindo nos três planos.

No plano da existência, o princípio da boa-fé preenche o objeto do negócio jurídico com deveres anexos insertos de forma genérica, e supre a falta de um mínimo de vontade negocial, seja na reserva mental, seja através da criação de um postigo consentimento, advindo da simbiose do dever de dar conhecimento e do dever saber formal, o que vem a explicar a formação do contrato.

Já no plano da validade, o princípio, como informador da *ratio legis*, atua para sanar vícios, como os que perpassam os institutos do erro, dolo e coação, também contornando a hipótese do negócio empreendido por menor entre dezesseis e dezoito anos maliciosamente; e aviventando a possibilidade de aplicação da teoria da aparência. De forma inversa, a boa-fé subjaz à função de contenção do alcance da declaração de vontade, no regramento da fraude contra credores (negócios onerosos) e na sistemática das cláusulas abusivas, que, por mera opção discricionária, fora tratada no quadrante do princípio da função social.

Encerrando, no plano da eficácia, o princípio da boa-fé reverbera nas posições jurídicas, para paralisá-las (v.g., no adimplemento substancial), criá-las, suprimi-las ou modificá-las (e.g., na *surrectio/supressio* e no *venire contra factum proprium*). A par disso, também se vislumbra a função de reforço de compreensão interpretativa, mormente nos contratos do grupo clássico.

Por sua vez, o princípio da função social revela tons menos precisos. A doutrina ainda não é uníssona em detalhar as fronteiras, apesar de ser cada vez mais sintomático o seu desenvolvimento. Diante desse traço, opta-se por irradiá-lo por meio dos valores da dignidade e solidariedade, de modo que um contrato somente só pode ser considerado socialmente funcionalizado caso os atenda. Ademais, dentro do estudo do princípio, também se englobam as vicissitudes do desequilíbrio contratual, face a uma pragmática aproximação entre solidariedade e justiça contratual.

No plano da existência, tal qual se opera com a boa-fé, vislumbram-se deveres de cooperação, mas agora envoltos em uma tonalidade eminentemente de cunho solidário, vindo a preencher o objeto do negócio jurídico. São deveres que axiologicamente derivam de um desnível social/cognitivo entre as partes ou se desdobram da natural especificidade do bem que envolve o trato negocial, sendo que, nesse último caso, têm o condão de mitigar o secular princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Em sequência, a função social, no plano da validade, tem o papel de sanar vícios e conter o alcance da declaração de vontade. Na primeira hipótese, almeja-se responder, pretensiosamente, a questão dos negócios realizados por incapazes. Toda vez que for do interesse social permitir a concretização dessas operações, por expandir dignamente as virtualidade do incapaz, o princípio atua como sanador da falta de higidez volitiva. De modo diverso, na segunda hipótese, integrando aquela simbiose com a boa-fé, o princípio invalida cláusulas leoninas, obstando que as partes manejem os efeitos do negócio contrariamente aos valores do ordenamento.

Semelhantemente à boa-fé, no plano da eficácia, o princípio da função social também cria, paralisa e modifica posições jurídicas, ao justificar, v.g., os mecanismos que envolvem a resolução contratual, a *exceptio non adimpleti contractus*, a *exceptio non rite adimpleti contractus* e a revisão contratual; como também reforça a compreensão interpretativa, nas lindes dos grupos dos contratos civis por adesão, de consumo e existenciais. O acréscimo diferencial é no tocante à expansão de efeitos, quando posições jurídicas podem ser opostas ou aproveitadas por terceiros. A par disso, dentro do mesmo contexto, ainda se verifica a hipótese em que posições devem ser respeitadas por terceiros.

Por fim, com os pensamentos impressos neste trabalho, acredita-se que, nessa busca por uma ampla sistematização, seja possível estimular e provocar novas e velhas discussões, sempre com o intuito de melhor apreender as variações e significações que o instituto do contrato nos apresenta. Se a palavra “contrato” fosse adjetivação de uma

norma, certamente cláusula geral seria, ante o esplêndido horizonte que desafia o jurista de hoje, de ontem e o de amanhã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (JURÍDICAS)

- ABREU, José, *O Negócio Jurídico e a sua Teoria Geral*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- _____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio, *O Proporcional e o Razoável*, in RT 798 (2002).
- AGUILA-REAL, Jesús Alfaro, *Las Condiciones Generales de la Contratación – Estudio de las Disposiciones Generales*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2006, trad. port. de V. Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- ALVINO LIMA, *A Fraude no Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1965.
- AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- _____, *Direito Civil – Introdução*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- AMORIM FILHO, Agnelo, *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis* in *Revista dos Tribunais*, v. 300, 1960.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, v. II, Coimbra, Almedina, 2003.
- ARRUDA ALVIM, Agostinho Neves de, *Da doação*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1963.
- _____, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, São Paulo, Saraiva, 1949.
- ASSIS, Araken de, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, 2ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1994.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- BARROS MONTEIRO, Washington de, e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, *Curso de Direito Civil - Parte Geral*, v. I, 42ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

- BERLIOZ, Georges, *Le Contrat d'Adhésion*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1973.
- BESSA, Leonardo Roscoe, *Proteção Contratual*, in A. H. BENJAMIN – C. L. MARQUES – L. BESSA, *Manual de Direito do Consumidor*, 2º ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- BESSONE, Darcy, *Do Contrato*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- BETTI, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1953, trad. port. de F. Galvão Bruno, *Teoria Geral das Obrigações*, Campinas, Bookseller, 2006.
- _____*Teoria generale del negozio giuridico*, 1943, trad. port. de F. Miranda, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1969.
- BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1940.
- _____*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. III, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975.
- _____*Direito das Obrigações*, ed. histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977.
- BITTAR, Carlos Alberto, *Conclusões Gerais*, in C. BITTAR (coord.), *Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas*, São Paulo, Saraiva, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, 1984, trad. port. de M. Nogueira, *O Futuro da Democracia*, 10ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
- BORGHI, Hélio, *Teoria da Aparência no Direito Brasileiro, - Aparência de Direito e Aparência no Direito, no Direito Privado e no Direito Processual Civil – Confrontações e Aplicações, inclusive na Jurisprudência*, São Paulo, Lejus, 1999.
- BUNAZAR, Maurício Baptistella, *Da Obrigação “propter rem”*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, 2012.
- BUSSATA, Eduardo Luiz, *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- CAMARGO PENTEADO, Luciano de, *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Civil, 2006.

- CANARIS, Wilhelm Franz, *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen*, 1983, trad. port. de A. Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 4ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 2008.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, Morano Editor, 1960.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, de Castro Portugal, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoria generale del diritto*, 1940, trad. port. de A. Queiró – A. Castro, *Teoria Geral do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1942.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio, *Doutrina e Pratica das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Credito*, t. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.
- CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- CARVALHO SANTOS, João Manoel de, *Código Civil Brasileiro Interpretado – Introdução e Parte Geral (arts. 1-42)*, v. I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- CENEVIVA, Walter, *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- CHAVES, Antônio, *Tratado de Direito Civil – Direto das Obrigações – Modalidades. Efeitos. Contratos*, v. II, t. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, *Arts. 1º a 21*, in S. CHINELLATO (org) – C. MACHADO (coord.), *Código Civil Interpretado – Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*, Barueri, Manole, 2008.
- COGLIOLO, Pietro, *Scritti Varii di Diritto Privato*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 1940.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2007.
- COVIELLO, Nicola, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 4ª ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1920.
- CRUET, Jean, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, Salvador, Progresso Editora, 1956.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1973.

- DANZ, Erich, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte / Zugleich ein Beitrag zur Rechts und Tatfrage* (1911), trad. esp. de F. Bonet Ramon, *La interpretación de los negocios jurídicos (contrato, testamentos, etc.)*, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
- DE MATTIA, Fábio Maria, *Aparência de Representação*, São Paulo, Gaetano Dibenedetto, 1999.
- DEL NERO, João Alberto Schützer, *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Sui principi generali del diritto*, 1921, trad. esp. de J. Morales, *Los principios generales del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1978.
- DELGADO, Mário Luiz, *Codificação, Descodificação e Recodificação do Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- DESCARTES, René, *Discours de la méthode*, trad. port. de A. Ditchfield, *Discurso sobre o Método*, Rio de Janeiro, Vozes, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Prólogo*, in F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, trad. esp. de J. Carro, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977.
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratual e Extracontratuais*, v. 3, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- DORAL José Antonio, e ARCO, Miguel Angel del, *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium, 1982.
- DUGUIT, Léon, *Las Transformaciones del Derecho – Público y Privado*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975.
- DUARTE, Nestor, *Art. 1º ao Art. 232*, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo, Manole, 2011.
- DWORKIN, Ronald Myles, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken* (1956), trad. port de J. Baptista Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1972.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, e NIPPERDEY, Han Carl, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, tomo I-II, 39ª ed., Barcelona, Bosch, 1935.
- ESPÍNOLA, Eduardo, e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Arts. 10 – 18*, v. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944.
- FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, 2ª, Milano, Giuffrè Editore, 1978.

- FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *Direitos Reais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, v. I, Coimbra, Almedina, 1992.
- FERRI, Luigi, *L'Autonomia Privata*, Milano, Giuffrè, 1959.
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, das Rechtsgeschäft*, 1992, trad. esp. de J. González e E. Calle, *El Negocio Jurídico – Parte General del Derecho Civil*, t. II, 4ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha, *Os Deveres Contratuais nas Relações Cíveis e de Consumo*, Curitiba, Juruá, 2011.
- GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa, *Contrato: uma Nova Concepção*, in C. BITTAR (coord.), *Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas*, São Paulo, Saraiva, 1991.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil – Les Obligations – Le Contrat*, v. 2, Paris, L.G.D.J., 1980.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem se deve pagar. Daquele a quem se deve pagar*, in R. Lotufo – G. Ettore Nanni (coords.), *Obrigações*, São Paulo, Atlas, 2011.
-
- Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico*, in R. LOTUFO – G. ETTORRE NANNI (coords.), *Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2008.
-
- Função Social do Contrato – os Novos Princípios Contratuais*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
-
- Responsabilidade pelo Risco da Atividade*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*, v. I, 5ª ed., 2007.
- GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, Paris, Arthur Rousseau, 1912.
- GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v. I, 14ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2012.
- GUIMARÃES, Otávio Moreira, *A Boa-fé no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1938.

- HADDAD, Luís Gustavo, *Função Social do Contrato: Um Ensaio Sobre Seus Usos e Costumes*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, 2009.
- HESPANHA, António Manuel, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, 2ª ed., Portugal, Europa-América, 1998.
- HIRATA, Alessandro, *Relações Contratuais Fáticas (faktische Vertragsverhältnisse)*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o concurso de Professor Titular de Direito Civil, 2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *A Função Social do Contrato*, in *Estudos Jurídicos*, v. 19, n.º 47, setembro/dezembro, 1986.
- IHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, trad. port. de J. Correa, *A Finalidade do Direito*, v. I, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979.
- _____, *Der Zweck im Recht*, trad. port. de J. Correa, *A Finalidade do Direito*, v. II, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Civil Positif Français – Théorie Générale des Obligations – Les Principaux Contrats du Droit Civil – Les Suretés*, v. II, 2ª ed., Paris, Recueil Sirey, 1933.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *A Boa-fé na Formação dos Contratos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 87 (1992).
- _____, *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004.
- _____, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o concurso de Professor Titular de Direito Civil, 1986.
- _____, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- _____, *Os Princípios do Atual Direito Contratual e a Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004.
- KANT, Immanuel, *Métaphysique des Moeurs - Première partie - Doctrine du Droit*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1971.

- KELSEN, Hans, *What Is Justice?*, 1957, trad. port. de L. Borges, *O Que É Justiça?*, São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- _____*Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1975, trad. esp. de M. Izquierdo – M. Picavea, *Derecho Civil – Parte General*, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- _____*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares, *Anotações sobre o Abuso de Direito*, in RT 667, 1991.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Abuso de Direito*, in R. LIMONGI FRANÇA (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1977.
- _____*Princípios Gerais do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – No Direito das Obrigações e dos Contratos*, v. IV, São Paulo, Método, 2005.
- _____*Direito Civil – Contratos*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- _____*Direito Civil – Obrigações*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, trad. port. de V. Fradera, *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- LOTUFO, Renan, *Código Civil Comentando – Parte Geral (arts. 1º a 232)*, v. I, São Paulo, Saraiva, 2003.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo, *Arts. 1.196 a 1.510*, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo, Manole, 2011.
- MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo, *Cláusulas Abusivas, Leoninas e Potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Rumo a uma Teoria Geral de Controle de Abusividade?*, in R. LOTUFO – F. RODRIGUES MARTINS (coords.), *20 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Conquista, Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- MACEDO, Sílvio de, *Causa (Direito Civil) – I*, in R. LIMONGI FRANÇA (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. XIV, São Paulo, Saraiva, 1977.
- MARINO, Francisco Crescenzo, *Interpretação do Negócio Jurídico*, São Paulo, 2011.
- _____*Contratos Coligados no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Artigo por Artigo – Doutrina – Jurisprudência – Conexões Rápidas para Citação ou Reflexão – Diálogos entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-moderna de Serviços: o Aparecimento de um Sujeito Novo e a Realização de seus Direitos, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos, in *Revista Direito GV*, v. I, n.º 1, maio/2005.

MAXIMILIANO, Carlos, *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, São Paulo, Freitas Bastos, 1946.

Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª parte*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2011.

Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral – Pessoas, v. I t. III, Coimbra, Almedina, 2004.

MIRAGEM, Bruno, *Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor; Direito Material e Processual do Consumidor; Proteção Administrativa do Consumidor; Direito Penal do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Contrato de Adesão*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil, 2000.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. I, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1971.
- MORIN, Gaston, *La Loi et le Contrat – la décadence de leur souveraineté*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, PINTO MONTEIRO, António, e MOTA PINTO, Paulo, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985.
- MOTA PINTO, Paulo, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995.
- NALIN, Paulo, *A Boa-fé como Elemento de Existência do Negócio Jurídico*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil*, v. VI, São Paulo, Método, 2007.
- _____, *Do Contrato: Conceito Pós-moderno em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-constitucional*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2006.
- NAZO, Nicolau, *A Decadência no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1959.
- NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- NERY JR., Nelson, *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.
- NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- _____, *Princípios dos Contratos – Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual e Cláusulas Abusivas*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Civil, 1990.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de Direito Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *As Pautas de Valoração do Conteúdo dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*, in R. LOTUFO – F. MARTINS (coords.), *20 Anos do Código de Defesa do Consumidor – Conquistas, Desafios e Perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- _____, *Direito Civil – Relações e Situações Jurídicas*, v. III, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

-
- _____*Prefácio*, in F. RODRIGUES MARTINS, *Princípio da Justiça Contratual*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
-
- _____*Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos – Direito Civil*, v. II, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- OROSIMBO NONATO, *Fraude Contra Credores – Da Ação Pauliana*, Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1969.
- ORLANDO GOMES, *A Função Social da Propriedade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia II*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1989
-
- _____*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.
-
- _____*Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.
- PARGENDLER, Mariana Souza, e MARTINS-COSTA, Judith, *A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: o Abandono do Voluntarismo e a Ascensão do Valor de Autodeterminação da Pessoa*, Porto Alegre, disponível in http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm. [20.06.2011].
- PASQUALOTTO, Adalberto, *A Boa-fé nas Obrigações Cíveis*, in A. CACHAPUZ DE MEDEIROS (org.), *O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1997.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael, *Negócios Jurídicos com Eficácia Limitada e o Novo Código Civil*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil*, v. VI, São Paulo, Método, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 796-889*, t. XII, Rio de Janeiro, Forense, 1976.
-
- _____*Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*, t. I, Rio de Janeiro, Borsoi. 1954.
-
- _____*Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Bens. Fatos Jurídicos*, t. II, Rio de Janeiro, Borsoi. 1954
-
- _____*Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi. 1954.
-
- _____*Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição.*

Espécie de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais, tomo XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editio Borsoi, 1962.

Tratado de Direito Privado – Parte Especial

– *Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécie de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais*, tomo XXXVIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

PORTO MACEDO JR., Ronaldo, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

PRATA, Ana, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952.

RÁO, Vicente, *Ato Jurídico – Noção. Pressupostos. Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração*, São Paulo, Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel, *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997.

História do Novo Código Civil, v. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

RIPERT, Georges, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, *A Doutrina do Terceiro Cúmplice. Autonomia da Vontade. O Princípio ‘Res Inter Alios Acta’. Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos*, in RT 821(2004).

RODRIGUES MARTINS, Fernando, *Princípio da Justiça Contratual*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

ROPPO, Enzo, *Il Contratto*, 1947, trad. port. de A. Coimbra – M Gomes, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson, *Arts. 421 a 480*, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 5ª ed., São Paulo, Manole, 2011.

ROUBIER, Paul, *Le Droit Transitoire – Conflits de Lois dans le Temps*, 2ª ed., Paris, Éditions Dalloz et Sirey, 1960.

RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di Diritto Privato*, trad. port. de A. Santos, *Instituições de Direito Civil – Introdução e Parte Geral – Direito das Pessoas*, v. I, São Paulo, Saraiva, 1957.

- SALOMÃO FILHO, Calixto, *Função Social do Contrato – Primeiras Anotações*, in *RT* 823(2004).
- SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Dominação, Decisão*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil – Parte Geral*, v. I, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979.
- _____, *Programa de Direito Civil – Os Contratos*, v. II, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1983.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *XV. – Atto Giuridico* in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, 1959.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen rechts*, trad. fr. de M. Guenoux, *Traité de Droit Romain*, t. III, Paris, Firmin Didot Frères, 1845.
- SCAFF, Fernando Campos, *As Novas Figuras Contratuais e a Autonomia da Vontade*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 91 (1996).
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *El Negocio Jurídico: Aspectos Generales*, in E. BETTI – F. GALGANO – R. SCOGNAMIGLIO – G. FERRI, *Teoría General del Negocio Jurídico – 4 Estudios Fundamentales*, Lima, Ara Editores, 2001.
- SCHREIBER, Anderson, *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, Renovar, 2005.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, *O Silencio como Manifestação da Vontade – Obrigações em Geral*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho, 1935.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil*, v. 3, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- _____, *Instituições de Direito Civil – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil*, v. III, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- SILVEIRA, Alípio, *A Boa-fé no Código Civil – Doutrina e Jurisprudência*, v. I, São Paulo, s/e, 1972.
- SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil – Parte Geral*, v. 1, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- SIMÃO, José Fernando, *Direito Civil – Contratos*, 5ª ed., São Paulo Atlas, 2011.

-
- Requisitos do Erro como Vício de Consentimento no Código Civil*, in M. DELGADO – J. FIGUEIRÊDO ALVES, *Novo Código Civil - Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil*, v. VI, São Paulo, Método, 2007.
-
- Responsabilidade Civil do Incapaz*, São Paulo, Atlas, 2008.
-
- Tempo e Direito Civil – Prescrição e Decadência*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil, 2011.
-
- Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2003.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo, *Função Social da Propriedade Privada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, s/d.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim de, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2003.
- STARCK, Boris, ROLAND, Henri, e BOYER, Laurent, *Droit Civil – Obligations – 2. Contrat*, 3ª ed., Paris, Librairie de la Court de Cassation, 1988.
- STOLZE GAGLIANO, Pablo, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*, v. IV, t. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.
-
- Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, v. I, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.
- TARTUCE, Flávio, *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, v. 3, 5ª ed., São Paulo, Método, 2010.
-
- Função Social dos Contratos – do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Método, 2002.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Código Civil – Esboço*, v. I, Brasília, Ministério da Justiça, 1983.
- TEPEDINO, Gustavo, *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, Rio de Janeiro, 2001, disponível in <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>[16-07-2013].
-
- Temas de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- THEODORO NETO, Humberto, *Efeitos Externos do Contrato – Direitos e Obrigações na Relação entre Contratantes e Terceiros*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- TOMASETTI JR., Alcides, *O Objetivo de Transparência e o Regime Jurídico dos Deveres e Riscos de Informação nas Declarações Negociais para Consumo*, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

- TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B., e PIMENTEL, Ayrton, *O Contrato de Seguro – De Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- ULHOA COELHO, Fábio, *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, v. II, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, v. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Parte Geral*, v. I, 9ª ed., São Paulo Atlas, 2009.
-
- Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.
- VILLAÇA AZEVEDO, Alvaro, *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.
- VON THUR, Andreas, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1951, trad. esp. de T. Ravà, *Derecho Civil – Teoría General del Derecho Civil Alemán*, v. III, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1947.
- WIEACKER, Franz, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, trad. esp. de J. Carro, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977.
- WINDSCHEID, Bernardo, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it. de C. Fadda – P. Bensa, *Diritto delle Pandette* v. I, Torino, Editrice Torinese, 1902.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil, 2010.
-
- Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação*, São Paulo, Método, 2008.
- ZENO VELOSO, *Invalidez do Negócio Jurídico – Nulidade e Anulabilidade*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (NÃO-JURÍDICAS)

BUCKINGHAM *et al.*, Will, *The philosophy book*, trad. port. de R. Ziegelmaier *O Livro da Filosofia – As Grandes Ideias de Todos os Tempos*, São Paulo, Editora Globo, 2011.

CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, v. I, Rio de Janeiro, Editôra Delta, 1958.

_____, v. III, Rio de Janeiro, Editôra Delta, 1958.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor, *Crime e Castigo*, v. I, São Paulo, Editora Abril, 2010.