

A Intervenção Judicial no Contrato em face do Princípio da Integridade da Prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé

Uma nova visão do adimplemento contratual



Escola Paulista da Magistratura

São Paulo, 2014



ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Biênio 2012/2014

Diretor

DESEMBARGADOR ARMANDO SÉRGIO PRADO DE TOLEDO

Vice-Diretor

DESEMBARGADOR JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA

Conselho Consultivo e de Programas

DESEMBARGADOR ANTONIO LUIZ PIRES NETO
DESEMBARGADOR GERALDO LUÍS WOHLERS SILVEIRA
DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
DESEMBARGADOR LUIS CARLOS DE BARROS
DESEMBARGADOR PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI
DESEMBARGADOR RICARDO HENRY MARQUES DIP
JUIZ REGIS DE CASTILHO BARBOSA FILHO

Carlos Alberto Garbi

DESEMBARGADOR, MESTRE E DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA PUC/SP
CHEFE DO DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL DAS FACULDADES
METROPOLITANAS UNIDAS (FMU). PROFESSOR DA ESCOLA PAULISTA DA
MAGISTRATURA (EPM). PROFESSOR CONVIDADO
EM CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO E AUTOR DO LIVRO
RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO REAL E USUFRUTO,
ENTRE OUTROS TRABALHOS JURÍDICOS.

A Intervenção Judicial no Contrato em face do Princípio da Integridade da Prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé

Uma nova visão do adimplemento contratual

Escola Paulista da Magistratura

São Paulo, 2014

APRESENTAÇÃO

O Direito das Obrigações, ramo do Direito Civil, e, assim, do Direito Privado, pauta-se historicamente pelos princípios regentes das relações privadas, mormente a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos contratos, sob a égide do milenar *pacta sunt servanda*.

No entanto, o liberalismo que durante muito tempo governou as relações privadas – um liberalismo de diferentes tonalidades em cada época, mas ainda assim liberalismo – viu-se, a partir do século XX, limitado por novos princípios que passaram a, juntamente ao *pacta sunt servanda*, reger as relações privadas, mormente no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, de um século para cá, os Tribunais passaram a analisar os pactos de vontade particulares, verificando, casuisticamente, a necessidade de adequá-los a uma vontade superior, a vontade do Estado, que, embora não possa dirigir a autonomia particular da vontade, pode – e deve – adotar critérios e parâmetros para impedir abusos, usualmente verificados em tempos pretéritos.

Uma das formas da efetivação dessa adequação pode ser verificada no objeto do presente estudo, realizado pelo eminente Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Carlos Alberto Garbi, que compõe uma pesquisa profunda e precisa acerca de um tema que, hoje, não possui previsão legal específica: o parcelamento da dívida como forma de adimplemento da obrigação, ainda que contrariamente à vontade do credor.

O autor possui extensa vivência jurídica e judicante, uma vez que foi Delegado de Polícia, Promotor de Justiça e, então, Juiz de Direito por quase vinte e seis anos, passando então a atuar como Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo. Além disso, exerce o magistério há vinte e cinco anos, podendo verificar, no dia-a-dia, a necessidade de se encontrar soluções aos conflitos ainda que exclusivamente derivados de questões patrimoniais e, portanto, relacionados à autonomia da vontade das partes.

Dessa forma, no presente estudo, o autor traça um panorama da influência do liberalismo no vigente Código Civil, visitando os fundamentos e os princípios de ordem pública que passaram a integrar o Direito Privado, como a Função Social do Contrato, a fim de defender a extensão de tais elementos ao princípio da integridade da obrigação, relativizando-a para admitir, ainda que contrariamente ao livremente pactuado, bem como

à vontade do credor, a intervenção judicial no contrato como forma de humanização das relações patrimoniais.

Uma das possibilidades dessa intervenção encontra abrigo justamente na possibilidade da determinação judicial de parcelamento da dívida, estabelecendo, assim, uma relativização da rigidez das regras de adimplemento das obrigações, em contraste ao dogma, por muito tempo vigente, da força absoluta da autonomia da vontade privada.

De relevo, dessa forma, os elucidativos apontamentos acerca do papel da jurisprudência na viabilização do escopo do Estado Social, submetendo – embora com limites – a autonomia privada aos preceitos, hoje inafastáveis, que irradiam seus efeitos, partindo do núcleo da ordem pública à esfera da vontade particular.

A presente obra, dessa maneira, vem lançar luz acerca de um tema de inegável importância, dada a sua verificação diária nos Tribunais brasileiros, e que, à falta de disposição legal expressa, exige do Judiciário que se debruce sobre a questão com a atenção e a prudência merecidas.

Rendemos, assim, as mais elevadas homenagens ao autor, Dr. Carlos Alberto Garbi, pela imprescindível contribuição ao pensamento jurídico nacional, a qual certamente servirá de referência às discussões atinentes ao presente tema.

São Paulo, Novembro de 2013.

Artur Marques da Silva Filho
PROFESSOR TITULAR NA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE CAMPINAS (PUCAMP)
DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

PREFÁCIO

Uma tese de doutoramento deve ser marcada pelo ineditismo e pela originalidade, expondo uma pesquisa teórica acerca de determinado tema. Imbuído desse norte, Carlos Alberto Garbi concedeu-me o privilégio de orientá-lo no seu curso de doutorado.

Certo de seu projeto de pesquisa, ao longo da orientação, sustentou com convicção suas ideias, as quais surgiram e foram desenvolvidas no exercício diário de sua atividade de magistrado, sendo hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Durante as nossas conversas, percebi nitidamente o nascimento de uma tese, mediante a estruturação de um raciocínio inovador, direcionado a propiciar um ponto de vista original e coerente. Garbi expôs que, a partir de uma situação específica ocorrida em uma audiência que ele presidia, quando ainda julgava em primeira instância, passou a refletir acerca da pertinência de se flexibilizar o princípio da integralidade da prestação (art. 314 CC).

Tendo em mente essa vigia mestra, inicia o trabalho em um contexto histórico sobre a influência do liberalismo, com ênfase na vontade das partes, passando pelo avanço decorrente da noção de relação obrigacional como um processo e a conexão com o princípio da boa-fé objetiva, o que permitiu a intervenção judicial, à luz de novos paradigmas.

Destaca a importância dos deveres acessórios decorrentes do princípio da boa-fé, notadamente o dever de cooperação, assim como do princípio da função social do contrato, na relação obrigacional e no contrato.

Como efeito desse marco teórico, pavimentou o caminho para sustentar um novo conceito de adimplemento, que não mais se encontra jungido apenas aos interesses do credor, o que gera modificações nas regras de cumprimento.

A partir daí, defende a relativização do princípio da integralidade da prestação, o qual dita que ela deve ser solvida inteiramente, mesmo que a natureza da dívida permita o cumprimento fracionado, como é típico, por exemplo, nas obrigações pecuniárias.

Por conseguinte, também amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, realça a flexibilidade das regras do adimplemento e a intervenção judicial no contrato, em casos excepcionais, para justificar o parcelamento da dívida ou a dilação da execução, como um imperativo de justiça, dentro do importante papel hoje reservado à jurisprudência.

É sabido que o orientador de um trabalho de pós-graduação *stricto sensu* não precisa concordar integralmente com as proposições de seus orientandos, pelo contrário, eis que a ciência jurídica só tem a ganhar com o rico debate gerado nessas situações, justamente o que aconteceu em nossos diálogos, pois muito refleti a respeito do tema.

Como produto final, o texto agora publicado pela Escola Paulista da Magistratura, que tenho a honra de prefaciar, é o resultado da tese de doutorado de Carlos Alberto Garbi, cursado perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A tese foi defendida perante banca examinadora de escol, composta por Artur Marques da Silva Filho, Roberto Senise Lisboa, Sérgio Seiji Shimura e Silvio Luís Ferreira da Rocha, todos professores livre-docentes, que presidi com muita satisfação na qualidade de orientador, na qual o candidato foi aprovado com extremo êxito, obtendo a nota máxima.

O bem fundamentado trabalho revela o vasto conhecimento jurídico de seu autor, o que, na realidade, não é novidade. Ele também publicou o livro *Relação jurídica de direito real e usufruto*. São Paulo: Método, 2008, que, conforme ressaltado no prefácio elaborado pelo Professor Arruda Alvim, consubstancia algo bem próximo a uma verdadeira “teoria geral do direito das coisas”, na medida em que as regras e os princípios norteadores da relação jurídica de direito real foram tratados.

A publicação de mais esse estudo confirma a vocação do autor para a pesquisa acadêmica e enriquece o Direito Civil, merecendo, por isso, aplausos e forte recomendação de leitura.

Espero que Carlos Alberto Garbi continue a defender com entusiasmo os seus pontos de vista, brindando o público leitor com suas reflexões.

Giovanni Ettore Nanni

MESTRE E DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA PUC/SP
PROFESSOR DE DIREITO CIVIL NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO
E DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* NA PUC/SP
PRESIDENTE DO IDP – INSTITUTO DE DIREITO PRIVADO
ADVOGADO EM SÃO PAULO

RESUMO

A influência do Liberalismo na formação do direito privado ocidental tornou rígidas as regras de adimplemento da obrigação em razão do valor que era conferido à autonomia da vontade. O credor, confortável na sua posição, tinha a faculdade de aceitar ou não qualquer modificação do contrato e exigir do devedor, a qualquer custo, o cumprimento da obrigação contraída, porque o que era contratado era justo. Com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, os valores do Liberalismo foram abalados e a autonomia da vontade cedeu lugar à autonomia privada. Entendida a relação obrigacional como processo, no qual estão integrados outros deveres acessórios, secundários e laterais, e incidentes os princípios e valores constitucionais, a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, que promoveu a abertura do sistema, revelou deveres de solidariedade e cooperação a impor ao credor a aceitação de modificações na relação obrigacional. As regras de adimplemento ganharam flexibilidade, permitindo impor ao credor o parcelamento ou a dilação de prazo para a execução da obrigação. Este estudo objetiva defender novos paradigmas para o direito obrigacional à luz de valores existenciais definidos na Constituição, com o propósito de encontrar solução para os conflitos das partes em atenção à função social do contrato, ao princípio da conservação do contrato, ao princípio da boa-fé objetiva, ao princípio da solidariedade e ao dever de cooperação, superando a rigidez do modelo liberal.

Palavras-chave: Adimplemento. Cláusula geral da boa-fé. Dever de cooperação e solidariedade. Parcelamento da dívida. Intervenção no contrato.

ABSTRACT

The influence of Liberalism in the formation of western private law has strict rules to accomplish the obligation due to the value that was given to the freedom of choice. The creditor, comfortable in his position, was entitled to accept or reject any amendment to the contract and require to the debtor at any cost, the performance of the obligation incurred, because what was contracted was fair. With the passage of the Social State to the Liberal State values of Liberalism were shaken and autonomy of the will gave way to private autonomy. Understood the relationship of obligation as a process, which incorporates other accessories duties, secondary and sideways, and incident the principles and constitutional values, the application of the general clause of objective good faith, which promoted the opening of the system, revealed the duties of solidarity and cooperation that impose the creditor to accept changes on the contractual relationship. The rules of accomplishment of the obligation gained flexibility, allowing the creditor to enforce the subdivision or extension of the deadline for the implementation of the obligation. This study aims to advocate new paradigms for the right of obligation in the light of existential values defined in the Constitution in order to find solution to the conflicts of the parties in attention to the social function of the contract, the principle of conservation of the contract, the principle of objective good faith, the principle of solidarity and duty of cooperation, overcoming the rigidity of the liberal model.

Key words: General clause of good faith. Duty of cooperation and solidarity. Installment debt. Intervention in the contract.

SUMÁRIO

Introdução	15
1 A influência do Liberalismo sobre o Código Civil brasileiro	18
1.1 O pensamento liberal	18
1.2 O Liberalismo, a autonomia da vontade e o <i>laissez-faire</i>	21
1.3 O Liberalismo e a Revolução Francesa	31
1.4 O fim do <i>laissez-faire</i>	33
1.5 A passagem do Estado Liberal ao Estado Social e o contrato	38
1.6 A influência do Liberalismo no Código Civil brasileiro.....	45
2 A relação obrigacional e o contrato	53
2.1 A obrigação e sua natureza patrimonial	53
2.2 A relação jurídica obrigacional, o contrato e a vontade	58
2.3 O direito das obrigações e o Código Civil de 2002	66
3 O princípio da boa-fé objetiva e as cláusulas gerais	71
3.1 A boa-fé e o Código Civil de 2002	71
3.2 O sistema aberto, as cláusulas gerais e a boa-fé objetiva	75
3.3 O princípio da boa-fé objetiva	84
3.4 A operabilidade do princípio da boa-fé objetiva	91
3.4.1 A boa-fé e o abuso de direito	100
3.4.2 A boa-fé e a segurança jurídica	102
4 Fundamentos constitucionais do princípio da boa-fé	106
4.1 Os princípios de direito no sistema jurídico aberto	106
4.2 Os princípios constitucionais incidentes na relação obrigacional	112
5 Deveres acessórios e de cooperação presentes na relação obrigacional	118
5.1 Deveres acessórios, laterais e secundários	118
5.2 Deveres de cooperação e auxílio	122
5.3 O dever de cooperação e as relações obrigacionais duradouras	133
5.4 O dever de cooperação e a utilidade da prestação	134
6 A função social e o novo contrato	136
6.1 Princípio da conservação dos contratos	143
6.2 Relação das obrigações e do contrato com a economia	145
6.3 O novo contrato	149
6.4 A intervenção judicial nos domínios do contrato	155
7 O adimplemento da obrigação	157
7.1 O adimplemento como fase autônoma do processo obrigacional.....	157
7.2 A rigidez das regras do adimplemento	159
7.3 A indivisibilidade do objeto e a indivisibilidade da prestação	164
7.3.1 A indivisibilidade material (objetiva) e a indivisibilidade jurídica (subjéitiva)	165
7.3.2 A indivisibilidade da obrigação e a pluralidade de credores ou devedores	167
7.3.3 A indivisibilidade da obrigação e o adimplemento	168
7.4 O interesse social no adimplemento da obrigação	170
7.5 A obrigação vista a partir da sua estrutura interna e a flexibilidade das regras de adimplemento	172
7.6 Um novo conceito de adimplemento	174

8	A relatividade do princípio da integridade da obrigação e as regras do adimplemento	177
8.1	A autonomia da vontade como pressuposto de justiça contratual e cumprimento exato da obrigação	177
8.2	A relatividade do princípio da integridade da obrigação e a flexibilidade das regras do adimplemento	180
8.2.1	Adimplemento substancial	183
8.2.2	Revisão por onerosidade excessiva e obrigação de indenizar por ato ilícito	185
8.2.3	O superendividamento	186
8.2.4	A flexibilidade do contrato e os modernos princípios contratuais europeus	188
8.2.5	A relatividade das regras de adimplemento da obrigação	191
9	A intervenção judicial no contrato e o adimplemento da obrigação ...	195
9.1	A posição do credor na relação obrigacional e a tendência de humanização das relações patrimoniais	195
9.2	A posição do devedor na relação obrigacional e o <i>favor debitoris</i> ...	198
9.3	A intervenção na relação obrigacional à luz dos estatutos estrangeiros e da moderna tendência europeia de flexibilização das regras de adimplemento..	203
9.4	A intervenção na relação obrigacional no Direito brasileiro	209
9.5	Os limites da intervenção judicial e o inadimplemento relativo da obrigação	213
9.6	Efeitos da modificação da obrigação quanto ao parcelamento da dívida ou dilação da execução	218
	Conclusão	220
	Bibliografia	230

INTRODUÇÃO

Sempre nos preocupou a situação vivenciada nas salas de audiências dos juízes brasileiros, que, ao tentarem a conciliação das partes a respeito do cumprimento das obrigações contratuais em litígio, se deparam com a resistência inabalável e injustificada do credor às propostas de boa-fé do devedor.

Essa intransigência do credor resulta, muitas vezes, no uso de recursos e expedientes processuais dos quais o devedor se aproveita para ganhar o tempo que o credor não lhe concedeu. A subversão dos instrumentos processuais de defesa acaba trazendo alguma vantagem ao devedor à custa do congestionamento da máquina judiciária, criando o que se pode chamar de “litigiosidade artificial”. Outras vezes, o processo é utilizado como ferramenta de extorsão em favor dos interesses dos credores, que conseguem acordos iníquos e impõem aos devedores obrigações que não podem cumprir.

O parcelamento da dívida ou a concessão de prazo para o cumprimento da obrigação não altera a posição do credor, que pode emprestar a sua cooperação à execução do contrato, superando as dificuldades que o devedor não tinha quando contraiu a obrigação.

No entanto, a resistência do credor encontra aparentemente apoio em dispositivos da lei, criados sob os ideais do Liberalismo, que lhe asseguram o direito de não receber em partes o que se obrigou a entregar por inteiro, ou de não receber outra coisa no lugar do que se convencionou no contrato, ou ainda de não receber fora do tempo estabelecido.

Essa rigidez das regras de adimplemento do contrato não encontra lugar nos dias de hoje em face das profundas transformações observadas, principalmente a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que resgatou valores da pessoa humana, como a dignidade e a solidariedade. Não tem lugar diante do reconhecimento do dever de boa-fé objetiva dos contraentes antes, durante e depois da execução da obrigação, dever que impõe a cooperação do credor no cumprimento do contrato. Não tem lugar em face da função social do contrato, reconhecida expressamente no texto do Código Civil, que revela a existência de interesses de ordem pública nos pactos privados, conhecida que é a repercussão social dos contratos e dos efeitos do seu inadimplemento. Não tem lugar quando se reconhece a existência de um princípio de conservação dos contratos, que impõe às partes esforços para levar a efeito o programa contratual, sabido que ele desempenha papel relevante na sociedade.

A mudança de paradigmas do contrato e das obrigações impõe ao jurista um repensar, um reexame ou revisitação às antigas bases do direito contratual.

Partindo-se do reconhecimento da influência do Liberalismo na formação dos operadores do Direito e das leis em vigor no Brasil e passando-se pelas transformações trazidas com o Estado Social, que procura resgatar e elevar os valores da pessoa ao vértice do ordenamento jurídico, assim como defende a intervenção do Estado nos domínios privados, antes intocáveis, apura-se uma nova visão para a relação jurídica obrigacional e o papel dos seus protagonistas.

Nesse novo cenário não há, como afirmou Keynes, direito algum estabelecido no contrato que se possa dizer absoluto. As regras contratuais devem ser relativizadas, especialmente aquelas relacionadas ao adimplemento da obrigação, tudo com o propósito de realizar os valores maiores do ser humano, agora expressamente definidos nas letras da Constituição.

Os princípios da intangibilidade e da integridade da obrigação, verdadeiros dogma nos Códigos Liberais, não podem ser vistos hoje como regra absoluta. As vicissitudes da vida, com reflexos no cumprimento das obrigações, devem ser consideradas, sob a luz da boa-fé, no exame e aplicação das regras de adimplemento, num movimento de humanização do Direito.

Os novos valores da ordem jurídica legitimam a intervenção na relação jurídica obrigacional para salvar o contrato do egoísmo, do abuso e da indiferença, porque ele não pertence mais a uma esfera privada impenetrável do passado. As partes não cuidam no contrato de interesses exclusivamente particulares, porque ele se insere no mundo de hoje como peça de uma gigantesca e social engrenagem, afetando outros contratos, relações e pessoas.

Não se afasta deste exame o limite do sacrifício exigido do devedor no cumprimento da obrigação, limite demarcado pela defesa da dignidade da pessoa humana. Há muito tempo amadureceu o pensamento que afastou a vingança e a barbárie dos meios de cumprimento da obrigação, vistos modernamente com razoabilidade e humanidade e orientados pela ideia de limites da privação, porque não há mais lugar no mundo para os sacrifícios do passado liberal.

A análise dessas questões é o que pretendemos realizar neste estudo com o objetivo de trazer uma nova interpretação para a relação obrigacional, especialmente em face das regras de adimplemento da obrigação.

Tencionamos desenvolver novas bases de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que nos parece pouco conhecido e explorado diante do pesado

legado deixado pelo Liberalismo, e demonstrar que já não estamos diante de direitos absolutos em matéria contratual.

Novas possibilidades se abrem com a incidência na vida dos contratos desse princípio fundamental da boa-fé objetiva, diante de um Código Civil que a reconheceu expressamente, conferindo maior importância às cláusulas gerais e, conseqüentemente, à interpretação do juiz, que instrumentaliza a renovação e a vitalidade da lei.

Não há preocupação de se criar um formulário ou regras absolutas para a intervenção no contrato e a relativização das regras de adimplemento, cuja possibilidade defendemos, porque essas regras não existem e não devem existir num sistema aberto. O interesse é trazer uma contribuição ao debate do tema e estabelecer algumas proposições mínimas à aplicação do princípio da boa-fé objetiva no parcelamento e apazamento das dívidas, confiante no poder revitalizador do sistema através da jurisprudência.

Nosso propósito também é dirigido a encontrar solução alternativa para os conflitos decorrentes da impossibilidade de execução da obrigação, porque estamos convencidos de que, como afirma Ricardo Luis Lorenzetti, “o direito é uma ferramenta para resolver problemas”¹.

¹ O jurista argentino anota que conceber o Direito como “instrumento para resolver problemas” não é habitual em nossa cultura jurídica, “já que se estudam a lei e a jurisprudência de maneira estática, é dizer, como uma descrição do sistema de direito. Esta atitude é diferente daquela de quem compreende que o direito é uma ferramenta para resolver problemas, e, portanto, descreve os conflitos e os modos de resolvê-los. Implica conceber o direito como um discurso jurídico que é parte da razão prática”. E acrescenta que nos últimos anos teve origem um forte questionamento acerca do discurso jurídico, grande parte do qual se refere a uma crítica severa das obras de direito e do ensino jurídico. *Law in the books vs law in action* significa que as teses que se apresentam do modo indicado não servem para resolver problemas, ignorando que o direito se orienta para este propósito. A ideia, então, é “discutir como se raciocina juridicamente, em vez de se dar uma definição para cada problema” (*Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27-9).

1 A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1.1 O PENSAMENTO LIBERAL

O Liberalismo “é um fenômeno histórico que se manifesta na Idade Moderna e que tem seu baricentro na Europa (ou na área atlântica), embora tenha exercido notável influência nos países que sentiram mais fortemente esta hegemonia cultural (Austrália, América Latina e, em parte, a Índia e o Japão)”².

A despeito do seu lugar na história, adverte Nicola Matteucci, “não podemos olhar para o Liberalismo como uma simples ideologia política de um partido, mas como uma ideia encarnada em instituições políticas e em estruturas sociais”³.

O Liberalismo⁴ nasceu de uma nova concepção do homem, “que foi se afirmando na Europa em ruptura com a Idade Média, e que teve, como suas etapas essenciais, a Renascença, a Reforma e o racionalismo (de Descartes ao Iluminismo). A Renascença, pela sua posição antropocêntrica em contraste com o dualismo medieval, pela sua percepção orgulhosa e otimista de um mundo a ser inteiramente conquistado, representa a primeira ruptura radical com a Idade Média, onde não havia espaço cultural para a consciência do valor universal e criador da liberdade, oferecida unicamente sob a forma de privilégios. Mais tarde, a Reforma protestante – principalmente o calvinismo – traz a doutrina do livre exame, derruba o princípio de uma hierarquia eclesiástica como órgão de mediação entre o homem e Deus, emancipando assim a consciência do indivíduo, ministro do Deus verdadeiro, que pela ascese no mundo (e não fora dele) pode disciplinar racionalmente toda a própria vida. Por analogia, com Descartes, há uma rejeição da tradição; a razão encontra em si mesma o seu ponto de partida, eliminando pela dúvida metódica e pelo espírito crítico todo dogma e toda crença, confiante apenas nos novos métodos empírico-analíticos da ciência. Esta revolução cultural encontrará sua plenitude política no Iluminismo, quando, em nome da razão, será declarada guerra à tirania exercida sobre as consciências pelo

Estado, pela Igreja, pela escola, pelos mitos e pelas tradições; quando, enfim, será dado o ponto de partida para a aplicação do espírito científico ao domínio da natureza e à reestruturação da sociedade. Tem sido este o longo processo histórico que levou o indivíduo a se sentir livre, a ter plena consciência de si e de seu valor e querer instaurar plenamente o *regnum hominis* sobre a terra. As origens do Liberalismo coincidem, assim, com a própria formação da ‘civilização moderna’ (europeia), que se constitui na vitória do imanentismo, a liberdade sobre a revelação, da razão sobre a autoridade, da ciência sobre o mito”⁵.

O pai da teoria liberal dos séculos XVII e XVIII foi John Locke. Ele sustentava que “originalmente todos os homens tinham vivido num estado natural em que prevaleciam a liberdade e a igualdade absolutas e não existia governo de espécie alguma. A única lei era a da natureza, que cada indivíduo punha em execução por sua própria conta a fim de proteger seus direitos à vida, à liberdade e à prosperidade. Contudo, os homens não tardaram a perceber que os inconvenientes do estado natural superavam em muito as suas vantagens. Como cada um tentasse impor seus próprios direitos, os resultados inevitáveis eram a confusão e a insegurança. Consequentemente, os indivíduos convieram em estabelecer uma sociedade civil, instituir um governo e ceder-lhe certos poderes. No entanto, esse governo não era absoluto. O único poder a ele conferido era o de executar a lei natural. Uma vez que o estado nada mais é do que o poder conjunto de todos os membros da sociedade, sua autoridade ‘não pode ser maior do que aquela que essas pessoas possuíam no estado natural antes de formarem um grupo social e cederem-na à comunidade’. Todos os poderes que não estejam expressamente cedidos ficam reservados às próprias pessoas. Se o governo se exceder ou abusar da autoridade explicitamente outorgada pelo contrato político, torna-se tirânico e o povo tem então o direito de dissolvê-lo ou de se rebelar contra ele e derrubá-lo”⁶.

Esse “estado de liberdade”, de acordo com Locke, não se confunde com um “estado de permissividade”, pois “o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse

² MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: _____.; BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 7. ed. Brasília: UnB, 1995. v. 2. p. 687.

³ Ibidem, p. 691.

⁴ Antônio Paim esclarece que “o termo *liberalismo* começou a ser empregado no século XIX. Os conservadores ingleses eram chamados de *tories* e os liberais de *whigs* até a época das reformas de 1832. Em seguida a estas, os primeiros adotaram o nome de Conservative Party e, logo a seguir, os segundos a denominação de Liberal Party” (A formulação inicial do Liberalismo na obra de Locke. *Evolução histórica do Liberalismo*. In: _____. (Coord.). Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p. 13).

⁵ MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: _____.; BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 7. ed. Brasília: UnB, 1995. v. 2. p. 695.

⁶ BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert R.; MEACHEM, Standish. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às navees espaciais*. 43. ed. Tradução de Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005. v. 2. p. 489-90. E sobre a influência de Locke no ideário da revolução francesa acrescentam os autores: “É fácil entender o atrativo das ideias de Locke para a classe média francesa. Suas doutrinas de direitos naturais, governo limitado e direito de resistência à tirania, bem como sua ardorosa defesa da propriedade, refletiam os valores daquele elemento da sociedade francesa. Tal como os burgueses americanos, que uma década antes haviam incorporado as teorias de Locke à Declaração de Independência, esses franceses da classe média deixaram-se impregnar pelas premissas e explicações de Locke.” (Ibidem, p. 490)

um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O ‘estado de Natureza’ é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens⁷⁷.

A lei da natureza confere ao homem o poder de preservar aquilo que lhe pertence, sua vida, sua liberdade e seus bens, de modo que, segundo Locke, “nenhuma sociedade política pode existir ou subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade, e, para isso, punir as ofensas de todos os membros daquela sociedade, só existe uma sociedade política onde cada um dos membros renunciou ao seu poder natural e o depositou nas mãos da comunidade em todos os casos que os excluem de apelar por proteção à lei por ela estabelecida; e assim, excluído todo julgamento particular de cada membro particular, a comunidade se torna um árbitro; e, compreendendo regras imparciais e homens autorizados pela comunidade para fazê-las cumprir, ela decide todas as diferenças que podem ocorrer entre quaisquer membros daquela sociedade com respeito a qualquer questão de direito e pune aquelas ofensas que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade com aquelas penalidades estabelecidas pela lei⁷⁸”.

A liberdade do homem é proclamada no Liberalismo contra o Estado. Não se esconde no discurso dos defensores do Liberalismo a aversão pela intervenção do Estado nas relações privadas do homem, o que levou a liberdade, ideal maior desse pensamento, a tantas injustiças. O que mais caracterizou o Liberalismo e deixou suas marcas na organização jurídica do Ocidente foi, sem dúvida, esse excessivo valor da liberdade que cegou o homem para as desigualdades que em nome dela se praticou.

⁷⁷ *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 84. Locke afirmava que “a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecido. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem: como a liberdade natural consiste na não submissão a qualquer obrigação exceto a da lei da natureza” (Ibidem, p. 95).

⁷⁸ LOCKE, John. Op. cit., p. 132-3. Locke se pergunta por que o homem renunciaria à sua liberdade natural. E responde: “[...] ainda que no estado da natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita, estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar essa condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens.” (Ibidem, p. 156) Cada um age dessa forma (se refere à renúncia à liberdade e à igualdade) “apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se deve supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir a cada um sua propriedade.” (Ibidem, p. 159)

1.2 O LIBERALISMO, A AUTONOMIA DA VONTADE E O LAISSEZ-FAIRE

Nos ideais do liberalismo encontra-se a base da autonomia da vontade, ligada diretamente à liberdade da pessoa, especialmente em relação ao seu patrimônio. Assim é que no fim do século XVII, de acordo com Keynes, “o direito divino dos reis foi substituído pela liberdade natural e pelo contrato social; e o direito divino da Igreja, pelo princípio da tolerância e pelo ponto de vista de que uma igreja é ‘uma sociedade voluntária de homens’ que se reúnem de maneira ‘absolutamente livre e espontânea’”. Cinquenta anos mais tarde, a origem divina e a voz absoluta da moral deram lugar aos cálculos da utilidade. Com Locke e Hume estas doutrinas deram origem ao individualismo. Os direitos individuais presumidos pelo contrato social, a nova ética, que não passava de um estudo científico das consequências do amor-próprio racional, colocavam o indivíduo no centro do mundo. Essas ideias convergiam para as noções práticas dos conservadores e dos advogados. Elas forneceram um fundamento intelectual satisfatório para os direitos de propriedade e para a liberdade do seu titular fazer o que desejasse consigo e com o que era seu. Essa foi uma das contribuições do século XVIII ao clima que ainda respiramos. O objetivo de promover o indivíduo era a deposição do monarca e da Igreja; o resultado – foi o reforço da propriedade e da posse legal⁷⁹.

É à Escola Jusnaturalista, de acordo com John Gilissen, “que a autonomia da vontade deve a sua autoridade, o seu primado. Esta Escola, no séc. XVII, constitui um fator importante de laicização do direito, da sua concepção racional e, ao mesmo tempo, universal. Para os jusnaturalistas, o direito rege a sociedade civil; já não é, portanto, forçosamente cristão, como criam os canonistas dos sécs. XIII e XIV. Já no início do séc. XVII, o teólogo espanhol

⁷⁹ O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. São Paulo: Ática, 1978. p. 106-7. Um estudo primoroso apresentado na conferência que fez em Oxford (novembro de 1924) e numa palestra na Universidade de Berlim em junho de 1926, publicado em *Essays in persuasion* – CWJMK. Londres: Macmillan, 1972. v. IX, cap. IV-2. p. 272-94. Keynes escreveu em 1936, aos cinquenta e dois anos, durante a grande depressão americana, a sua obra mais famosa – *The General Theory of Employment, Interest and Money* (A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda) – considerada, na opinião de Dudley Dillard, professor de economia da Universidade de Maryland (EUA) e conhecedor das teorias de Keynes, “um repúdio dos fundamentos do *laissez-faire*” (*A teoria econômica de John Maynard Keynes*. 6. ed. Tradução de Albertino Pinheiro Júnior. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 3).

Suarez (1548-1617) insistia sobre o livre-arbítrio e considerava que a regra *pacta sunt servanda* era o princípio de base de todo o direito natural. Mas foi sobretudo o jurista holandês Grócio que desenvolveu a nova teoria: a vontade é soberana; o respeito da palavra dada é uma regra de direito natural; *pacta sunt servanda* é um princípio que deve ser aplicado não apenas entre os indivíduos, mas mesmo entre as nações¹⁰.

A autonomia da vontade¹¹, o consensualismo e o individualismo, nesse movimento histórico, foram consagrados no Código Civil francês de 1804¹², cujo art. 1.134 estabeleceu: “As convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram. Só podem elas ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite.”¹³

A autonomia da vontade, escreveu Teresa Negreiros, “expressa na liberdade de contratar, apresentava-se, então, como a feição jurídica do liberalismo econômico e político, sendo concebida como o poder do indivíduo de produzir efeitos jurídicos sem intervenção de agentes externos,

¹⁰ Acrescenta John Gilissen: “O jurista alemão Pufendorf, no seu livro *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, publicado em 1673, defenderá a ideia de que o homem é a origem da autoridade e do direito. Indivíduo autônomo, o homem é o senhor supremo das suas opiniões e dos seus atos, não podendo ser comandado por nenhuma autoridade superior. A influência de Descartes é grande; ao ‘penso, logo existo’, os juristas substituíram ‘quero, logo tenho direitos’; ‘quero, logo obrigo-me’. É desse modo que Pufendorf insistirá: ‘Cada um deve respeitar inviolavelmente a sua palavra, ou seja, aquilo a que se comprometeu por qualquer promessa ou convenção’” (*Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 737-8).

¹¹ Na ciência jurídica do século XIX, afirma Claudia Lima Marques: “a autonomia da vontade era a pedra angular do direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual. Como afirma Gounot, da vontade livre tudo procede e a ela tudo se destina. É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito. A função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes. A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias, assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes. Na concepção clássica, portanto, as regras referentes aos contratos deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual. Esta concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do direito e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil Brasileiro de 1916.” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51-2)

¹² A respeito do Código Napoleônico, Leo Huberman faz a seguinte observação: “Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesa. O código tem cerca de 2000 artigos, dos quais apenas sete tratam do trabalho e cerca de 800 da propriedade privada. Os sindicatos e as greves são proibidos, mas as associações de empregadores permitidas. Numa disputa judicial sobre salários, o código determina que o depoimento do patrão, e não do empregado, é que deve ser levado em conta. O código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade para a proteção da propriedade.” (*História da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 151)

¹³ Tradução livre de “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise”.

notadamente o Estado. Pressupunha-se, com efeito, uma separação hoje não tão nítida entre Estado e sociedade, remetendo-se a fundamentação dos atos jurídicos à vontade do indivíduo. A conceituação do contrato como acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos é representativa desta configuração da autonomia privada como uma peça essencial na engrenagem social que impõe como contrapartida aos direitos do homem a abstenção do Estado. Garante-se ao indivíduo, desta forma, uma esfera particular e reservada de livre atuação, indispensável à prossecução do bem comum, resultante, nesta ordem de ideias, da soma aritmética do bem individual¹⁴.

Mas a teoria da autonomia da vontade será plenamente desenvolvida, afirma Gilissen, pelos grandes juristas da Escola exegética do século XIX com base nas concepções políticas e econômicas do individualismo e do liberalismo. “As fórmulas ‘laissez faire, laissez passer’ e a lei da oferta e da procura repousam essencialmente sobre a liberdade contratual. É idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos, etc., com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas. Pois, então, estava-se convencido de que todo o compromisso livremente querido era justo”¹⁵.

¹⁴ *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 193-6. A autonomia privada, explica Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, “não se confunde com o direito subjectivo. Efectivamente, na autonomia privada existe uma permissão genérica de conduta, porque a todos os sujeitos da ordem jurídica é reconhecida esta possibilidade de produção de efeitos jurídicos, não havendo nenhum que dela seja excluído. Por isso, se pode dizer, seguindo Menezes Cordeiro, que a autonomia privada é uma ‘permissão genérica de actuação jurígena’. A autonomia privada consiste num espaço de liberdade, já que, desde que sejam respeitados certos limites, as partes podem livremente desencadear os efeitos jurídicos que pretendem. [...] A autonomia privada é assim a liberdade de produção reflexiva de efeitos jurídicos, na medida em que os efeitos jurídicos produzidos irão repercutir-se na esfera dos sujeitos que os produzem. No entanto, essa produção reflexiva de efeitos jurídicos depende da utilização de um instrumento jurídico específico, ao qual convém fazer referência: o negócio jurídico” (*Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I. p. 21-2). Mais adiante veremos que a autonomia da vontade não tem o mesmo significado da autonomia privada.

¹⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 738-9. Explica Judith Martins-Costa: “Considerava-se que a justiça da relação contratual era automaticamente assegurada pelo fato de corresponder à liberdade individual, à ‘vontade livre’ dos contratantes, o que, de forma explícita, desvendava o mito da igualdade formal gerado pelo princípio da unitariedade dos sujeitos, assegurado pela Codificação. A autonomia da vontade e a igualdade de todos frente à lei eram os pilares, ou irmãos siameses, que enfeixavam a teoria geral dos contratos: um não se pode entender desvinculadamente do outro. Daí o brocardo que fará fortuna – *qui dit contractuel, dit juste*. Ora, essas ‘vontade livre’ e igualdade eram a tradução jurídica da concepção econômica do liberalismo.” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 203)

Contribuíram para o *laissez-faire*¹⁶, segundo Keynes, outros ingredientes: “A corrupção e a incompetência dos governos do século XVIII, dos quais muitos legados sobreviveram no século XIX. O individualismo dos filósofos políticos tendia para o *laissez-faire*. A harmonia divina ou científica (conforme o caso) entre o interesse particular e a vantagem política também tendia para o *laissez-faire*. Mas, acima de tudo, a inépcia dos administradores públicos contribuiu muito para levar o homem prático ao *laissez-faire* – um sentimento que, de maneira alguma, desapareceu. Quase tudo o que o Estado fizesse além de suas funções mínimas, no século XVIII, era, ou parecia, injurioso ou sem êxito. Por outro lado, o progresso material entre 1750 e 1850 veio da iniciativa individual, e quase nada ficou a dever à influência intervencionista da sociedade organizada como um todo”¹⁷.

Conclui Keynes que “o terreno estava preparado para a doutrina que, em bases divinas, naturais ou científicas, estabelecia que a ação do Estado deveria ser rigorosamente limitada, e que, na medida do possível, a vida econômica deveria ser deixada, sem regulamentos, à aptidão e ao bom-senso de cidadãos individualistas, impelidos pela admirável motivação de subir na vida”¹⁸.

¹⁶ Esta expressão francesa, anota David L. Prychitko (In: OUTHWAITE, William; BUTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 412), “significa deixem fazer. A maioria das explicações atribui o *slogan*, carregado de conotações políticas, *laissez-faire*, *laissez-passer*, que significa ‘deixem as pessoas fazerem tal como escolherem, deixem passar as mercadorias’, a Vincent de Gornay. Esse *slogan* tornou-se a palavra de ordem entre os defensores do livre-comércio, como Jacques Turgot e outros fisiocratas, e foi rapidamente sistematizado em *Na Inquiry into the Nature and Causes of Ealth of Nations*, de Adam Smith, como parte do ‘sistema óbvio e simples da liberdade natural’ (Smith, 1776, livro 4, cap. 9). Smith e outros economistas clássicos ampliaram a noção de *laissez-faire*, de um programa de livre comércio internacional para uma ampla filosofia social”. Explica Keynes que: “Tradicionalmente, a máxima *laissez-nous faire* é atribuída à frase que o comerciante Legendre dirigiu a Colbert, por volta do fim do século XVII (‘O que posso fazer para ajudá-los?’), perguntou Colbert. ‘Nous laiser faire’, respondeu Legendre). Mas não há dúvida de que o primeiro autor a empregar a frase, e usá-la numa clara associação com a doutrina, foi o Marquês d’Argenson, aproximadamente em 1751. O Marquês foi o primeiro homem a se entusiasmar pelas vantagens econômicas de os governos deixarem o comércio livre. Dizia ele que, para governar melhor, é preciso governar menos. A verdadeira causa do declínio de nossas manufaturas, declarava, está no protecionismo que lhes temos concedido.” (O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. São Paulo: Ática, 1978. p. 111-112) Leo Huberman, em seu famoso livro *História da riqueza do homem* (21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986), refere-se a Gornay como um comerciante pioneiro na luta contra os controles demasiados da indústria. Ele queria que a França se livrasse desses controles e, segundo Huberman, “imaginou a frase que se tornaria o grito de batalha de todos os que se opunham às restrições de toda sorte: ‘laissez-faire!’ Uma tradução livre dessa frase famosa seria: ‘Deixem-nos em paz!’ *Laissez-faire* tornou-se o lema dos fisiocratas franceses que viveram na época de Gornay. Eles são importantes porque constituem a primeira ‘escola’ de economistas. Formavam um grupo que, a partir de 1757, se reunia regularmente sob a presidência de François Quesnay para examinar problemas econômicos. Os membros da escola escreveram livros e artigos pedindo a eliminação das restrições, defendendo o comércio livre, o *laissez-faire*” (Ibidem, p. 138).

¹⁷ O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. São Paulo: Ática, 1978. p. 109.

¹⁸ Ibidem, p. 109.

O pensamento de Adam Smith, economista nascido na Escócia (1723-1790) e que escreveu *A riqueza das Nações*, também influenciou a Revolução Francesa e as ideias que se seguiram no século XIX. “Embora aceitasse de modo geral o princípio do *laissez faire*, admitindo que a prosperidade de todos é mais bem promovida permitindo-se a todos buscar seus próprios interesses, reconhecia, não obstante, a necessidade de certas formas de interferência governamental. O estado deveria intervir a fim de prevenir a injustiça e a opressão, para promover a educação e proteger a saúde pública e para manter aquelas atividades necessárias que jamais seriam empreendidas pelo capital privado”¹⁹.

Historicamente, afirma Matteucci, “os pensadores liberais defenderam, contra o Estado, duas liberdades naturais. Na época do capitalismo nascente, lutaram a favor da liberdade econômica: o Estado não deveria se intrometer no livre jogo do mercado que, sob determinados aspectos, era visto como um Estado natural, ou melhor, como uma sociedade civil, fundamentada em contratos entre particulares. Aceitava-se o Estado somente na figura de guardião, deixando total liberdade (*laissez faire*, *laissez passer*) na composição dos conflitos entre empregados e empregadores, ao poder contratual das partes; nos conflitos entre as diferentes empresas (no âmbito nacional assim como no supranacional), ao poder de superação da concorrência que sempre recompensa o melhor”²⁰.

Vale lembrar que a teoria dos economistas clássicos ou liberais, como Thomas Malthus (1766-1834) e David Ricardo (1772-1823), estava fundada nos seguintes elementos: **1) Individualismo econômico**. Cada indivíduo

¹⁹ BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert R.; MEACHEM, Standish. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às nave espaciais*. 43. ed. Tradução de Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005. v. 2. p. 492. Leo Huberman, em *História da riqueza do homem* (21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986), destaca da grande obra de Adam Smith excerto que revela bem o seu pensamento: “Todos os sistemas, portanto, sejam de preferência ou contenção, devem ser afastados, estabelecendo-se o simples e óbvio sistema de liberdade natural. Todo homem, desde que não viole as leis da justiça, fica perfeitamente livre de procurar atender aos seus interesses da forma que desejar, e colocar tanto sua indústria como o capital em concorrência com os de outros homens, ou ordem de homens.” (Ibidem, p. 143)

²⁰ *Dicionário de política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 7. ed. Brasília: UNB, 1995. v. 2. p. 693. Explica o autor que “nenhum pensador liberal se opõe a que o Estado limite a liberdade natural ou o espaço de arbítrio de cada indivíduo. Isto, porém, com duas condições bem definidas: a primeira consiste na preocupação de conciliar o máximo espaço de arbítrio individual (o homem contra o Estado repressivo) com a coexistência dos arbítrios alheios, com base num princípio de igualdade jurídica; a segunda impõe que, para limitar a liberdade natural, deve ser utilizado, como instrumento, o direito – a norma jurídica geral válida para todos –, um direito que seja expressão de um querer comum (Kant). Em suma, a decisão acerca da nocividade, ou não, desta ou daquela liberdade natural, bem como o conseqüente controle social levado a efeito pelo direito, deve ser uma resposta à opinião pública e às formas institucionais, mediante as quais a mesma se organiza” (Idem).

tem o direito de usar para seu melhor proveito a propriedade que herdou ou adquiriu por qualquer meio lícito. Deve ser permitido a cada pessoa fazer o que quiser com o que é seu, enquanto não transgredir o idêntico direito dos demais. **2) *Laissez-faire*.** As funções do Estado deveriam ser reduzidas ao mínimo compatível com a segurança pública. Compete ao governo limitar-se ao papel de modesto policial, mantendo a ordem e protegendo a propriedade, mas jamais intervindo por qualquer forma no desenrolar dos processos econômicos. **3) Obediência à lei natural.** Existem no setor econômico leis imutáveis, que operam como em qualquer esfera do universo, e exemplos disso são a lei da oferta e da procura, a lei dos lucros decrescentes etc. Essas leis devem ser reconhecidas e respeitadas; deixar de fazê-lo é desastroso. **4) Liberdade de contrato.** Cada indivíduo deve ter a faculdade de negociar o contrato mais favorável que possa obter de qualquer outro indivíduo. Em especial, a liberdade dos trabalhadores e empregadores para combinar entre si a questão do salário e das horas de trabalho não deve ser embaraçada por leis ou pelo poder coletivo dos sindicatos de trabalhadores. **5) Livre concorrência e livre-câmbio.** A concorrência serve para manter os preços baixos, para eliminar os produtores ineptos e assegurar a máxima produção compatível com as necessidades públicas. Consequentemente, não se devem tolerar monopólios ou quaisquer leis que fixem preços em benefícios de empreendedores incompetentes. Cumpre, além disso, abolir todas as tarifas protetoras a fim de forçar cada país a se empenhar na produção daquelas mercadorias para as quais está mais capacitado a produzir. Isso também terá o efeito de manter os preços baixos²¹.

Nessa concepção clássica do contrato, como se vê, assumia importância fundamental a vontade. A vontade dos contraentes, declarada ou interna, afirma Claudia Lima Marques, “é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a *gênesis*, como também a *legitimação* do contrato

²¹ BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert R.; MEACHEM, Standish. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. 43. ed. Tradução de Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005. v. 2. p. 542. As teorias econômicas do século XVIII, anota Claudia Lima Marques, “em resposta ao corporativismo e às limitações impostas pela igreja católica, propõem a liberdade como panaceia universal. Para estas teorias, é basicamente necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade. Uma vez que o contrato é o instrumento colocado à disposição pelo direito para que essa movimentação aconteça, defendem a necessidade da liberdade contratual. Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e equitativo por sua própria natureza. Na expressão da época: ‘Qui dit contractuelle, dit juste’” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 59).

e de seu poder vinculante e obrigatório. Tendo em vista o papel decisivo da vontade, a doutrina, a legislação e a jurisprudência, influenciadas por esta concepção, irão concentrar seus esforços no problema da realização dessa *autonomia da vontade*, somente a vontade livre e real, isenta de vícios ou defeitos, pode dar origem a um contrato válido, fonte de obrigações e de direitos. Nesse sentido, a função da ciência do direito será de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes. A tutela jurídica limita-se, nesta época, portanto, a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos, desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contraentes e pressupondo a existência de uma igualdade e uma liberdade no momento de contrair a obrigação²².

E o contrato tinha a sua força justificada também pela ideia de contrato social de Rousseau, pela qual a autoridade do Estado encontra fundamento no consentimento dos sujeitos, cuja vontade se une em contrato para formar a sociedade. Explica Claudia Lima Marques que aí “está presente a ideia de renúncia a parte da liberdade individual. É necessário renunciar através do contrato social, mas a própria renúncia é a expressão do valor da vontade. O contrato é, assim, não só a fonte das obrigações entre indivíduos, ele é a base de toda a autoridade. Mesmo o Estado retira sua autoridade de um contrato; logo, a própria lei estatal encontra aí sua base. O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato. O contrato, tornando-se um *a priori* do direito, revela possuir uma base outra, uma legitimidade essencial e autônoma em relação às normas: a vontade dos cidadãos. A teoria do contrato social conduz, portanto, à ideia de importância da vontade do homem²³.

Atualmente, “reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamento não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de autorregulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada; a vontade das partes, seja a real, da teoria da vontade, seja a exteriorizada, da teoria da declaração, apenas pode dar vida ao negócio, mas não justifica os termos da sua tutela jurídica²⁴”. Explica Fernando Noronha que “foi precisamente em

²² *Ibidem*, p. 54-5.

²³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

²⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé,*

consequência da revisão a que foi submetido o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência à mais antiga *autonomia da vontade*. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante²⁵.

Sem nenhuma dúvida, explica Giovanni Ettore Nanni, “o princípio da autonomia da vontade é um princípio existente no direito civil, mas que perdeu espaço atualmente para a autonomia privada que possuiu uma concepção muito mais elaborada, com esteio na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como o verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais²⁶”.

De fato, a autonomia privada, como um poder de criar normas individuais, é exercida geralmente pelo negócio jurídico. Esta é, escreveu Giovanni Ettore Nanni, “a forma típica de expressão da autonomia privada. É neste ponto, portanto, que ocorre a junção entre aquilo de mais atual que deve ser observado pelo direito civil obrigacional: a simbiose entre a autonomia privada e o negócio jurídico, que reclama a superação dos antigos conceitos do direito civil. Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firma-se uma relação jurídica obrigacional. Não prevalece mais a vontade interna do sujeito, mas a vontade observada externa e objetivamente, diante do ordenamento jurídico, em consonância à autonomia privada²⁷”.

justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112-113.

²⁵ Ibidem, p. 113. Acrescenta o autor: “Sem autonomia privada, seria impensável uma sociedade de economia capitalista, em que a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços estão em princípio reservadas à iniciativa privada. Por isso, entre nós, ela é proclamada na própria Constituição Federal: ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei’ (art. 170)” (Ibidem, p. 116).

²⁶ A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2001, p. 168.

²⁷ A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2001, p. 172. Acrescenta o autor, com apoio na doutrina de Pietro Barcellona: “a vontade não constituiu mais elemento essencial do negócio, como tal determinante respeito à sua validade, mas simplesmente um pressuposto, a fonte do regulamento, cuja relevância – assegurada pelo ordenamento – encontra, porém, um limite insuperável na eventual assunção da parte no negócio de um *objetivo reconhecimento* no ambiente social, através de uma *declaração*, que não é mais como a vontade um elemento essencial do negócio, mas é mesmo a forma que lhe rende reconhecimento” (Ibidem, p. 173).

Não se deve olvidar, reproduzindo as palavras de Pietro Perlingieri, que “definir a autonomia privada não é uma questão simples. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em larga medida a configuração do ordenamento: a autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de várias formas, colocam a sua exigência. Uma definição usual, a ser considerada, no entanto, como mero ponto de partida para em seguida desenvolver as respectivas críticas, entende por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concebido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar ‘vicissitudes jurídicas’ como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados. Como fundamento desta concepção encontra-se, frequentemente de maneira somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual. Não obstante se trate de um quadro ideal, privado de completa atuação histórica, ele exerceu e exerce uma notável influência no pensamento jurídico e na praxe, pondo-se como sinal da exigência jusnaturalística de proteger ou reconquistar espaço para o valor da liberdade individual. Por trás do fascínio desta fórmula, todavia, não se entendeu outra coisa senão o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas das relações de forças mercantis. Essa concepção está radicalmente alterada na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa, e a responsabilidade conseguinte, ultrapassa e subordina a iniciativa econômica a si própria²⁸”.

Em consequência, afirma Perlingieri, “a locução ‘autonomia privada’ pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo ‘privada’ corre-se o risco de gerar sérios equívocos. Quanto

²⁸ O jurista italiano acrescenta: “O quadro atual, portanto, deve ser repensado com atenção. Encontra-se superada, para os fins da individuação da real consistência do fenômeno da autonomia, a distinção entre natureza privada ou pública do sujeito que realiza o ato de regulamentação do interesse, de maneira que também o comportamento de um ente público que decida agir (*non iure imperium, mas iure privatorum*) configura a realização da autonomia. Emerge, portanto, a angústia da tradicional distinção da autonomia privada, vista como poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico ao ‘privado’: o poder cabe, na realidade, a todos os sujeitos jurídicos, sejam estes privados ou públicos. A impossibilidade de se propor uma noção de autonomia baseada exclusivamente sobre o ‘privado’ emerge ainda mais quando a regulamentação dos interesses seja fruto não de um acordo entre um particular e um ente público, mas do encontro de vontades de entes públicos, às vezes expressamente previsto pela lei no intento de estimular uma profícua coordenação das suas atividades institucionais” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 334-7).

à expressão, bastante difusa, autonomia contratual, essa acolhe exclusivamente aquela atividade que se manifesta com a realização de um negócio bi ou plurilateral de conteúdo patrimonial; de modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial”²⁹.

Essa autonomia da vontade que caracterizou fortemente o Liberalismo levou à concepção do contrato como lei entre as partes, ideia que está presente em nossos dias na doutrina e jurisprudência que conservam aqueles valores e resistem, por inúmeros fatores, à aplicação de novos paradigmas. Não há mais lugar para ela no mundo moderno, que vê presente nas relações privadas interesses que transcendem aqueles particulares envolvidos diretamente no negócio jurídico. São interesses coletivos ou sociais que estão definidos no regramento das normas jurídicas, que são a verdadeira fonte geradora de efeitos jurídicos do negócio. Aqueles que defenderam no passado a onipotência da vontade individual, e lhe atribuíram causa eficiente dos efeitos jurídicos, se esqueceram, como afirma Orlando Gomes, de que se encontra na lei a sua força geradora.³⁰

²⁹ Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, afirma o autor, “pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios” (PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 338).

³⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43. De acordo com a lição do autor: “Encontra-se, pois, na autonomia privada, o substrato do negócio jurídico. Ele é o instrumento que o Direito oferece aos particulares para que disciplinem seus interesses e travem relações com o objetivo de compô-los. Contudo, a atividade desenvolvida nessa direção somente se configura como ato de autonomia privada, se realizada como *pressuposto e fonte geradora de relações jurídicas já reguladas, em abstrato e em geral, pelas normas jurídicas*.” (Ibidem, p. 44)

1.3 O LIBERALISMO E A REVOLUÇÃO FRANCESA

A concepção clássica do contrato “não é fruto de um único momento histórico – ao contrário, ela representa o ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a Idade Média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX, com a Revolução Francesa, o nacionalismo crescente e o liberalismo econômico. A compreensão desta teoria clássica contratual exige, portanto, que se analisem igualmente as origens dessa concepção, sempre tendo em vista o reflexo que estas influências teóricas e sociais tiveram no nascimento da doutrina da autonomia da vontade”³¹.

Na Revolução Francesa a burguesia³², inspirada na filosofia liberal, aprovou a Constituição de 1791 para criar na França uma sociedade capitalista e burguesa em lugar daquela feudal e aristocrática com a qual rompeu. Uma vez no poder, o projeto político da burguesia, conforme precisamente anotado por Modesto Florenzano, “estabelecia no plano social a igualdade jurídica de todos os indivíduos (todos os homens são livres e iguais aos olhos da lei e do Estado); no plano econômico, a liberdade completa de produção e circulação dos bens e a não interferência do Estado na vida econômica (concebida como uma esfera privada de competência dos indivíduos); no plano religioso, a separação entre Estado e Igreja e a liberdade de crença e, finalmente, no plano político, estabelecia a divisão (executivo e legislativo) e a representatividade do poder (eleição para a escolha dos representantes da nação e dos governantes)”³³.

³¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

³² A “burguesia”, de acordo com Leo Huberman, “eram os escritores, os doutores, os professores, os advogados, os juizes, os funcionários – as classes educadas; eram os mercadores, os fabricantes, os banqueiros – as classes abastadas, que já tinham direitos e queriam mais. Acima de tudo, queriam – ou melhor, *precisavam* – lançar fora o jugo da lei feudal numa sociedade que realmente já não era feudal” (*História da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 149).

³³ *As revoluções burguesas*. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 42-3. O autor assinala que “a revolução inglesa tornou possível pela primeira vez à sociedade, e dentro dela particularmente aos homens de propriedade, a conquista e o gozo da liberdade civil e política. A garantia desta liberdade (concebida como natural), destes direitos civis e políticos, era agora assegurada pelos próprios indivíduos (transformados em cidadãos) e não mais por uma autoridade monárquica de origem divina ou humana. A teoria da liberdade civil e política foi formulada por J. Locke, o primeiro grande filósofo do liberalismo, na segunda metade do século XVII, com base nos resultados decorrentes da Revolução de 1640 e 1688. Com a revolução francesa foi dado um passo à frente: à ideia (liberal) de liberdade civil e política, acrescentava-se a da igualdade (ou justiça) social” (Ibidem, p. 116-7).

Em Benjamin Constant, de acordo com Ubiratan Borges de Macedo, é encontrada a autêntica formalização da ideia de liberdade moderna em contraposição à liberdade antiga, liberdade que “não consiste apenas em participar do poder (a exemplo da cidade grega), mas ainda em ser livre do poder do Estado, isto é, em ser detentor de um espaço frente ao Estado e a sociedade, no qual possa o indivíduo realizar-se sem interferência daquelas instâncias”³⁴.

A propagação do Liberalismo deu-se, em parte, como reação às políticas conservadoras adotadas por governos assustados, ansiosos por restaurar a ordem, tanto no plano interno quanto no internacional, depois das guerras napoleônicas. Durante um período de aproximadamente 15 anos, depois de 1815, os governantes da maioria dos países europeus fizeram o máximo para cercar o avanço do Liberalismo burguês. Na maior parte dos casos, porém, suas políticas repressoras só serviram para tornar os liberais mais resolvidos que nunca a triunfar. A principal preocupação dos governos era garantir que a Europa nunca mais sucumbisse ao tipo de agitações revolucionárias por que passara no quarto de século anterior³⁵.

³⁴ O liberalismo doutrinário. *Evolução histórica do liberalismo*. In: PAIM, Antonio (Coord.). Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p. 39. Segundo o autor, o Liberalismo doutrinário, versão francesa do Liberalismo inglês, tem na figura de Benjamin Constant o seu grande precursor. Suas ideias influenciaram D. Pedro I e estavam fundamentadas na liberdade em tudo, em religião, em filosofia, em literatura, em indústria, em política, entendendo por liberdade o triunfo da individualidade sobre a autoridade.

³⁵ BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert R.; MEACHEM, Standish. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. 43. ed. Tradução de Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005. v. 2. p. 552.

1.4 O FIM DO *LAISSEZ-FAIRE*

A sociedade industrial, pelo contraste que estabelecia, fazia sobressair a pobreza³⁶. A partir do início do século XX surgiram reformas e leis, especialmente na Inglaterra, destinadas a promover o melhor relacionamento entre industriais e operários, com a jornada de trabalho limitada, repouso semanal remunerado, férias e assistência médica, disposições protetoras do trabalho que foram denominadas de “legislação social”, fenômeno que se disseminou pelo mundo, afirma Antonio Paim, “notadamente depois da Primeira Guerra, quando a Liga das Nações patrocinou a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho)”³⁷.

O culto à liberdade levava a consequências inadmissíveis. A liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais como ela própria³⁸. É famosa a frase, atribuída ao Padre Lacordaire, que representa o pensamento que motivou essa mudança: “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”³⁹.

De acordo com Antonio Paim, “as mais importantes modificações introduzidas no liberalismo tradicional, contemporaneamente, devem-se a John Maynard Keynes (1883/1946)”⁴⁰.

Keynes afirmava que incumbia ao Estado estimular o investimento com uma série de mecanismos de intervenção indireta na economia, com a manipulação da taxa de juros e a transferência de recursos ociosos para o Estado, o que não significa que se deva chegar à socialização dos meios de produção. Defendia, segundo Raul Prebisch, citado por Antonio Paim, que a consecução deste objetivo requer que o Estado assumira certas atribuições que tradicionalmente pertenciam à iniciativa privada. Trata-se, sustentava Keynes, “de conseguir a manutenção de todas as vantagens do

³⁶ Antonio Paim assinalou que, “entre 1790 e 1820, na França, a mortalidade infantil até um ano era de 200 por mil e até cinco anos de 310 por mil. Em 1890 a mortalidade infantil até um ano mantinha-se muito alta e alcançava 150 por mil. No começo daquele século a média de vida situava-se abaixo dos 30 anos. Além da cólera, a peste bubônica fazia grande número de vítimas e ainda em 1894 aparecia em Hong Kong e se alastrava pelo mundo. Mesmo no século XX a tuberculose continuava representando mal terrível e provocaria, apenas na França, 85 mil mortes em 1920” (Emergência da questão social e posição anterior a Keynes. O keynesianismo. *Evolução histórica do liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p. 70-1).

³⁷ *Ibidem*, p. 72.

³⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

³⁹ Tradução livre de: “Entre le fort et le faible c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.”

⁴⁰ PAIM, Antonio. Op. cit., p. 72.

individualismo (eficiência, proveniente da descentralização das decisões, e liberdade pessoal), eliminando seus efeitos. O Estado totalitário resolveu o problema do desemprego às custas da eficiência e da liberdade. O Estado liberal deve livrar-se do mal sem perdê-las⁴¹.

Na síntese de Antonio Paim, “o liberalismo abandona o *laissez-faire* e concebe modalidades de intervenção econômica estatal, preferentemente segundo mecanismos indiretos⁴²”.

Em sua famosa obra, *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, Keynes sustentou: “em condições de *laissez-faire*, talvez seja impossível evitar grandes flutuações no emprego sem uma profunda mudança na psicologia do mercado de investimentos, mudança essa que não há razão para esperar que ocorra. Em conclusão, acho que não se pode, com segurança, abandonar à iniciativa privada o cuidado de regular o volume corrente de investimento⁴³”.

Verificado que o interesse privado e o social nem sempre se harmonizam, Keynes atacou as bases do *laissez-faire* afirmando que “não é verdade que os indivíduos possuem uma ‘liberdade natural’ prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que os têm ou aos que os adquirem. O mundo não é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. Não é administrado aqui em baixo para que na prática eles coincidam. Não constitui uma declaração correta dos princípios da Economia que o autointeresse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. Nem é verdade que o autointeresse seja geralmente esclarecido; mais frequentemente, os indivíduos que agem separadamente na promoção de seus próprios objetivos são excessivamente ignorantes ou fracos até para atingi-los. A experiência não mostra que os indivíduos, quando integram um grupo social, são sempre menos esclarecidos do que quando agem separadamente⁴⁴”.

Keynes rompeu com a escola clássica de economia. O seu propósito principal, de acordo com Dudley Dillard, “pode ser definido como

⁴¹ PAIM, Antonio. Emergência da questão social e posição anterior a Keynes. O keynesianismo. *Evolução histórica do liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p. 74-5.

⁴² *Ibidem*, p. 74.

⁴³ *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p. 221. (Os Economistas). Afirma Keynes: “Quando uma nação está aumentando a sua riqueza com certa rapidez, sucede que em regime de *laissez-faire* este feliz estado de coisas pode ser interrompido por insuficiência de estímulo para novos investimentos” (*Ibidem*, p. 230).

⁴⁴ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p. 120. (Os Economistas).

uma tentativa de escudar o liberalismo político com um novo programa econômico e de fortificar este programa econômico com uma nova Economia Política. Neste sentido, Keynes segue a tradição dos grandes economistas britânicos desde Adam Smith, todos os quais foram liberais, com a possível exceção de Malthus, nenhum deles pôs em dúvida a eficácia fundamental da propriedade privada. Smith e Ricardo foram os campeões de um novo liberalismo, que ao seu tempo se baseava no *laissez-faire*. A partir de John Stuart Mill, o conselho dado pelos economistas clássicos tornou-se, cada vez mais, intervencionista. Keynes difere de seus predecessores liberais no grau de intervenção que seu programa envolve e em sua disposição de chapotar os galhos mortos do *rendeirismo*, que eram criticados por todos os economistas clássicos, sempre com exceção de Malthus. Keynes é o primeiro grande economista britânico desta tradição que repudia explicitamente o *laissez-faire*⁴⁵.

Convencido de que o emprego é determinado pelo investimento, bem como da falta de harmonia na economia de propriedade privada, Keynes defende a intervenção do Estado⁴⁶.

Em seu livro *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, segundo a opinião de Robert Heilbroner, o que Keynes oferecia “não era tanto um programa novo e radical, porém mais uma defesa de um curso de ação que já tinha sido aplicado. Uma defesa e uma explicação. *The General Theory* dizia que a catástrofe que atingira a América e, realmente, todo o mundo ocidental, era apenas a consequência da falta de investimentos suficientes por parte dos empresários. E que, portanto, o remédio era perfeitamente lógico: se as empresas não podiam se expandir, o governo devia tomar a tarefa para si⁴⁷”.

⁴⁵ *A teoria econômica de John Maynard Keynes*. 6. ed. Tradução de Albertino Pinheiro Júnior. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 289-90. Acrescenta o autor que acerca da participação do Governo na vida econômica, diz Keynes: “Defendo-a tanto por ser o único meio praticável para evitar a destruição total das formas econômicas existentes como por ser condição de funcionamento adequado da livre iniciativa.” (Op. cit., p. 290)

⁴⁶ Dudley Dillard observa a respeito do pensamento de Keynes que “a maior desarmonia do capitalismo do *laissez-faire* é que o pleno emprego se torna cada vez mais difícil de conseguir com a progressiva acumulação de riqueza. O dilema da pobreza em meio da abundância potencial surge porque o aumento da riqueza faz necessária uma maior quantidade de investimento. O dilema se agrava porque a capacidade de consumo é limitada pela distribuição desigual da riqueza que caracteriza o capitalismo do *laissez-faire*. A perspectiva geral de onde Keynes projetou a sua teoria e prática, originárias e posteriores, foi a do liberalismo. A essência do seu liberalismo é uma crítica do capitalismo financeiro, combinada com um veemente desejo de estabelecer um meio ambiente no qual possa funcionar o capitalismo industrial, o sistema de empresa privada. Sua obra, nesse sentido, é essencialmente conservadora e orientada para uma conservação do *status quo*” (*A teoria econômica de John Maynard Keynes*. 6. ed. Tradução de Albertino Pinheiro Júnior. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 296).

⁴⁷ As heresias de John Maynard Keynes. *A história do pensamento econômico*. Tradução de Therezinha M.

O intervencionismo de Keynes foi capaz de assegurar um amplo e contínuo ciclo de crescimento das economias desenvolvidas (Estados Unidos, Europa Ocidental e Japão), proporcionando o enriquecimento da sociedade industrial e a elevação dos padrões de renda, o que se reverteu em benefícios sociais da classe trabalhadora.

Esse intervencionismo foi transportado para o mundo jurídico. As bases do pensamento de Keynes estão vivas no Estado Social que interfere cada vez mais na vida privada para alcançar resultados desejados do ponto de vista social, coletivo e da ordem pública. Não há distinção significativa entre a intervenção dos dias de hoje que os Governos promovem na economia e aquela realizada no campo jurídico da vontade, que se manifesta de forma variada: seja no chamado dirigismo contratual; seja na tutela de certas categorias de pessoas; seja em certos negócios com implicações diretas nos interesses do Estado.

Como afirma Antunes Varela, “a intervenção dos poderes públicos na disciplina das relações do direito privado e a conseqüente limitação da autonomia privada assumiram nas legislações modernas, com o acentuado declínio do liberalismo econômico, uma expressão bastante significativa. E a tendência intervencionista do Estado, na esfera dos contratos, em especial, e das obrigações em geral, não afrouxa com os rompantes de neoliberalismo que têm surgido em algumas economias europeias”⁴⁸.

Afirma-se que o mundo moderno vive a crise do Keynesianismo. As chamadas “antecipações racionais”, que ocorrem quando os agentes econômicos antecipam as ações do Estado intervencionista e anulam os seus efeitos, bem como a expansão monetária e a conseqüente inflação da moeda, somadas à pressão fiscal, decorrente do aumento de despesas públicas de um Estado intervencionista, modificaram o universo econômico existente ao tempo de Keynes, de modo que a aplicação da sua receita agora produz um efeito contrário, em desfavor do emprego e do crescimento da economia. Essa crise, de acordo com Ricardo Velez Rodriguez, não significa, contudo,

o desaparecimento da função reguladora do Estado, mas o surgimento de uma nova forma de intervencionismo⁴⁹.

Em momentos de crise econômica é comum a lembrança das lições deixadas por Keynes, cujo principal interesse para o Direito está no papel intervencionista do Estado nas relações privadas que, embora criticado pelos liberais ou neoliberais, é sempre reclamado, inclusive pelos seus críticos, para fazer o Estado atuar em favor de interesses que a sociedade, por si só, não tem capacidade ou iniciativa de atender. As forças do mercado e dos grupos econômicos não podem atuar livremente e exigem a regulação do Estado. Essa intervenção constitui um instrumento indispensável nas mãos do Estado Social para a realização das suas políticas e se revela, nas relações jurídicas contratuais, pelas decisões judiciais, que cada vez mais penetram na esfera privada dos contratantes para regular o contrato, salvá-lo das injustiças e funcionalizá-lo.

Deutch e Sylvio Deutsh. São Paulo: Nova Cultural, 1986. p. 255. (Os Economistas). Explica o autor que: “Na verdade, a cura começara antes de sua prescrição ter sido escrita; o remédio estava sendo aplicado antes de os médicos terem certeza do que era preciso fazer. Os Cem Dias do *New Deal* liberaram a torrente de legislação social que esperava há vinte anos por trás da barragem da apatia governamental. Estas leis serviam para melhorar o nível social e o moral de uma nação descontente. Mas não era a legislação social que estava designada para revitalizar o paciente. Esta missão foi destinada deliberadamente aos gastos do governo para estimular a economia” (Ibidem, p. 254-5).

⁴⁸ *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. I. p. 27.

⁴⁹ O autor acrescenta que “o novo modelo de intervencionismo apregoado pelos *New Economists* críticos do Keynesianismo consiste em fixar regras de gestão estáveis, definidas para períodos mais longos, por exemplo, adotando mecanismos constitucionais que obriguem que o orçamento do Estado se equilibre globalmente durante o período de uma legislatura completa, que impeçam ao governo a efetivação de mudanças abruptas nas políticas tributárias, que fixem limites ao crescimento das despesas públicas (por exemplo, atrelando-as aos índices de crescimento da economia), etc.” (RODRIGUEZ, Ricardo Velez. A crítica do Keynesianismo. In: PAIM, Antonio (Coord.). *Evolução histórica do liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p. 87)

1.5 A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL E O CONTRATO

Mais do que a liberdade, mas o modo de exercê-la, foi a causa das substanciais modificações do modelo liberal do século XVIII. Não foi difícil perceber o quanto a liberdade formal foi utilizada pelos mais fortes para impor as suas condições. Paulo Bonavides, lembrando o pensador alemão Vierkandt, assinalou que “a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina ‘a apregoadada liberdade’, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome”⁵⁰.

À medida que o Estado “tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social”⁵¹.

⁵⁰ *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 61.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 185. Acrescenta o autor: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.” (Ibidem, p. 186) Mas adverte o autor que Estado Social não se confunde com Estado socialista: “o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais. [...] O equívoco pertinente à distinção entre Estado social e Estado socialista se deve ainda ao fato de haver no seio da burguesia e do proletariado uma orientação política que pretende chegar ao socialismo por via democrática, criando previamente as condições propícias a essa transição política. O Estado social seria, por conseguinte, meio caminho andado, importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado.” (Ibidem, p. 184-5)

O pensamento político liberal “tem consciência de que, para responder ao desafio do socialismo, tem que optar entre o Estado assistencial, forma modificada do velho ‘Estado policial’, que atribui a tarefa de concretizar o bem-estar ou as finalidades sociais a máquinas burocráticas, assumindo, de tal forma, em relação aos cidadãos, uma atitude paternalista, e o Estado reduzido, que responsabiliza os indivíduos – singular e coletivamente – mediante o livre mercado. O Estado assistencial leva irremediavelmente a uma sociedade inteiramente administrada, onde não haveria mais lugar para o Liberalismo. Tal fato determinaria o fim do Estado liberal e o começo do Estado autoritário. Em outras palavras, a tendência do Liberalismo contemporâneo é evidenciar a incapacidade dos Estados burocráticos para resolver a questão social, pelo fatal desvio das organizações das funções prefixadas (formação de uma nova classe agindo em função de seu próprio interesse) e por haver uma contradição intrínseca entre a lógica das máquinas burocráticas e a lógica da participação”⁵².

O modelo liberal, como foi bem apontado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, “não tardou a revelar uma real desigualdade, a reclamar recompreensão da liberdade de contratar. Em diversos termos, a desigualdade material, o desequilíbrio intrínseco e inerente a determinadas relações impôs – já em novo paradigma, do Estado Social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana e de solidarismo, de que é instrumento um princípio de igualdade que seja substancial, e não só formal – a edição de novo instrumental jurídico que prestigiasse aqueles elementos axiológicos, fazendo-os efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo”⁵³.

A autonomia da vontade, cuidadosamente concebida, longe de fazer prevalecer a ordem e a justiça, permitiu, como afirmam Ramón Daniel Pizarro e Carlos Gustavo Vallespinos, com apoio em Mazeaud, o esmagamento do mais débil pelo mais forte, com inevitáveis sequelas sociais.

⁵² MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: _____; BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 7. ed. Brasília: UnB, 1995. v. 2. p. 704. Acrescenta o autor: “A segurança social tem, portanto, seus custos: a segurança favorece a apatia política do cidadão, mobilizando-o somente para pedir ao Estado (paternalista) sempre algo mais, provocando desta maneira formas de alienação, entre o cidadão e o sistema político, superáveis unicamente mediante formas concretas de participação” (Idem).

⁵³ *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-7. Em outra passagem de sua obra acrescenta o autor: “essa transposição, em matéria de contratos, da justiça puramente comutativa, própria do Estado Liberal, para abarcar também a justiça distributiva, do Estado Social, representa claro contributo à nova visão do contrato e, portanto, de sua função social, dando ainda uma outra significação ao solidarismo social” (Ibidem, p. 126).

A classe obreira, não organizada, foi reduzida a condições de vida miseráveis. Por isso, prosseguem os citados juristas argentinos, “los cambios económicos y sociales fueron acompañados, como no podía ser de otra manera, por una sensible mutación en lo *político*. Varió la concepción dominante de Estado, que dejó de lado aquel papel meramente pasivo que le había asignado la Revolución Francesa, y asumió otro, más intervencionista y solidario, en procura de paliar las fuertes desigualdades existentes”⁵⁴.

O advento do *welfare state* “sinalizou claramente a insuficiência dos princípios liberais de mercado para alcançar um ideal de justiça distributiva e igualdade substantiva. Em outras palavras, o ideal de welfarismo contratual pode ser caracterizado pelo deslocamento da importância da justiça distributiva em relação à justiça da troca (que poderia ser aproximada da ideia de justiça comutativa), a limitação da liberdade contratual através da inclusão de critérios de igualdade substantiva que cria um novo regime de regulação e julgamento das discriminações (e/ou desigualdades) e uma nova ideia de reciprocidade e equilíbrio”⁵⁵.

A intervenção do Estado nos efeitos produzidos pelas declarações de vontade nos contratos, que representa forte transformação em relação às ideias do Liberalismo, não anula propriamente o valor do vínculo produzido pelas partes. Essas interferências do Estado “ainda que importem na necessidade de se redimensionar a esfera do público e do privado – e, portanto, das relações entre a norma e a vontade – não necessariamente significam uma desconsideração da vontade do indivíduo, mas, em muitos casos, um reforço a esta. Com efeito, o fundamento imediato de algumas destas intervenções segue uma lógica de forma alguma antagônica à vontade; ocorre, ao contrário, a realização do pressuposto de sua livre manifestação: Anular um

⁵⁴ *Instituciones de derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, v. 1. reimpr. p. 93.

⁵⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53. Na concepção liberal, registra o autor, “a justiça de um contrato encontra-se na sua conformidade às regras de funcionamento da economia e do mercado. Não é por outro motivo que o conceito de justo preço, de origem medieval, sempre pareceu um absurdo para o pensamento liberal. O preço de mercado, para um liberal, não é justo ou injusto. Um negócio é injusto se contraria as regras do jogo liberal, do jogo do mercado. Analogamente, num jogo de cartas, ganhar muito ou perder muito não é passível de ser avaliado como justo ou injusto. Justa será a conduta do jogador que não burlar as regras do jogo. Todavia, se um dos jogadores tem melhores condições de vencer em razão de sua astúcia, experiência, malícia, conhecimento do parceiro ou do adversário etc., isto não conduz à injustiça no jogo, malgrado possa implicar desequilíbrio em favor de um dos jogadores. O desequilíbrio substantivo no jogo não se transforma em injustiça, uma vez que para o jogo liberal importam as regras do jogo formal, não a desigualdade substancial. O acaso, a sorte, a natureza, não podem ser qualificados como justos ou injustos” (Ibidem, p. 78).

contrato abusivo é, no fim das contas, prestar homenagem à força do contrato livremente concluído”⁵⁶.

As restrições à liberdade de estipulação, de acordo com Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “são normalmente estabelecidas em virtude de uma função de ordenação do atual direito privado, que pretende disciplinar a liberdade contratual por forma a evitar que esta seja exercida em prejuízo da parte economicamente mais fraca. Reconhece-se, assim, que numa economia de mercado, a autonomia privada pode em certos casos ser insusceptível de obter um adequado equilíbrio das prestações no contrato, o que leva o legislador a intervir em ordem a desempenhar uma função corretiva da livre negociação particular”⁵⁷.

É interessante notar, como bem apontado por Fernando Noronha, que “economistas e políticos abandonaram desde há muito a ideia de que o exacerbado individualismo, pelo jogo do egoísmo de todos, era infalível receita da felicidade geral. Os juristas, porém, por muitos e muitos decênios mais, continuaram apegados ao *princípio da autonomia da vontade*, continuaram sustentando que cada contrato celebrado era lei para as partes, por isso só podendo ser objeto de um exame, digamos, externo (capacidade dos contraentes, formalismo, possibilidade, licitude...), mas nunca questionado, nem sequer pelos juízes, no seu conteúdo, no conjunto de direitos e de obrigações atribuídos a cada uma das partes. À primeira vista, essa posição dos juristas poderia parecer puro e simples conservadorismo. Não era, porém. É que o contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Só quando o fenômeno da *massificação* chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções”⁵⁸.

⁵⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 208.

⁵⁷ *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I. p. 30.

⁵⁸ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 69. Referindo-se às transformações ocorridas desde a Revolução Industrial o autor afirma: “A grande resultante de tais fenômenos foi a *massificação* da sociedade. Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é *massificação*: massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colmeias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar a pessoas componentes de grupos, por atos de membro não identificado (o que é verdadeiro caso de responsabilidade coletiva); no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses difusos ou coletivos (cf. Lei n. 7.347/85, art. 1º, e Código de Defesa do Consumidor, arts. 81, 91 e 103); nas relações de consumo, finalmente, com os contratos padronizados e de adesão e até com as convenções coletivas de consumo, previstas no Código de Defesa do

No seio do *welfare state*, que tenta conciliar uma lógica econômica de mercado com princípios redistributivos de equilíbrio e solidariedade, afirma Ronaldo Porto Macedo Jr., “há espaços para a coexistência de regras de julgamento de matriz liberal e de matriz social. Assim, no âmbito das regulamentações das relações de mercado o princípio da autonomia da vontade permanece em vigor, malgrado esteja agora subordinado e mitigado pelos princípios do direito social. Da mesma forma, os princípios do direito contratual clássico pautados por uma imagem ideal de contrato descontínuo permanecem vigentes e influentes. Não obstante, são cada vez mais visíveis as ‘concessões relacionais’ e o aumento da importância dos contratos simbióticos, entrelaçados ou relacionais”⁵⁹.

Em resumo, nas palavras de Rodrigo Garcia da Fonseca, “mesmo nos países de economia capitalista desenvolvida, o liberalismo clássico cai em descrédito. Entram em cena as ideias econômicas de Lorde Keynes, com amplos programas de obras públicas, com uma ação mais direta do Estado na economia, e a construção de uma rede de proteção social. Surge o *Welfare State*, o Estado do bem-estar social. O Presidente Franklin Roosevelt implanta a sua política do *New Deal* nos Estados Unidos a partir da década de 1930, e a intervenção do Estado na economia, diretamente e numa regulação mais incisiva, torna-se a tônica”⁶⁰.

Consumidor (art. 107).” (Ibidem, p. 71)

⁵⁹ *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 81. O autor, seguindo a doutrina de Ian Macneil, distingue os contratos descontínuos dos contratos relacionais. Descontínuo é o modelo clássico de contrato que se caracteriza pela impessoalidade, por envolver uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e que reclamam o mútuo consentimento. É contrato que compõe uma entidade separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. Cada ato contratual é considerado um ato isolado. Ele é pautado pela pressuposição de uma conduta individualista e egoísta, ligado a uma concepção liberal. Nele o acordo de vontades derivado da promessa é seu exclusivo núcleo de fonte obrigacional. Os contratos relacionais, em brevíssima definição do autor, “são contratos que se desenvolvem numa relação complexa, na qual elementos não promissórios do contrato, relacionados ao seu contexto, são levados em consideração significativamente para a sua constituição. Esta natureza relacional da contratação é particularmente frequente e clara (porém não exclusiva) em contratos que se prolongam no tempo, isto é, em contratos de longa duração. Numa acepção ampla, contudo, todos os contratos são mais ou menos relacionais e jamais completamente não relacionais ou descontínuos. O conceito de contrato relacional é, em sua dimensão descritiva, um tipo ideal que se contrapõe ao contrato descontínuo” (Ibidem, nota do autor à 2ª edição brasileira, p. 5). O autor, em outra passagem de sua obra, acrescenta que “o modelo relacional de contratação não tem apenas uma dimensão descritiva, visando também ampliar a importância de princípios e mecanismos institucionais que promovam o estímulo a valores de solidariedade, cooperação e justiça contratual de caráter welfarista. Neste sentido, a ampliação do campo de incidência e abrangência de conceito como de boa-fé visa não apenas fomentar a reprodução de laços de solidariedade e associações cooperativas, como também atender a exigências de justiça social” (Ibidem, p. 151).

⁶⁰ *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101. Paralelamente, no Brasil, registra o autor, “o abandono de um liberalismo econômico tradicional, ainda que mais teórico do que prático, começa a se ensaiar com os problemas experimentados com o setor cafeeiro no início do século XX. Mas o panorama muda radical e mais visivelmente a partir da Revolução de 30 e do

Hoje se fala em crise do Estado Social. Mas tem razão Perlingieri quando afirma que “em crise, na realidade, está a cultura sobre a qual se funda o Estado de Direito. A crise é confusão cultural, perda de senso civil da legalidade e da justiça. O Estado Social deve se fundar sobre direitos e, ao mesmo tempo, sobre deveres sociais. A cultura dos deveres ainda não é difusa, e isto tem causado a crise do Estado Social: a democracia é também a assunção de responsabilidades”⁶¹.

Surge uma nova fase do Estado Social na qual se procura superar a insuficiência das normas de ordem pública para assegurar a material igualdade, controlar os efeitos perversos da massificação contratual, definir melhor a responsabilidade civil, inclusive pelo risco da atividade, e conferir novas bases para a mudança que se verificou na estrutura familiar. Essa fase, para alguns, chamada de *pós-modernidade* tem se caracterizado no mundo jurídico pela flexibilização do direito e a ampliação dos poderes do julgador na aplicação de regras e princípios ao caso concreto, abrindo o sistema a interpretações moldadas pelos princípios.

Afirma Roberto Senise Lisboa a propósito que “o direito civil pós-moderno implementa uma nova luz às noções de liberdade, individualidade e racionalidade. Reconhece as lacunas do sistema e se vale de categorias gerais e *standars* jurídicos (uso de conceitos jurídicos indeterminados cuja valoração

Governo Vargas. E vários são os exemplos que podem ser pinçados historicamente neste período. Em nível constitucional, a Constituição de 1934, e mesmo a Constituição de 1937, do Estado Novo, representaram uma verdadeira mudança do paradigma. Do *Étatgendarme*, o Estado liberal puramente garantidor da segurança pública, da propriedade e dos contratos privados, típico da Carta de 1891, passa-se para um Estado intervencionista, de forte preocupação socioeconômica. A tendência permaneceu nas Constituições subsequentes, com idas e vindas em temas específicos, mas sempre afirmando os direitos dos trabalhadores, a vinculação da propriedade à sua função social, a repressão aos abusos de poder econômico e a possibilidade de uma atuação direta ou reguladora do Estado nos vários setores da economia. Em nível legal, desenha-se a partir de então uma fortíssima intervenção do Estado naquilo que pode ou não pode ser contratado, numa verdadeira revolução jurídica com relação à situação anterior. A legislação sobre os mais variados tipos de contratos começa a se voltar para a proteção da parte economicamente mais fraca, o que rompe com o ideal de igualdade formal que era a base do liberalismo clássico” (Ibidem, p. 105-6).

⁶¹ O autor acrescenta: “O pacto constitucional ainda não se concretizou completamente por causa do abandono ao menos parcial da estrada indicada pelo constituinte. Culturas antitéticas anularam-se reciprocamente. Colocam-se frente a frente, de um lado, interpretações maximalistas da Constituição, na tentativa de dar passos à frente, distantes da letra e do espírito das normas, levando mesmo a pensar que essa configure um Estado ‘socialista’; do outro, posições conservadoras, suspeitosas em relação a uma normativa reformadora, subjugadas pelo peso da tradição e ligadas a conceitos fruto de análises baseadas em legislações precedentes, não mais adequadas às novas exigências das quais o constituinte fizera-se intérprete. As razões são múltiplas: a doutrina, ainda obstinada em elaborar técnicas não mais adequadas; o legislador que, com uma insana legislação especial, nem sempre tem concretizado, coerentemente, os princípios constitucionais; a magistratura que, no seu complexo, não está sabendo oferecer uma elaboração concretizadora dos valores constitucionais, quando subsistem os seus pressupostos técnicos.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16-7)

é analisada pelo julgador conforme a época e o lugar da situação jurídica que lhe é exposta). A liberdade é agora assegurada a partir de modos livres de sua definição. E a individualidade encontra limites no interesse socialmente mais relevante. A racionalidade passa a ser substancial, fundada na solidariedade social; e esta mesma solidariedade não supõe uma estagnação das relações sociais, porém se transforma no meio de obter o bem comum, garantindo as autonomias individuais delimitadas pelos interesses da sociedade”⁶².

Os ideais da Revolução Francesa não são abandonados. Como afirma Paulo Bonavides, “nós vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo de seus tribunos, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, ideias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam, porquanto conjugam, inarredáveis, duas legitimidades: a do Povo e a da Nação. Aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Uma vez universalizados e concretizados, hão eles de compor a suma política de todos os processos de libertação do Homem”⁶³.

⁶² *Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21. Acrescenta o autor: “O pós-modernismo jurídico possui a função crítica de adaptar e reconstruir o Direito Civil. Não propriamente por meio da elaboração ou da revisão de um código, como se fez no exemplo brasileiro, mas através da promulgação de leis que permitam maior flexibilidade de juízo de valor por parte do julgador, para que ele realmente passe a ter poderes hábeis à concessão da solução mais justa ao caso concreto.” (Ibidem, p. 21)

⁶³ *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 36.

1.6 A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 recebeu forte influência do Liberalismo. Seu espírito, de acordo com Judith Martins-Costa, “é oitocentista, bem como a concepção de sistema que nele pode ser retratada – o sistema como ordem e unidade interna, dotado de pretensão da completude ou plenitude legislativa”⁶⁴.

Lembra Orlando Gomes que em 1872 o recenseamento acusava para o Brasil uma população de 9.930.478 habitantes e de acordo com Gilberto Amado, citado pelo autor, havia um milhão e meio de escravos, um milhão de índios e cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos, de modo que apenas trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertenciam às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros e os senhores de engenho⁶⁵.

Ao tempo em que se processou a obra dos codificadores do Direito Civil brasileiro (1899-1916), de acordo com Orlando Gomes, “não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais”⁶⁶.

A preservação e a defesa desses interesses, afirma Orlando Gomes, estavam confiadas a uma classe média escassa e “para a organização social do país, a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos. Ajustada, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia

⁶⁴ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 259.

⁶⁵ *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24. (Justiça e direito).

⁶⁶ *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25. (Justiça e direito).

rural e mercantil, transfundiu na ordem jurídica a seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no Direito estrangeiro, que, embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se devotava”⁶⁷.

Como a economia do País estava baseada na exploração da terra por processos primários e dependia do mercado externo, assinala Orlando Gomes, “a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, realizada, impiedosamente, em larga escala. Por sua vez, o comerciante, tanto importador como exportador, tinha interesse vital na conservação desse sistema. Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam. Por esse interesse fundamental explicam-se suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização. Os expoentes da intelectualidade brasileira de então, situados na classe média, inspiravam-se, por isso mesmo, no pensamento e nas formas políticas de povos mais adiantados, transplantando para o nosso solo instituições alienígenas, que nessas regiões começam a murchar”⁶⁸.

O Código Civil de 1916 é obra de homens da classe média, afirma Orlando Gomes, “que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção”⁶⁹.

O liberalismo brasileiro não se identificava plenamente com os ideais de liberdade que sopravam da França. O liberalismo do Código Civil brasileiro, de acordo com Pontes de Miranda, “é sempre o liberalismo de um povo que construiu um império constitucional, racionalista, quase secular, e a ambição de ciência e de ‘justiça idealista’, que o move, há, forçosamente, de se refletir nas leis, em comparação com as dos povos vizinhos”⁷⁰.

⁶⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 25.

⁶⁸ Ibidem, p. 26-7.

⁶⁹ *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 30-1. (Justiça e direito).

⁷⁰ *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 456. Keila Grinberg escreveu um trabalho conciso, mas notável, sobre o Código Civil e captou bem o pensamento daqueles que conduziram o processo de codificação do Direito Civil. Para os juristas daquela época, referindo-se às Escolas de Direito de Recife e de São Paulo, a codificação do direito Civil representava a entrada para a civilização e

O que importa, sobretudo, ter em vista, observa Antonio Carlos Wolkmer, “é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjado na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietário de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. Essa faceta das origens de nosso liberalismo é por demais reconhecida, indubitavelmente, porque a falta ‘de uma revolução burguesa no Brasil restringiu a possibilidade de que se desenvolvesse a ideologia liberal nos moldes em que ocorreu em países como Inglaterra, França e Estados Unidos. Nesses países, o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, ‘tornando-se conservadora à medida que a burguesia se instala no poder e sente-se ameaçada pelo proletariado’. Já no Brasil, o liberalismo expressaria a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias’, processo esse marcado pela ambiguidade da junção de ‘formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico’, ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob aparência de formas democráticas. Exemplo disso é a paradoxal conciliação ‘liberalismo-escravidão’”⁷¹.

Além de seus aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não democráticos, afirma Antonio Carlos Wolkmer, “o liberalismo brasileiro deve ser visto igualmente por seu profundo traço ‘juridicista’. Foi nessa junção entre individualismo político e formalismo legalista que se moldou ideologicamente o principal perfil de nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal. De fato, a vertente ‘juridicista’ do liberalismo brasileiro teria papel determinante na construção da ordem político-jurídico nacional”⁷².

a partir de boas leis a sociedade alcançaria um estágio superior. Assim, “os costumes significavam tradição, a tradição pertencia ao passado, e passado era, no Brasil, sinônimo de colonialismo, catolicismo e escravidão. O progresso, ao contrário, seria alcançado pela implementação de medidas liberais, das quais a codificação era uma das mais importantes. Ao agir assim, mesmo partindo de escolas jurídicas distintas, juristas como Rui Barbosa e Clóvis Beviláqua contribuíram para firmar uma dada concepção de liberalismo, existente desde a Independência do Brasil, mas incompatível com o passado escravista. O liberalismo desejável deveria ser aquele que caminhava no sentido da racionalização das leis e da abertura comercial”. E lembrou o pensamento de Pontes de Miranda, que reconhecia na organização do Direito Civil uma das principais etapas para a construção de um Estado e de uma sociedade liberais: “Para esse autor [refere-se a Pontes de Miranda], havia uma linha evolutiva da história do liberalismo brasileiro, que começava com a Independência do Brasil e terminava com a redação do Código Civil.” (*Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 33-4)

⁷¹ *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 75-6.

⁷² WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., p. 79-80. Acrescenta o autor a respeito da criação das escolas de Direito

Os princípios liberais, de acordo com Wolkmer, “conferiram legitimidade à idealização de mundo transposta no discurso e no comportamento desses bacharéis. De fato, ainda que não tenha sido o único, foi, no entanto, o liberalismo, em diferentes matizes, a grande bandeira ideológica ensinada e defendida no interior das academias jurídicas. No bojo das instituições, amarrava-se, com muita lógica, o ideário de uma camada profissional comprometida com o projeto burguês-individualista, projeto assentado na liberdade, na segurança e na propriedade. Com efeito, a harmonização do bacharelismo com o liberalismo reforçava o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (Estado de Direito) e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania sem prejuízo do Direito à propriedade privada. O bacharel assimilou e viveu um discurso sociopolítico que gravitava em torno de projeções liberais desvinculadas de práticas democráticas e solidárias. Privilegiaram-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em detrimento da efetividade social, da participação e da experiência concreta. Concomitantemente, o caráter não democrático das instituições brasileiras inviabilizava, também, a existência de um liberalismo autenticamente popular nos operadores do Direito”⁷³.

A separação do Estado e da Igreja, com a criação de um regime político laico, promovida pela República, abriu espaço para o *laissez-faire*. Se a Constituição do Império havia pelo menos feito referência ao direito à educação que seria garantido pelo governo – no ensino fundamental –, a Constituição Republicana, observa José Reinaldo de Lima Lopes, “silencia completamente sobre qualquer ‘direito social’. Próprio do direito constitucional eram apenas as questões de soberania nacional, separação de poderes, sistema representativo, liberdades civis. O triunfo do liberalismo na República, dentro da cultura jurídica, é inquestionável. É tão profundo que mesmo as modernizações que iriam de qualquer maneira competir ao

Estado para fazer avançar o próprio capitalismo na sociedade brasileira são continuamente questionadas pelos tribunais federais”⁷⁴.

Foi nesse ambiente que germinou e nasceu o Código Civil de 1916. Esse Código, cuja característica mais pronunciada, de acordo com as palavras de A. L. Machado Neto, “é o influxo de nosso privatismo doméstico sobre a regulamentação da família e da sucessão hereditária que nele se contém, pode ser caracterizado como uma obra de compromisso entre os arrojos individualistas dos intelectuais da classe média – arrojos bafejados pelo apoio da burguesia urbana e mercantil – que enxergavam no Liberalismo econômico a ideologia a mais compatível com a expansão de seus interesses – e a ação conservadora dos representantes da burguesia rural e latifundiária que, no dizer do professor Orlando Gomes, ‘não toleravam certas ousadias’”⁷⁵.

Referindo-se ao Código Civil de 1916, e depois de examinados todos os seus antecedentes históricos, Antonio Carlos Wolkmer destaca que esse modelo liberal conservador, montado no início do século passado para assegurar e proteger os interesses da oligarquia rural, veio privilegiar o direito individual de propriedade. Sua filosofia, afirma Wolkmer, “tem reproduzido até hoje, de um lado, os princípios do individualismo burguês advindos da moderna cultura jurídica europeia; de outro, o legado colonial de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas que apenas têm favorecido a garantia e a proteção de bens patrimoniais, deixando de contemplar e resolver os conflitos sociais de massa. Os limites, o artificialismo e a pouca funcionalidade desse sistema de legalidade formalista e conservador propiciam as condições favoráveis para a sequência de confrontos intermináveis e os horizontes de ruptura com os procedimentos da justiça oficial e estatal. Daí a premência de se definir novo quadro de autorregulamentação emanado da e pela própria sociedade”⁷⁶.

⁷⁴ *O Direito na História* – lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 367.

⁷⁵ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 328. Em verdade, anota Antonio Carlos Wolkmer, com apoio em Hélio Bicudo, “a Codificação Civil enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar. Essa nota predominante da legislação pátria é assim compreendida, porquanto seus idealizadores tinham a clara percepção de que ofereciam à Nação um quadro normativo de ‘direito privado compatível com as aspirações de uma sociedade interessada em afirmar as excelências do regime capitalista de produção, propósito que encontrava obstáculos na estrutura agrária dominante e não recebia títulos de uma organização industrial a que se somassem o ímpeto libertário da burguesia mercantil” (*História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 89-90).

⁷⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., p. 124-5. O autor conclui o seu estudo com o reconhecimento de uma herança colonial burocrático-patrimonialista, marcada por práticas conservadoras, e de uma tradição liberal

no Brasil em 1827: “Na verdade, sua finalidade básica não era formar advogados, mas, isto sim, atender as prioridades burocráticas do Estado. Assim, as escolas de Direito foram destinadas a assumir duas funções específicas: primeiro, ser polo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional.” (Ibidem, p. 80-1)

⁷³ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 101. O autor acrescenta importante observação: “Ora, o influxo do liberalismo não deve ser apenas contemplado na formação, no comportamento e na visão de mundo dos bacharéis jurídicos, uma vez que as premissas liberais incidiram na formalização técnica das normas positivas, na aplicação dos textos legais e no exercício da atividade judicial. Neste aspecto o recorte mais ilustrativo foi Rui Barbosa, que, corretamente, sintetizou o ‘bacharelismo liberal’ na cultura jurídica brasileira até a primeira metade deste século.” (Ibidem, p. 102)

O Código liberal de 1916, que não abriu o sistema à interpretação judicial através das cláusulas gerais e à aplicação dos princípios, acabou nitidamente marcado pela rigidez das suas normas em defesa de uma segurança e estabilidade que interessava diretamente aos propósitos do Liberalismo brasileiro. Ele foi responsável pela formação de uma cultura jurídica que, bem assimilada nas escolas pelos bacharéis e operadores do Direito, hoje encontra dificuldade no manejo dos novos recursos do sistema aberto, construído especialmente pelo uso das chamadas cláusulas gerais, como é o caso da boa-fé objetiva e a função social do contrato e da propriedade. Essa cultura liberal fortemente disseminada na formação jurídica brasileira oferece resistência a uma mudança de paradigmas, voltados para os valores superiores do sistema, definidos na Constituição Federal.

Não obstante o primor estético – como qualquer codificação de seu tempo –, o Código Beviláqua, nas palavras de Nelson Rosendal, “era dotado de grande grau de abstração, satisfazendo a lógica patrimonialista vigente, uma vez que a atuação do magistrado fora completamente regulamentada pelo conceito exauriente das normas, não sendo possível a aplicação da justiça à concretude do caso, pois o receituário da letra do Código era inafastável. A atividade judicial era axiomático-dedutiva, sendo que a técnica regulamentar propiciava proposital rigidez à norma. Sem a possibilidade de valoração, o sistema preservava a sua assepsia e neutralidade. O Código de 1916, imbuído do formalismo jurídico que dominou as grandes codificações oitocentistas, continha a pretensão à plenitude no trato da vida civil. Desejava regular com exclusividade as relações entre os privados, delegando à Constituição apenas as normas procedimentais de separação de poderes, evitando, assim, a intromissão do Estado na vida de proprietários e contratantes, com a consagração de liberdades negativas”⁷⁷.

E no que interessa a este estudo, dirigido à operabilidade das cláusulas gerais concernente à relação obrigacional e aos contratos, é oportuna a

que serviu somente aos interesses de grande parcela das elites detentoras do poder, propriedade e meios de produção da riqueza, e preconiza: “[...] a imediata necessidade de articular, na teoria e na prática, um projeto crítico de reconstrução democrática do Direito. Por consequência, redefinir essa trajetória de ‘ideias’ e ‘instituições jurídicas’ (públicas/privadas) no Brasil envolve, concretamente, a problematização e a ordenação pedagógica de estratégias efetivas – fundadas na democracia, no pluralismo e na interdisciplinaridade – que conduzem a uma historicidade social do jurídico, capaz de formar novos operadores e juristas orgânicos, comprometidos com a superação dos velhos paradigmas e com as transformações das instituições arcaicas, elitistas e não democráticas. Uma cultura jurídica que reflita ‘ideias’ e ‘instituições’, sintonizadas com anseios e aspirações dos sujeitos sociais e dos cidadãos de nova juridicidade.” (Ibidem, p. 145)

⁷⁷ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 158.

observação de Judith Martins-Costa a respeito do Código Civil de 1916, quando afirma que a pretensão da plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica), que marcam a obra de Beviláqua, “não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais e, por isso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de *ignorância escusável*, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória”⁷⁸.

O Código Civil de 2002 tem como base o Código que o antecedeu e, embora modernizado pelo trabalho da Comissão de juristas presidida por Miguel Reale, guarda traços fortes do Liberalismo brasileiro. Na verdade, o novo Código nasceu das antigas concepções do final do século XVIII e conserva rigores inconciliáveis com as novas tendências do Direito vigente no Estado Social. A aplicação adequada do Código Civil vigente reclama o trabalho permanente da doutrina e da jurisprudência para manter vivo o direito privado à luz dos novos paradigmas, trabalho que tem o caminho aberto graças às cláusulas gerais e aos princípios encontrados no texto renovado dos seus dispositivos.

É necessário, portanto, que o espírito dos operadores do Direito se abra para uma nova forma de pensar o direito privado, revendo os antigos dogmas forjados no Liberalismo, cujos ideais conservadores encontram-se fora do tempo.

Remover as bases de uma cultura jurídica que reconhecia valor absoluto nas declarações de vontade das partes e as obrigava ao cumprimento do que foi prometido a qualquer custo, sempre invocando o velho e desgastado aforismo *pacta sunt servanda* para justificar iníquas soluções, é o trabalho do jurista de hoje para a construção de uma nova doutrina do direito obrigacional⁷⁹.

A propósito da velha doutrina escreveu Arnoldo Wald: “Por longo tempo, entendeu-se que os pactos deviam ser respeitados religiosamente (*pacta sunt*

⁷⁸ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 267. A autora também aponta a influência sobre o processo de interpretação da lei: “Os métodos de interpretação que se seguiram à codificação – o exegetismo, o legalismo, o formalismo conceptual – completarão esse processo, ao final do qual o direito restará reduzido a um sistema de cunho absolutamente fechado, sob o império exclusivo de uma lei ditada pelo Estado e sacralizada por sua origem. Se o fundamento do raciocínio sistemático jusracionalista mudará – das ‘verdades primeiras’ à ‘verdade da lei’ que caracterizará o positivismo legalista –, a imagem, contudo, é a mesma, e idêntico será, no fundo, o modo do raciocínio.” (Ibidem, p. 268)

⁷⁹ Os mecanismos do direito obrigacional e que se acham previstos na legislação civil em vigor devem, afirma Roberto Senise Lisboa, “ser adotados sob uma perspectiva protetiva da dignidade da pessoa. O ‘receber a prestação devida a qualquer custo’ deve ser limitado pelo ‘receber a prestação devida sem ofender os direitos personalíssimos’. [...] Não se pretende fazer uma apologia do mau pagador. O credor tem todo o direito de receber o que é devido pelos meios legítimos e não proibidos pelo sistema jurídico. Somente não se pode permitir que a redução do patrimônio do devedor inviabilize a sua subsistência ou de sua família, sob pena de vulneração do princípio constitucional da *proteção da dignidade da pessoa humana*” (*Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9).

servanda), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era inatingível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvados tão somente os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.⁸⁰

O contrato não interessa apenas aos contratantes. Hoje se reconhece a existência de reflexos sociais importantes nos vínculos contratuais, especialmente em face da complexidade que as relações sociais alcançaram⁸¹. A patologia dos contratos transcende a esfera de interesses das partes diretamente vinculadas. A resolução dos negócios não passa ao largo do princípio da conservação dos contratos que impõe solução de interesse social ao desfazimento das relações.

É o que pretendemos examinar a partir das novas bases da relação obrigacional e da natureza das regras de adimplemento.

2 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL E O CONTRATO

2.1 A OBRIGAÇÃO E SUA NATUREZA PATRIMONIAL

Estrutura-se a obrigação⁸², de acordo com Orlando Gomes, pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, certa prestação⁸³, ou, como prefere Mário Júlio de Almeida Costa, diz-se obrigação “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”, que “deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal”⁸⁴.

A prestação, explica Almeida Costa, não tem um fim autônomo, dirige-se a satisfazer um interesse do credor, enquanto lhe proporciona certo bem ou utilidade. Trata-se de um interesse de natureza econômica, mas pode também assumir uma pura índole espiritual, científica, cultural etc.⁸⁵

A obrigação decompõe-se em duas faces. Ao dever jurídico imposto ao sujeito passivo (devedor) corresponde um direito subjetivo do sujeito ativo (credor). O vínculo ou liame que une os dois lados do fenômeno, afirma Almeida Costa, “constituiu a chamada *relação de obrigação, relação obrigacional*, ou apenas *obrigação*”⁸⁶.

⁸⁰ Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83. As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado, explica o autor, “levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. Por outro lado, o *dirigismo contratual* restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros). O contrato passou, assim, em certos casos, a ter conteúdo de ordem pública, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes” (Ibidem, p. 84)

⁸¹ Afirma Claudia Lima Marques que “sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50).

⁸² Não se discute, anota Almeida Costa, “o grande alcance prático do instituto das obrigações, onde o acentuado relevo da natureza patrimonial dos interesses envolvidos constitui a nota dominante. Salientam os autores que é através dele, muito mais do que através de qualquer outro, que se verifica, entre os homens, o indispensável fenômeno da colaboração econômica. As obrigações permitem o tráfico jurídico – quer dizer, a troca de bens, de prestação de coisas ou de serviços, operada segundo as normas de direito – e constituem, indubitavelmente, o meio adequado para realizá-lo” (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 108). A respeito do conceito de obrigação explica Almeida Costa: “Na linguagem comum, utiliza-se da palavra *obrigação* para designar de modo indiscriminado todos os deveres e ônus de natureza jurídica ou extrajurídica. O termo engloba, pois, indiferentemente, em face do direito e de outros complexos normativos (moral, religião, cortesia, usos sociais, etc.), as situações que se caracterizam pelo fato de uma ou várias pessoas se encontrarem adstritas a certa conduta. [...] Circunscrevendo-se à esfera do direito, verifica-se que o termo obrigação é frequentemente usado com o alcance genérico de elemento passivo de qualquer relação jurídica. Neste sentido lato, apresenta-se como sinônimo de *dever jurídico* e de *sujeição* ou *estado de sujeição*. Num significado ainda mais amplo, abranger-se-á também o *ônus jurídico*.” (Ibidem, p. 49)

⁸³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

⁸⁴ É a definição que, segundo Almeida Costa, está de acordo com a doutrina corrente e é encontrada nos arts. 397 e 398 do atual Código Civil Português (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 51).

⁸⁵ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 84. O autor entende a patrimonialidade da obrigação em outro sentido. Ela significa, no Direito moderno, que o inadimplemento só confere ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor e não contra a sua pessoa. É que se exige apenas que a prestação corresponda a um interesse do credor digno de tutela jurídica e não a um valor econômico intrínseco. Esse vínculo obrigacional sem conteúdo pecuniário só tem validade, de acordo com o autor, quando o credor possua um interesse sério e não um mero capricho ou fantasia, e quando o devedor tenha assumido uma verdadeira obrigação jurídica e não um simples compromisso moral, de cortesia, etc. (Ibidem, p. 76, 84 e 603-7).

⁸⁶ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 55.

Embora não se possa afastar da estrutura jurídica da obrigação essa concepção, modernamente a relação obrigacional ganhou novos elementos e complexidade. Como explica Giovanni Ettore Nanni, “a relação jurídica obrigacional permaneceu, em larga escala, estanque ao conceito clássico de relação de débito e crédito, mediante vínculo jurídico, tendo por objeto determinada prestação. Vista a relação obrigacional como simples vínculo jurídico entre o credor e o devedor, o conceito clássico revelou-se inadequado e insuficiente para tutelar todas as vicissitudes inerentes ao atual estágio em que se inscreve o direito das obrigações. A simples imposição do dever de prestação ao devedor em decorrência do vínculo jurídico obrigacional não se demonstrava suficiente para possibilitar o efetivo cumprimento do negócio. Era necessária maior proteção ao credor e, também, ao próprio devedor a fim de que não fossem criados obstáculos para o adimplemento da obrigação. Em decorrência disso, buscou-se alargar a abrangência da relação jurídica, impondo-se, além da simples prestação, deveres correlatos, razão pela qual ela passou a ser vista como uma relação complexa”⁸⁷.

Na moderna concepção da relação obrigacional, sustentada por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “a obrigação traduz uma relação jurídica que se estabelece entre dois centros de interesses: o credor e o devedor. No polo credor, situa-se o titular do direito à prestação, por isso mesmo chamado de sujeito ativo da relação obrigacional. No polo devedor, situa-se a pessoa sobre a qual recai o dever de prestar, e por isso designada como sujeito passivo da relação obrigacional. A designação de sujeito ativo ou passivo, embora usual do ponto de vista didático, mostra-se insuficiente e reducionista, já que limitada a traduzir a estrutura estática do vínculo obrigacional, em que o poder de exigir se mostra concentrado na figura do credor. A perspectiva funcional sublinha a complexidade dos interesses e deveres recíprocos presentes na relação obrigacional, impondo a mútua colaboração em torno do escopo comum, e tornando questionável aquela terminologia”⁸⁸.

⁸⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 149.

⁸⁸ *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaga (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 5. Acrescentam os autores: “A rigor, a atribuição de titularidade a um sujeito nos polos credor ou devedor da relação obrigacional depende da função que desempenham as prestações. Em relações contratuais ocorre, com frequência, que os contratantes sejam, ao mesmo tempo, credores e devedores de prestações distintas. [...] Mesmo nas relações obrigacionais mais simples, os deveres impostos ao credor e ao devedor, em face dos centros de interesses reciprocamente considerados, e de terceiros atingidos pela relação obrigacional, descartam uma contraposição mecânica entre um sujeito ativo, titular de direitos, e outro, passivo, portador de deveres. Basta pensar na intervenção do princípio da boa-fé objetiva, informado pelos princípios constitucionais do valor social da livre iniciativa, da solidariedade social e da igualdade substancial. A cláusula geral da boa-fé objetiva impõe deveres anexos às convenções, como o dever de informação e o dever de colaboração, que recaem também sobre o credor, fazendo-o a um só tempo titular de direitos e de deveres

O objeto da relação obrigacional é a prestação, que consiste em uma atividade do devedor (fazer, não fazer, dar ou restituir), ou seja, a prestação de um fato, positivo ou negativo. Deve-se distinguir na relação, adverte Orlando Gomes, o *objeto imediato* do *mediato*, ou, por outras palavras, o *objeto da obrigação* do *objeto da prestação*. Objeto imediato da obrigação é a *prestação*, a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor. Objeto *mediato*, o bem ou o serviço a ser prestado, a coisa que se dá ou o ato que se pratica⁸⁹.

Orlando Gomes destaca ainda a *patrimonialidade* como importante característica da relação obrigacional. Nem toda ação juridicamente devida, ele afirma, “constitui *prestação* no sentido do termo. Importa que a obrigação, da qual seja objeto, tenha caráter patrimonial. A *patrimonialidade da prestação* foi motivo de controvérsia, enquanto não se distinguiu o *interesse* do credor em ser satisfeito e seu *objeto*. A confusão ensejava dúvida a respeito da necessidade de ter a obrigação valor econômico. Com fundamento nas fontes romanas, sustentava-se que a economicidade era requisito essencial da obrigação; *‘ea enim in obligatione consistere, quae pecunia cui praestatione possunt’*. Ihering insurgiu-se contra esta interpretação, defendendo a tese de que todo interesse merecedor de proteção, seja, ou não, suscetível de avaliação pecuniária, pode consubstanciar uma *prestação*. Interesses morais justificam a constituição do vínculo obrigacional tanto quanto interesses econômicos. Nada que contestar, no entanto, o problema da *patrimonialidade da prestação* não encontrara solução completa, uma vez que a tese dispensava o requisito da economicidade no *interesse* do credor, mas não decidia se a prestação pode ter conteúdo que não seja econômico. Necessário era, como se reconheceu, distinguir duas características essenciais: a *patrimonialidade* e a *correspondência a um interesse*, também moral, do credor. O interesse não precisa ser econômico, mas o *objeto* da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, a *prestação* precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a interesse extrapatrimonial. A patrimonialidade da prestação, objetivamente considerada, é imprescindível à sua caracterização, pois, do contrário, e segundo ponderação de Colagrosso, não seria possível atuar a *coação jurídica*, predisposta na lei, para o caso de inadimplemento. Na definição do objeto da obrigação é necessário, em suma, ressaltar que deve ser suscetível de avaliação econômica, e corresponder a um interesse do

frente à contraparte e mesmo a centros de interesses que não integram diretamente o vínculo obrigacional.” (Ibidem, p. 5-6)

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21.

credor, que, todavia, pode não ser patrimonial”⁹⁰.

Atento a esta característica Orlando Gomes afirmou que o direito sobre o crédito assemelha-se ao direito do proprietário. Um e outro são *direitos* que se apreciam economicamente à base de sua conversibilidade em dinheiro. De cada qual pode o titular dispor, alienando-o, gravando-o, constituindo sobre ele direito limitado. Considerado o *crédito* como *valor patrimonial* disponível, constitui, por conseguinte, objeto de um direito semelhante ao domínio. O titular desse direito seria *domo do crédito*, como o proprietário é dono da coisa⁹¹.

Assiste razão a Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ao assinalar que o fato de a reparação, em caso de inadimplemento da obrigação, ser patrimonial, pelo pagamento de uma indenização, não torna patrimonial “o comportamento (que se poderia designar como prestação em sentido genérico, não obrigacional) que se constitui no dever jurídico violado e que deflagrou a indenização”⁹².

As relações obrigacionais não se constituem em um fim em si mesmas, instrumentalizando-se para a realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). É o que afirmam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ao colocar a questão em outros termos: “A demarcação bem definida do conceito, dos elementos estruturais e da função da relação obrigacional permite ao intérprete apartá-las da lógica que preside as relações existenciais, evitando que se trate

o *ter* pelo *ser*, perspectiva axiologicamente hostilizada pela ordem pública constitucional. Justamente aí situa-se a principal razão para a preservação do requisito da patrimonialidade das prestações nas relações obrigacionais. O tratamento privilegiado dos valores existenciais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos faz com que, ao contrário dos bens patrimoniais, os valores existenciais não estejam, em regra, sujeitos à livre disposição das partes. A dignidade humana, a liberdade de pensamento, a integridade psicofísica e os demais atributos da personalidade não podem, nos exatos termos do art. 11 do Código Civil, sofrer limitação voluntária. Sendo irrenunciáveis e intransferíveis por definição, os valores existenciais encontram-se excluídos do âmbito negocial, e, como o negócio jurídico consiste na principal fonte de obrigações, é natural que tais valores estejam também distantes do tráfego obrigacional. Assim sendo, a prestação, como objeto da obrigação, tem na patrimonialidade requisito essencial. Nada impede que deveres jurídicos sem valor econômico, por serem mercedores de tutela, sejam juridicamente estabelecidos. Por vezes, tais deveres são designados como obrigação *lato sensu*. Assim poder-se-ia identificar, apenas neste sentido (e não no sentido próprio), uma *prestação* – na acepção de conduta objeto de um dever jurídico – voltada ao atendimento de um interesse não patrimonial, sempre que tal interesse seja digno de tutela. Isso, porém, não deve autorizar qualquer confusão entre a tutela privilegiada dos valores existenciais e a disciplina ordinária conferida às obrigações.”⁹³

Embora afirmada a patrimonialidade como essencial ao objeto da prestação, importa assinalar que a mutabilidade axiológica dos valores e a maior importância dada à pessoa, consoante a afirmação de Roberto Senise Lisboa, “levam ao reconhecimento inexorável de que toda obrigação tem um *aspecto moral* a ser observado (a expressão, já consagrada, deve ser entendida em sentido amplo, já que se trata, a rigor, da análise não só dos aspectos morais, como também dos demais aspectos extrapatrimoniais da obrigação)”⁹⁴. Esse aspecto moral não se confunde, à evidência, com a sua natureza patrimonial, porque voltado a outro aspecto desta complexa relação jurídica.

⁹⁰ *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23-4. Acrescenta o autor a seguinte observação: “Não é pacífica, por outro lado, a determinação do objeto imediato do direito do credor. Cabe-lhe, sem nenhuma dúvida, exigir a prestação a que se obrigou o devedor, mas é controvertido se a ação deve consistir apenas numa atividade ou, ainda, no seu resultado. O direito do credor não pode ter conteúdo diverso da obrigação do devedor, mas, em verdade, enquanto o comportamento deste se há de manifestar por uma comissão ou por uma omissão, a pretensão do credor dirige-se ao resultado dessa ação ou inação, que é, precisamente, o que lhe interessa.” (Ibidem, p. 24)

⁹¹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 234. Observa o autor: “Tamanha a semelhança que, na vida corrente, se diz que o credor é proprietário do crédito e, nesta qualidade, se fala até em compra e venda do crédito, como se fosse uma coisa. Juristas de porte, como Gierke, admitem que o direito sobre o crédito possui natureza real, tendo igual substância ao direito de propriedade. Conforme essa doutrina, o crédito seria objeto, concomitantemente, de dois direitos, conforme encarado como direito à prestação ou como valor patrimonial. No primeiro aspecto – direito de crédito – tem natureza pessoal, porque consiste no poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada obrigação, exercendo-se, por conseguinte, contra uma pessoa. No segundo aspecto – direito sobre o crédito – teria natureza real, exercendo-se *erga omnes*; porquanto o titular pode exigir de todos que se abstenham de qualquer ato que lhe seja infenso, e, para realizá-lo, dispensa a prestação de outrem.” (Ibidem, p. 234) Não se deixando seduzir por essa doutrina o autor conclui: “Não se confundindo, hoje, o direito de propriedade com seu objeto, é forçoso admitir, afastando a questão dos direitos sobre direitos, que objeto do patrimônio de alguém não são as coisas, mas os direitos que sobre elas recaem, como anotara, excelentemente, Von Tuhr, ao ensinar que o patrimônio é constituído unicamente pela propriedade que compete ao titular sobre suas coisas e não pelas coisas mesmas e pelos créditos, e não pelas prestações que podem ser exigidas em virtude deles. Não se dispõem de coisas, mas do direito que sobre elas se exercem. Assim, como o proprietário dispõe do seu direito de propriedade, o titular de crédito pode agir do mesmo modo. Pertence-lhe com aquele. A disposição de um crédito, vale dizer, a transmissão de um direito de crédito, importa no dizer de Larenz, simples modificação de sua titularidade, sem alteração do conteúdo jurídico.” (Ibidem, p. 235-6)

⁹² *Código Civil comentado: direito das obrigações* – artigos 233 a 420. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 11.

⁹³ Ibidem, p. 12.

⁹⁴ *Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14. Georges Ripert, em sua famosa *A regra moral nas obrigações civis*, afirmava que a regra moral, “contra o exercício ilimitado dos direitos, ensina que pode haver injustiça a esgotar as prerrogativas duma faculdade; que se deve controlar a ação do credor provinda do contrato e ligando a si o devedor; que o juiz deve apreciar com que sentido e com que fim age aquele que pretende exercer um direito, e, se essa ação não é lícita, recusar-lhe o seu concurso” (*A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 24). É nesse sentido que se pode dizer que a obrigação está sujeita e deve observar um aspecto moral.

2.2 A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL, O CONTRATO E A VONTADE

A obrigação assumiu a natureza que tem hoje como resultado de um processo de desenvolvimento jurídico e político do contrato e da vontade. José Reinaldo de Lima Lopes lembra que era o contrato, e não a vontade, a fonte de obrigações no Direito Romano, porque todo o direito estava construído sobre as defesas e ações possíveis. Assim, o que gerava a ação era o ato solene e não a vontade. A ideia, de que os contratos, e não somente a vontade das partes, gera a obrigação, afirma o autor, “dominou também boa parte do direito medieval acadêmico e letrado, conhecido como *ius commune*. Havia dois pressupostos na teoria contratual do século XII ao século XVII: a) que os contratos eram tipos definidos, com finalidades específicas, aos quais as partes aderiam quando desejavam certas consequências jurídicas; b) que o fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes, ou realizar a liberalidade, isto é, trocar igualmente entre iguais ou trocar porque um dos sujeitos deseja realizar uma liberalidade, aquela virtude que está entre a *avareza* e a *prodigalidade* e que consiste em doar segundo o mérito e a conveniência de cada um, e que permite ao homem alegrar-se e entristecer-se com as aquisições e perdas na medida certa (Aristóteles). Para flexibilizar os tipos contratuais foram admitidos os *pactos*: convenções que as partes faziam para alterar aspectos acidentais dos contratos. Os pactos, em si mesmos, só obrigavam se os contratos a que se vinculavam fossem válidos (*ex nudo pacto actio non oritur*) e desde que não alterassem os elementos *essenciais e naturais* do contrato”⁹⁵.

Havia também uma ética na teoria contratual, assinala José Reinaldo de Lima Lopes, “e sua natureza implicava sempre uma finalidade última, a justiça. Entrar ou não num contrato poderia ser matéria de conveniência ou liberdade, mas o contrato mesmo não se regulava ou interpretava em vista do interesse de uma das partes, ou das duas partes, mas da realização da justiça *comutativa*. Esta inseria-se num todo orgânico e harmônico de justiça política e justiça *distributiva*. A regulamentação dos negócios,

⁹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 392-3. Explica o autor: “Para os juristas medievais treinados na escolástica, os contratos tinham uma essência que os distinguia entre si. De tal modo o contrato tinha naturalmente (por natureza), essência e acidentais, e se poderia distinguir uma compra e venda de um empréstimo por traços que eram a essência de um e de outro tipo, que lhes eram naturais (determinados e determinantes de sua finalidade).” (Ibidem, p. 393)

portanto, nunca era um assunto de exclusivo interesse particular: era sempre um mecanismo de equilíbrio social, de paz e de justiça e em tais termos precisava justificar-se e ser racional e razoavelmente compreendida. Por isso não havia lugar para que as partes convencionassem exclusivamente o que queriam. Não era a sua *vontade* a fonte das obrigações, mas o contrato mesmo. Aquilo que contrariasse a *natureza* de um negócio seria um *pacto antinatural*, e, pois, não seria aceitável”⁹⁶.

Tudo isto, de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, “funcionava numa sociedade estável, hierarquizada, estamental em que a riqueza principal era imóvel, como a terra, de oferta inelastável, como dizem os economistas. Não era uma economia do crédito. Quando entramos na sociedade mercantil, capitalista, tais condições mostraram-se como um constrangimento à generalização das trocas. O melhor era acabar com tais constrangimentos. [...] Aqui entraram os *jusnaturalistas* modernos, contratualizando toda a vida social: o contrato passou a ser fonte de obrigações enquanto *expressão de vontade*. A promessa do homem livre e isolado passou ao primeiro plano. [...] O contrato passou a ser uma *conventio cum causa* e Jean Domat pôde usar a expressão *Pacta sunt servanda* no sentido novo: os pactos obrigam por si mesmos, e os contratos se equiparam aos pactos. A distinção medieval entre pactos e contratos foi perdida. A fonte das obrigações passou a ser a vontade, não o tipo contratual. O voluntarismo foi a pouco e pouco afastando do direito a discussão e sobretudo o entendimento das regras de justiça. Um contrato, desde que livremente aceito, seria válido independentemente da discussão sobre a justiça de seu conteúdo. Com o tempo as questões de justiça passaram a ser objeto de conhecimento de filósofos, não de profissionais (acadêmicos ou práticos) do direito”⁹⁷.

A partir do século XIX, quando a concepção liberal se enraíza na sociedade, “se fortalece de maneira jamais vista a crença de que o Estado deveria interferir o mínimo possível na vida das pessoas e de que o direito não deveria se preocupar com a justiça do resultado das transações. A justiça passa a ser entendida essencialmente como o respeito ao acordo firmado e o interesse público passa a ser identificado à defesa da ordem liberal e aos princípios de mínima intervenção estatal. Por outro lado,

⁹⁶ Ibidem, p. 393.

⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 395.

à medida que o direito contratual clássico dava pouca atenção às desigualdades entre as partes contratantes, ele se definia mais por sua preocupação com a justiça corretiva do que com a justiça distributiva. As desigualdades não deveriam ser corrigidas no âmbito das relações privadas, mas apenas, e se tanto, ser tarefa do governo através de suas políticas de redistribuição de renda ou assistência social”⁹⁸.

O contrato, assinala José Reinaldo de Lima Lopes, “deixa aos poucos de ser um tipo para transformar-se numa *promessa exigível* com a coação organizada do Estado. Na língua inglesa, o contrato passa a ser *enforceable promise*. O desenvolvimento da teoria do contrato significou, como indicam Horwitz e Atiyah, que o *laissez-faire* não é uma teoria do Estado mínimo, mas do Estado intervencionista a favor do cumprimento de qualquer promessa. A teoria contratual liberal, aparentemente ligada a um Estado mínimo, de fato associa-se a um Estado interventor, ela é ‘filha do século XIX, que rejeitou o conceito medieval de justiça substantiva nos contratos e os transformou em acordo de vontades (*convergence of wills*)’ (Horwitz). Os tribunais e o legislador já não poderiam propriamente regular os termos do contrato quanto à sua justiça (*fairness*), mas apenas dar-lhes executoriedade”⁹⁹.

Corresponde ainda à orientação clássica, de fundo romanístico, que se formou a respeito do contrato a partir da valorização da vontade, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, afirma Almeida Costa, “a doutrina moderna, sobretudo por mérito de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo. Deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* (‘Nebenpflichten’), além de *direitos potestativos, sujeições, ónus jurídicos, expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*”¹⁰⁰.

⁹⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

⁹⁹ *O Direito na História* – lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 397. Observa ainda o autor que “a maior inovação do Código Civil francês não foi o triunfo da propriedade mas do direito das obrigações, da concepção liberal de contrato. Foi a ascensão do modelo contratual de promessas obrigatórias, de declaração de vontade ou de expressão da vontade, tanto nas relações de propriedade quanto nas de responsabilidade delitual” (Ibidem, p. 397).

¹⁰⁰ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 56.

Essa concepção clássica da obrigação e do contrato, que empresta à vontade força absoluta e vê a prestação como um fim, na qual se esgota a relação, ignora a existência de outros deveres secundários e laterais das partes. Deve, portanto, ser superada a partir do reconhecimento de que a relação obrigacional não está restrita ao direito de exigir e o dever de cumprir a prestação. A obrigação é um processo que não se encerra com a prestação, cuja finalidade não está limitada ao interesse das partes e a respeito da qual deve haver uma funcionalização social.

Surge a ideia de obrigação como um todo, um conjunto, que compreende uma série de deveres de prestação e conduta orientados a um fim perseguido por ambas as partes. A relação obrigacional revela-se assim como processo, porque desde o princípio, afirma Larenz, esta relação está encaminhada a alcançar um fim determinado e extinguir-se com a obtenção deste fim, e justamente a obtenção desse fim pode exigir alguma modificação, sem perder sua identidade como relação de obrigação¹⁰¹.

Nesse processo, as partes não assumem posições antagônicas e devem se interessar e colaborar na realização do programa contratual que é comum.

O contrato, que não esgota todas as obrigações, mas concentra grande parte delas, em razão do princípio da solidariedade e das diretrizes do Código Civil de 2002, é um meio de colaboração entre as partes, como assinalou Giovanni Ettore Nanni, “de tal maneira que credor e devedor não devem ser considerados como partes antagônicas e sim como partícipes imbuídos de obter um fim comum, que é o regular cumprimento da avença assumida. Ou, em outras palavras, ao invés de predominância da ideia de embate, de interesses particulares contrários, o contrato deve ser visualizado como um plano conjunto, um projeto comum entre credor e devedor com o propósito de satisfazer seus interesses, em que, para atingir tal desiderato, devem as partes cooperar. Destaque-se que tal ponto de vista deflui do acolhimento da obrigação de maneira complexa, ou como um processo, uma totalidade, realmente orgânica, constituindo uma ordem de cooperação que constitui uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Por isto, dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam,

¹⁰¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 39.

tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo¹⁰².

Nos últimos anos, de acordo com Arnaldo Wald, “deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como necessariamente decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* – a *affectio contractus* –, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século XX, alguns autores como René Demogue, referiam-se ao contrato como sendo ‘uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua’. Mais recentemente, outros autores desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade¹⁰³.”

Deveres de lealdade, cooperação e solidariedade¹⁰⁴ estão presentes em todo o processo obrigacional e ligados diretamente à questão do adimplemento. Abandona-se a concepção clássica e estática da obrigação, voltada para a prestação, para lançar sobre ela uma nova visão, ampliada, na qual se vê outros deveres das partes e o interesse social em todo o processo

¹⁰² O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 308-9. Nesse sentido Renan Lotufo: “O contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento de cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que preservar a igualdade dos sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais.” (*Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 9)

¹⁰³ Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

¹⁰⁴ Durante a evolução da sociedade industrial, anota Roberto Senise Lisboa, “verificou-se a necessidade de conferir maior significado ao ideário revolucionário francês da *fraternidade*. O *Code français* de 1804 revalorizou o princípio da boa-fé. Além disso, o direito germânico contribuiu para a evolução da boa-fé sob uma nova ótica, ao construir a *teoria da confiança*, a partir do dever de lealdade. Para tanto, fez-se mister a identificação e aplicação jurídica do conteúdo de tal expressão. A *fraternité* francesa e a *lealdade* germânica, frutos da evolução da boa-fé em cada um desses sistemas jurídicos, contribuíram decisivamente para que se pudesse identificar o *princípio da solidariedade* estatuído na constituição brasileira como a diretriz a ser alcançada em todas as relações jurídicas, inclusive as de natureza contratual” (*Manual de Direito Civil*. v. 3: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61).

obrigacional. Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é iluminado pelo preceito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e alicerçado pelos princípios constitucionais da liberdade, da justiça e da solidariedade (art. 3º, I, da CF), e, levando-se em consideração o conceito de obrigação como processo, com imposição de deveres de auxílio e cooperação, conclui Giovanni Ettore Nanni, “que a união desses elementos fortifica a superação da acepção clássica da relação obrigacional¹⁰⁵.”

Não mais se concebe, de acordo com Paulo Nalin, “que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção. Nesse contexto, mostra-se o liame necessário entre uma relação jurídica individual e a funcionalização do instituto do contrato, em que um dos aspectos de projeção é a quebra, ou, ao menos, a mitigação, do princípio da relatividade do contrato, passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos¹⁰⁶.”

A situação subjetiva do devedor não se traduz somente num simples dever ou obrigação de uma parte diante da outra, assim como não se pode ver na relação obrigacional relevância exclusiva nas situações ativas e nos poderes do credor. Outros direitos e deveres são coligados e estão presentes nesta relação. Daí se pode dizer, seguindo a lição de Renan Lotufo, “que o dever jurídico significa a correlação genérica de um sujeito em face de outro, ou outros, ou seja, uma situação de conteúdo genérico que não especifica só um comportamento determinado. Substancialmente, o titular de um dever jurídico deve uma cooperação genérica que se exaure, quando menos, num comportamento de abstenção ou negativo. De tal sorte que o dever de solidariedade do art. 3º, I, da Constituição Federal, enquanto integrante da sociedade nacional, em verdade, representa deveres de conteúdo genérico, ainda que suscetíveis de determinação em relações concretas. Da mesma forma quanto à obrigação, que em geral tem na prestação um dever específico, que pode ser positivo ou negativo. Todavia o dever obrigacional de adimplir não se justifica somente como uma obrigação, mas sim como parte do conteúdo de uma situação subjetiva mais complexa,

¹⁰⁵ *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161. Acrescenta o autor que “se a doutrina já sustentava a presença dos deveres secundários na relação obrigacional, eles recebem uma conotação definitiva com a influência das normas constitucionais citadas” (Ibidem, p. 161).

¹⁰⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 197.

como a situação devedora, que corresponde a alguns direitos”¹⁰⁷.

Reclama-se das partes a boa-fé objetiva a partir da qual se reconhece a existência de outros deveres na relação obrigacional. A imposição de um dever de comportamento honesto, leal e de colaboração, afirma Claudio Luiz Bueno de Godoy, “faz nascer esses deveres de conduta, que bem revelam que a obrigação e, particularmente, o contrato, não podem mais ser vistos apenas sob o aspecto da prestação principal que os caracteriza. Noutras palavras, não há tão somente o vínculo caracterizado pela prestação principal ou mesmo pelas que lhe são secundárias. Melhor considerar que a obrigação e o contrato, afinal uma de suas fontes, encerrem, de forma mais ampla, uma relação jurídica complexa que envolve a existência de diversos deveres, e de conduta, afetos às partes, portanto a quem não toca apenas a prestação principal. Deveres que são recíprocos e que transitam de maneira fluída nesse todo, nesse complexo”¹⁰⁸.

Há, pois, de acordo com Arnoldo Wald, “uma evolução na qual, após termos abandonado a caracterização do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, lhe demos uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a intenção e a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como em todo o período da sua execução, quando se trata de convenções com efeitos duradouros ou diferidos”¹⁰⁹.

A vontade deixa de ser a fonte exclusiva da obrigação diante da intervenção estatal no campo da liberdade de contratar e dos interesses sociais que prevalecem nas relações privadas contratuais. Nas palavras de Claudio Luiz Bueno de Godoy, “impede reconhecer que, atualmente, de fato o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, tanto quanto a ela não se tributa a justificativa dos efeitos obrigacionais advindos do negócio, a justificativa mesmo dos termos de sua tutela, se disso merecedora, garantida pelo ordenamento. A estatuição de valores constitucionais fundamentais a serem sempre atendidos, bem assim a disposição de normas infraconstitucionais de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliam o conceito das fontes do contrato. A propósito, anota Pietro Perlingieri que, nesse novo panorama,

¹⁰⁷ *Código civil comentado*: parte geral (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 10-1.

¹⁰⁸ *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 79.

¹⁰⁹ Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENESE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85-6.

‘a autonomia privada não é mas a fonte exclusiva do contrato, no sentido de que este é a expressão não mais do autorregulamento, mas do regulamento que tem sua fonte, além do contrato, na lei, nos usos, na equidade’”¹¹⁰.

A autonomia privada continua a garantir a liberdade das partes em criar normativas para regulação dos seus interesses, mas legitimada sempre em razão dos valores que a Constituição definiu¹¹¹.

Ao mesmo tempo em que se reconhece a importância econômica e social da autonomia privada (e já quase não se fala em autonomia da vontade), “aceita-se que devam ser-lhe assinadas limitações, para salvaguarda dos outros dois princípios, da justiça e da boa-fé, que também tutelam valores essenciais – e, quanto a nós, tão de ordem pública como aquele. O que hoje não se aceita é que a liberdade contratual (um princípio que não tem natureza apenas ‘ideológica’, como afirma Mario Bessone, tem, sem dúvida, importantíssimo conteúdo ideológico) seja erigida em valor supremo”¹¹².

A obrigação não pode ser vista como instrumento técnico-jurídico criado em favor do interesse do credor. O interesse que está em jogo na relação obrigacional não é exclusivamente do credor. A relação obrigacional envolve um programa estabelecido pelas partes para alcançar uma finalidade comum e a repercussão social desta relação transcende os limites subjetivos da relação¹¹³.

Impõe-se, portanto, uma mudança de paradigmas e o resgate de valores existenciais da pessoa humana na compreensão moderna da relação obrigacional.

¹¹⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 17-8.

¹¹¹ Para João de Matos Antunes Varela a autonomia privada não tem o mesmo sentido que a liberdade contratual: “Uma coisa é, na verdade, a faculdade reconhecida aos particulares de fixarem livremente, segundo o seu critério, a disciplina vinculativa dos seus interesses, nas relações com as demais criaturas (*autonomia privada*). E outra coisa, embora estreitamente relacionada com essa, é o poder reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras (no plano do Direito) dos seus interesses contrapostos (*liberdade contratual*). A *autonomia privada* é um princípio de área bastante mais dilatada (do que a liberdade contratual), pois compreende ainda a *liberdade de associação* (para a constituição de pessoas colectivas), a liberdade de tomar *deliberações* nos órgãos colegiais, a liberdade de *testar*, a liberdade de celebrar *acordos* que não são contratos (como os que abundam na vida da sociedade conjugal) e a liberdade de praticar os numerosos actos unilaterais (passar procuração, perfiar, anular, revogar, resolver ou denunciar negócios jurídicos, etc.) que concitam a tutela do direito” (*Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. I. p. 236).

¹¹² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 122-3.

¹¹³ Correta, portanto, a observação de Frederico Kastrop de Faro, quando afirma que “a identificação do objeto do contrato e das condutas devidas por cada uma das partes celebrantes deixou de ser realizada de acordo com a simples literalidade da prestação principal ajustada (de dar, fazer ou não fazer). Com efeito, no lugar de tal noção, hoje obsoleta, surgiu a moderna perspectiva que exige que a relação contratual se institua e desenvolva com vistas a um objetivo bem mais complexo, isto é, a busca pelo *atingimento da finalidade material vislumbrada pelas partes a partir do negócio instituído*. Para tanto, a execução dos ajustes contratuais passou a ser pautada pela noção de que o seu objeto nada tem de monolítico, ramificando-se, ao revés, para muito além do simples teor dos direitos e deveres expressamente acordados pelas partes” (Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 23, 2009).

2.3 O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

É correta a observação de Nelson Rosenvald quando afirma que “o Código Civil de 1916, de feição marcadamente individualista, visualizava a obrigação apenas pelo olhar do credor, pois o devedor era mero coadjuvante. Hoje, percebemos a ideia de solidariedade e responsabilidade até mesmo perante a sociedade, pois ela demanda o cumprimento da obrigação como forma de pacificação do tecido social e incremento do tráfico negocial”¹¹⁴.

Embora fundado em bases liberais do Código anterior, o direito das obrigações recebeu novas diretrizes no Código Civil de 2002¹¹⁵. Para Judith Martins-Costa, a maior novidade do Código atual está na “noção dinâmica da relação obrigacional, considerada como ‘estrutura de processos’ e ‘como totalidade’, para a qual a noção de adimplemento desempenha um papel fundamental, distinto do de mero modo de extinção das obrigações. O extremado relevo deste papel para a própria noção de obrigação só agora vem reconhecido pelo direito legislado, em razão da nova arquitetura da disciplina das Obrigações, traduzida pela estrutura sistemática adotada pelo novo Código Civil e pelas diretrizes teóricas que as polarizam”¹¹⁶.

A autora se refere à doutrina de Clóvis do Couto e Silva (*A obrigação como processo*) e explica: “com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência, o complexo de atividades necessárias para a satisfação

do interesse do credor, o conjunto de atos interligados que se dirigem ao adimplemento, finalidade precípua da própria existência do vínculo, finalidade que é a ele inerente”¹¹⁷.

Ao lado de sua estrutura, “a relação obrigacional deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional, ou seja, como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social. O direito contemporâneo, atento a este aspecto dinâmico da obrigação, reconhece que, mais que garantir a vinculação aos termos expressos de um dado negócio jurídico, mostra-se importante assegurar às partes a obtenção do fim econômico e social, razão e justificativa da relação obrigacional. Por este motivo, exige-se que as partes atuem em conformidade com a boa-fé objetiva, com lealdade e confiança recíprocas, colaborando em prol do objetivo comum. Trata-se da cláusula geral da boa-fé objetiva, que funciona como *standard* de comportamento para as partes de toda relação obrigacional”¹¹⁸.

Na verdade, explica Fernando Noronha, “existem duas maneiras de encarar qualquer situação jurídica obrigacional da vida real: uma, vendo nela apenas o que chama de *relação obrigacional simples*, isto é, somente vendo o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; outra, vendo-a numa perspectiva totalizante ou globalizante, com a pluralidade de direitos, obrigações e outros vínculos jurídicos que nela se interligam. Nesta perspectiva, teremos o que se chama de *relação obrigacional complexa, ou sistêmica*. Quando se considera a relação obrigacional simples, seleciona-se de uma determinada situação da vida real apenas um direito respeitante a uma prestação exigível (direito subjetivo de crédito), acompanhado do dever correspondente de realizá-la, que está a cargo de outra pessoa. Quando se considera a relação obrigacional complexa, olha-se a situação na sua totalidade, considerando direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades, digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma ou outra parte”¹¹⁹.

¹¹⁴ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71-2.

¹¹⁵ Para entender as mudanças conceituais, que se refletem neste Livro do Direito das Obrigações, anota Renan Lotufo, “é preciso ter presente que o Código Beviláqua foi elaborado ao tempo de uma economia estável, moeda com valor definido, uma sociedade machista e elitista, relações civis centradas na propriedade imobiliária, economia recém-saída de um regime de escravidão, que, em vez de dirigir-se para a indústria, investia só no comércio litorâneo e na terra para seu fortalecimento e segurança. O projeto do presente Código alterou substancialmente essa matriz, porque teve diante de si outro tipo de sociedade e cultura. Assim, abandona a posição individualista para afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 431), princípio este que inaugura o título relativo aos ‘Contratos em geral’, dando a tônica de como a matéria deverá ser tratada pelo intérprete” (*Código civil comentado*: parte geral (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 9).

¹¹⁶ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1. Acrescenta a autora: “Atento à diretriz sistemática que norteou a sua elaboração, e calcando esta diretriz na noção de *estrutura*, tão cara ao pensamento do Presidente da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, Miguel Reale, o Código ora vigorante discerniu entre as fases de criação do vínculo, seu desenvolvimento e seu desaparecimento. Este último restou distinguido entre o modo normal ou habitual (adimplemento) e o patológico (inadimplemento), localizado em Título diverso (IV), também objeto destes Comentários.” (Ibidem, p. 2)

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 396.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 17.

¹¹⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 157-8. O autor acrescenta importante observação: “Esta concepção da relação obrigacional complexa, que representa algo mais do que a mera soma dos direitos, deveres, poderes e outras faculdades jurídicas nela englobadas, é noção hoje definitivamente incorporada à ciência jurí-

Parece seguro, de acordo com Almeida Costa, “que a óptica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um *sistema*, *organismo* ou *processo*, encadeado e desdobrado em direção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica. Observe-se que existem aqui dois tópicos conexionados, mas cindíveis analiticamente: a integração de múltiplas faculdades e situações num direito ou relação, isto é, o seu entendimento como um *organismo* ou *mecanismo* (‘Gefüge’) que permite a consecução de fins determinados; e a conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, quer dizer, a sua compreensão como *processos* ou sequências teleologicamente estruturadas. Ambas as ideias se complementam”¹²⁰.

Em sua obra, Clóvis do Couto e Silva afirma que “o desenvolvimento da relação obrigacional, polarizado pelo adimplemento, está condicionado por certos princípios gerais, ou específicos a cada tipo de obrigação, ou comuns a alguns deles. Entre os gerais, a nosso juízo, devem-se incluir o da autonomia da vontade, o da boa-fé e o da separação entre as fases, ou planos, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento”¹²¹.

A relação obrigacional não pode ser vista isoladamente, separando-se o crédito e o dever de prestar. A relação obrigacional é fundamentada por um fato determinado e programada para alcançar uma finalidade. Essa relação jurídica deve ser vista pelo todo, compreendendo uma série de deveres de conduta. Como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, afirma Judith Martins-Costa, “percebe-se ser a mesma um *vínculo dinâmico* – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, ‘casos’ e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimenta processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento. A concepção da obrigação

dica. De nossa parte, apenas observamos que talvez fosse mais correto falar em ‘sistema’ do que em ‘conjunto’ ou ‘processo’; por isso, temos falado em relação obrigacional complexa, sistêmica ou sistema obrigacional.” (Ibidem, p. 159)

¹²⁰ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 57-8.

¹²¹ *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 23. Entende-se por autonomia da vontade, de acordo com o autor, “a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade” (Ibidem, p. 24).

como processo e como uma realidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*”¹²².

No Estado liberal, lembra Clóvis do Couto e Silva, “com nítida separação entre Estado e sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada”. No Estado moderno, observa o autor, não há separação tão rigorosa entre Estado e sociedade, “pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, se interpenetram e se completam”. É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma ou mais partes, fora de toda habilitação legislativa. Sobre a faculdade dispositiva das partes, existe o ordenamento jurídico, o qual, mediante a incidência da norma, confere efeitos aos atos dos particulares”¹²³.

Por isso, afirma o autor, que “a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática. De um lado, a intervenção estatal, os atos de planificação e os formativos de direitos privados e, de outro, a tipificação social, e sobretudo os atos jurídicos de caráter existencial, forçaram a revisão dos conceitos”¹²⁴.

No entanto, “a indiferença aos princípios consagrados na Constituição de 1988 – notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais da livre iniciativa, elevados a princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 1º, III e IV) – tem contribuído para a perpetuação de uma leitura limitada à estrutura do vínculo obrigacional, meramente estática, que se atém à consideração e à categorização dos aspectos exteriores do liame entre credor e devedor. Deixa-se, assim, de atentar para o aspecto dinâmico e funcional de cada obrigação, ou seja, para a causa, para o título, para o equilíbrio substancial entre os sujeitos envolvidos, para a espécie de interesses que visa concretamente realizar, e ainda para os múltiplos centros de interesses afetados pelo desenvolvimento da relação

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 394.

¹²³ *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 25.

¹²⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit., p. 31.

obrigacional. O Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade de tratar do direito das obrigações sob esta perspectiva contemporânea, comprometida com a realização dos valores constitucionais nas relações jurídicas privadas, e acabou repetindo a disciplina obrigacional do Código Civil de 1916, com alterações pontuais. A indiferença aos valores constitucionais e às tendências jurídicas mais recentes se explica, em parte, pela própria desatualidade do projeto original, elaborado em 1975, mais de uma década antes, portanto, da atual Constituição da República. Além disto, a própria comissão redatora do anteprojeto elegeu, expressamente, como premissa metodológica, manter, no que fosse possível, a estrutura e a linguagem do Código Civil anterior e não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotadas de certa sedimentação e estabilidade”¹²⁵.

Isso não significa “que o intérprete deva deixar de atribuir à disciplina das obrigações um tratamento que supere o enfoque estático que lhe reserva o Código Civil. A atenção aos princípios e valores consagrados no ordenamento constitucional, especialmente no sentido de dar a máxima eficácia social aos dispositivos do Código, permite observar o direito das obrigações sob perspectiva dinâmica e funcional, que leve em conta os centros de interesses mercedores de tutela na concreta relação jurídica que se apresentam”¹²⁶.

Cabe à doutrina e à jurisprudência dar os novos contornos da relação obrigacional a partir da observação de que ela representa um processo, um vínculo dinâmico, com uma finalidade a cumprir à luz dos valores definidos na Constituição, rompendo com a clássica concepção liberal.

3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E AS CLÁUSULAS GERAIS

O personalismo ético, que parte da base da capacidade do homem para a autodecisão e a responsabilidade por si mesmo e que eleva o respeito à dignidade pessoal de cada ser humano à categoria de imperativo moral supremo, não seria, contudo, suficiente, afirma Larenz, para fundamentar uma ordem jurídica, e nem sequer uma ordem jurídica privada, se não intervisse também um elemento ético-social. Esse elemento é o princípio da boa-fé¹²⁷.

A incidência nas relações jurídicas, especialmente nas obrigacionais, do preceito ético presente na boa-fé atenua o individualismo e promove valores que estão no vértice do ordenamento, como a dignidade e solidariedade, e renovam os paradigmas que sempre pautaram a interpretação dos negócios jurídicos. A importância desse preceito é fundamental na formação da ordem jurídica e, embora presente na doutrina e nas decisões dos tribunais, ganha força e oferece novas perspectivas a partir do seu exposto reconhecimento no Código Civil.

3.1 A BOA-FÉ E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Se é das fontes que as obrigações provêm, afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva, “também é da regulação delas que se delimitam os princípios jurídicos aplicáveis às relações específicas. São elas, portanto, os veículos próprios dos princípios aplicáveis a todo o campo obrigacional, além de oferecerem as regras mais diretamente incidentes”¹²⁸.

Ao lado dos princípios particulares, aplicáveis à concreta espécie de relação obrigacional, outros, os princípios gerais, têm incidência nas obrigações. São princípios, anota Jorge Cesa Ferreira da Silva, que oferecem os nortes valorativos de conteúdo amplo, como, por exemplo, os princípios da autonomia privada, da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e do equilíbrio. Por isso, “a compreensão do direito obrigacional a partir do

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 2.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹²⁷ LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte geral*. Versão espanhola de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 58.

¹²⁸ Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 101.

novo Código parte da análise desses princípios gerais, capazes que são de não só regular as relações como também propiciar aberturas e conexões a outros domínios normativos, tanto internos ao Código quanto externos a ele, do que se destaca as pontes com a Constituição¹²⁹.

Para a compreensão adequada do que representa a boa-fé no direito privado brasileiro é necessário recordar algumas das proposições levadas a efeito no projeto que resultou no Código Civil de 2002.

O Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002, o jurista Miguel Reale, destacou na exposição de motivos dirigida ao Ministro da Justiça, Doutor Armando Falcão, a preocupação do projeto em assegurar o sentido de “socialidade”¹³⁰ e “concreção”¹³¹, princípios fundamentais na obra programada. Escreveu Miguel Reale: “Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da

¹²⁹ Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 101. O autor faz importante observação quanto à natureza desses princípios: “é necessário dividir internamente esses princípios, na medida em que a divisão permite melhor compreendê-los. Conforme a origem da normatividade, pode-se distingui-los em princípios de normatividade *exógena* ou *endógena*. Dois deles têm uma origem exógena à relação obrigacional formada, ou seja, constituem imperativos do ordenamento para a relação. É o caso da autonomia privada e da função social. Por sua vez, a boa-fé objetiva e o equilíbrio têm uma origem endógena: são as características específicas da relação concreta, no que se inclui a conduta das partes, que determinam as suas aplicações. A distinção é importante porque os dois primeiros possuem função eminentemente funcionalizante” (Ibidem, p. 102).

¹³⁰ Miguel Reale explica que: “O ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.” (*O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7)

¹³¹ Concreção, ou princípio da ‘concretidade’, como prefere Miguel Reale, é, nas suas palavras: “a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção para a disciplina da matéria” (*O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 12). Este princípio está implícito no de *operabilidade*, também aplicado na elaboração do projeto. Escreveu Reale: “toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a conveniência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado. [...] o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica’. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo dogmático, aquele modelo teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam” (Ibidem, p. 11-2).

insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.”¹³²

Ao defender o projeto, Miguel Reale criticou o excessivo rigorismo formal do Código de 1916, que pouquíssimas referências fazia à equidade, boa-fé e demais critérios éticos. Sustentou a aplicação do princípio da *eticidade*: “Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.”¹³³

A respeito do Direito das Obrigações, o projeto procurou, segundo Reale, “tornar explícito, como princípio condicionador de todo processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica”.¹³⁴

O que se tem em vista é, em suma, explicou Reale, “uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do

¹³² O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 52.

¹³³ REALE, Miguel. Op. cit., p. 8. Judith Martins-Costa, nesse sentido, defendeu “um modelo de código pelo qual, mantida a concepção sistemática, permita-se a sua abertura aos elementos externos e mobilidade para enfrentar a mutabilidade da vida, possibilitando à prática jurisprudencial coordená-lo com os demais elementos do sistema, notadamente os valores constitucionais” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 26).

¹³⁴ REALE, Miguel. Op. cit., p. 67.

Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático”.¹³⁵

É certo que a boa-fé objetiva, como preceito de natureza ética, não está confinada ao direito das obrigações, espraiando-se por outros ramos do direito privado e público. Contudo, de acordo com Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a boa-fé objetiva tem “maior incidência na seara contratual ou, para muitos, e decerto influenciados pela própria topografia do § 242 do BGB, de necessária adstrição ao gênero do direito das obrigações – pressuposta esta como um processo, uma relação jurídica complexa e dinâmica em que as partes não se vinculam apenas à prestação principal, mas também a deveres instrumentais à sua melhor consecução, a seu adimplemento –, a boa-fé objetiva faz do ajuste, hoje, muito mais uma relação de cooperação, de consideração com o outro, destarte garantindo a promoção do solidarismo que, como visto, é valor constitucional e, nesta senda, imbricando-se com a função social do contrato”¹³⁶.

3.2 O SISTEMA ABERTO, AS CLÁUSULAS GERAIS E A BOA-FÉ OBJETIVA

Por força dos ideais liberais se depositou nos Códigos e nas leis escritas a inabalável confiança da construção de um sistema que pudesse responder a todas as demandas e sanar todas as dúvidas. A desconfiança que pesava sobre as decisões do juiz também concorreu para a formação de um sistema fechado, impermeável aos valores maiores do ser humano, porque qualquer movimento de abertura representava ameaça séria aos interesses de uma classe dominante. Logo se percebeu que o Direito, como já afirmava Ripert, “não podia, na rigidez das suas fórmulas e na generalidade das suas regras abstratas, dar à atividade humana uma regra de conduta maleável e firme ao mesmo tempo”¹³⁷.

A boa-fé objetiva tem a função de colmatar as inevitáveis lacunas legislativas. Francesco Galgano salienta bem esta função: *“la legge, per analitica che sai, non può prevedere tutte le possibili situazioni; non può sempre prevenire, con aposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l’una a danno dell’altra. La legge prevede solo le situazioni piú frequenti, sventa gli abusi piú recorrenti: molti riprovevoli comportamenti sfuggirebbero alle pur fitte maglie della legge, se si dovesse considerare permesso ogni comportamento che nessuna norma vieta (‘la legge non lo vieta, dunque posso farlo’), o solo facoltativo ogni comportamento che nessuna norma di legge rende obbligatorio (‘la legge non lo impone, dunque posso non farlo’). Il principio generale della correttezza e della buona fede consente de identificare altri divieti e altri obblighi oltre a quelli previsti dalla legge; realizza, como se dice, la “chiusura” del sistema legislativo, ossia offre criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale”*¹³⁸.

A forte tensão que se criou entre a busca por respostas adequadas e a rigidez do sistema fechado acabou por impor um novo modelo que abre à interpretação do juiz e da doutrina um espaço indefinível para a criação

¹³⁵ *O projeto do novo Código Civil*: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 59.

¹³⁶ *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 74-5.

¹³⁷ *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 25.

¹³⁸ GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*. Padova: Cedam, 2009. 2. v. p. 558. O jurista italiano ainda lança importante observação: “L’applicazione della clausola generale di buona fede non è, se non in senso quanto mai lato, applicazione della legge; è, propriamente *diritto giurisprudenziale*: applicazione di *regulae iuris* create dal giudice, a ciò abilitato dalla legge per il fatto stesso della previsione di norme che la Cassazione definisce como ‘elastiche’, suscetibili di differenziate applicazioni.” (Ibidem, p. 558-9)

de soluções moldadas na realidade dos conflitos. Ao inserir no sistema cláusulas gerais, de conteúdo aberto, o juiz passa a operar com liberdade para fazer o diálogo e estabelecer todas as conexões entre as fontes do Direito, valorando e ponderando cada uma delas para encontrar a solução correta para a demanda¹³⁹.

Esse modelo jurídico aberto, desapegado de valores formais abstratos, modula no Código soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, recolhendo em conceitos integradores, como a boa-fé, presentes no ordenamento¹⁴⁰, preceitos que permitem a construção de novas possibilidades para as relações obrigacionais. O legislador, nesse modelo, usa de verdadeiras *cláusulas gerais* como técnica legislativa, comuns em Códigos modernos¹⁴¹.

Inserir-se neste ponto o exame da boa-fé objetiva como cláusula geral a provocar a abertura do sistema aos valores éticos e sociais encontrados na doutrina e em modelos jurisprudenciais e costumeiros¹⁴².

¹³⁹ O juiz é o legislador dos casos particulares, afirmava Ripert. Avançado para o seu tempo, o jurista destacava a importância e a imprescindível atividade do juiz na aplicação das regras: “Tem, também, ele próprio, um papel de governante em relação aos queixosos que se lhe apresentam. O poder político sujeita o seu julgamento à lei porque a medida geral tem, sobre a ordem particular, a vantagem de permitir a ação regular e de evitar a arbitrariedade. Mas quando a lei é muda, obscura ou insuficiente, o juiz é soberano para dizer onde está o direito. Quanto mais se defende o poder do juiz e a autoridade da jurisprudência mais se levanta o poder intelectual contra o poder político. O juiz, escutando as diversas vozes que lhe vão ditar a sentença, é sensível antes de tudo, à consideração da lei moral. Ele tem a convicção que deve fazer reinar a justiça; é menos impressionado pela utilidade comum que pela equidade. Muitas vezes mesmo, quando o legislador tiver esquecido que a aplicação da regra jurídica pode, em alguns casos, chegar à violação da moral, o juiz imporá o respeito desta lei contra a regra de direito.” (*A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 42)

¹⁴⁰ Ordenamento jurídico, de acordo com Miguel Reale, “configura-se mais como um ecossistema complexo e variado, que abrange uma multiplicidade de *sistemas e subsistemas normativos* que se escalonam uns distintos dos outros, em função de diversos campos de interesse, muito embora todos eles se situem e se insiram no âmbito do comum horizonte de validade da Constituição de cada povo (*Direito Interno*) ou, então, sob o horizonte de coexistência universal exigido pela *comunitas gentium* para sobrevivência e desenvolvimento dos povos em igualdade de direitos (*Direito Internacional*)” (*Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 95).

¹⁴¹ As cláusulas gerais e os *conceitos indeterminados* (“unbestimmte Rechtsbegriffe”), afirma Almeida Costa, “destinam-se a conferir ao juiz, como ‘operador jurídico’, ampla margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto. A progressiva simpatia que obtiveram modernamente corresponde à superação do positivismo científico e legalista, com os seus ideais de um sistema fechado de normas jurídicas, sucintas e lapidares, e de Códigos dotados de soluções para todas as hipóteses. Prevalciam, em síntese, os objetivos de certeza e da segurança da vida jurídica e a consequente postulação de normas de *direito estrito* (‘*ius strictum*’), por contra-posição a *direito equitativo* (‘*ius aequum*’)” (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 95).

¹⁴² Não há dúvida de que a boa-fé objetiva foi inserida no sistema jurídico brasileiro como uma cláusula geral, porquanto as disposições do art. 422 do Código Civil, especialmente, não são apenas indeterminadas, mas apresentam uma estrutura de conteúdo aberto ao intérprete a novas situações não previstas pelas partes que autorizam o juiz a construir normas individualizadoras para superação dos conflitos. Explica Jorge A. Mayo: “La presencia de una cláusula general exige, no solamente que los elementos del supuesto de hecho sean descriptos con un más o menos notable grado de indeterminación, sino que, sobre todo, la norma presente una estructura abierta, en el sentido que no opere ella misma la calificación jurídica del hecho, sino que delegue dicha tarea al intérprete, esto se trata de un supuesto de hecho que espera ser “construido” por el juez. Por

As cláusulas gerais estão presentes na Constituição Federal, Códigos e microsistemas legais. Contudo, observa Judith Martins-Costa, “não é comum encontrar o seu adequado tratamento teórico-prático, de modo que, em larga medida, permanecem elas como que sem voz, emudecidas. Nem são chamadas a falar por meio da jurisprudência nem a doutrina tem percebido a sua função de instrumento viabilizador do desenvolvimento do direito privado, segundo modelo que evite a pulverização de suas normas em centenas de pequenos mundos, valorativamente autônomos, em si mesmos fechados e conclusos e impermeáveis à incidência das normativas constitucionais, notadamente aquelas que, por consubstanciarem os valores fundamentais do sistema visto em sua globalidade, teriam o condão de operar a releitura e o rejuvenescimento da legislação ordinária, de matriz civilística”¹⁴³.

Compreender o sistema aberto “é, também, fundamental para que se bem visualizem algumas questões metodológicas relevantes no que diz respeito ao *modo de operar a boa-fé objetiva*. É que este só poderá restar concretizado se forem superados alguns dos condicionamentos hermenêuticos que, consequentes à noção de sistema fechado, e expressos em determinadas doutrinas construídas notadamente a partir do processo de codificação, ainda se refletem na cultura jurídica contemporânea, prejudicando, por seus antolhos, a compreensão dos modos de raciocínio hábeis à aplicação do direito na sociedade atual”¹⁴⁴.

A introdução de cláusulas gerais, e com elas o grande número de preceitos valorativos na legislação, exige “a *convivência* do tradicional raciocínio lógico-

ello, no hay duda que la buena fe importa una cláusula general, puesto que la norma hace a ella referencia, sin individualizar – ni siquiera genéricamente – la clase de comportamientos, ni el caso o el grupo de casos que ingresa en el campo de aplicación de la norma. La tarea del juez no se limita a concretar una calificación de la realidad ya operada por el legislador, sino que él mismo es el llamado a efectuar esta calificación.” (Sobre las denominadas cláusulas generales. *Estudios de derecho civil: parte general – obligaciones – responsabilidad civil – contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 50-1)

¹⁴³ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 24-5.

¹⁴⁴ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29-30. A autora acrescenta: “Entre estes condicionamentos está o mito da autossuficiência e da plenitude lógica dos códigos, a compreensão do processo de aplicação das normas jurídicas como uma operação exclusivamente do tipo lógico-subsuntivo e a ideia da existência de fundas e quase intransponíveis fronteiras entre o direito público e o privado, de um lado, entre o direito e a cultura, por outro. Em outras palavras, está, ainda, a ideia de o sistema jurídico constituir um sistema de autorreferência absoluta, que renega tanto a ideia de um *continuum* quanto de uma abertura ao *direito vivente*, que se fecha à consideração de situar-se, a vida do direito, como experiência e consciência, num espaço que, embora possa permanentemente construir e reconstruir o ‘novo’, inadmitte bruscas rupturas e fundas fronteiras.” (Ibidem, p. 30)

subsuntivo com a chamada concreção ou concretização das normas, com o que se tem um método de raciocínio *produtivo*. Assim, é promovida uma efetiva alteração nos pesos tradicionalmente conferidos, na teoria das fontes de produção jurídica, à própria atividade jurisdicional, que aparece como relevante fator de modificação que alcançará de frente a moldura tradicional da teoria da separação dos poderes”¹⁴⁵.

A esta nova cultura, seguindo as palavras de Judith Martins-Costa, “*corresponde um novo modelo de código*. O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. 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, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”¹⁴⁶.

Este Código de 2002, afirma Renan Lotufo, “*pelos suas próprias raízes metodológicas e filosóficas (eticidade-sociabilidade-praticidade)*, não tem a aspiração de ser um Código fechado. É um Código que está permeado por valores que vão de encontro ao puro liberalismo e ao individualismo exacerbado. É um Código que está embuído do que o prof. Reale chamou de *princípio da socialidade*, ou seja, todos os valores do Código encontram um balanço entre o valor do indivíduo e o valor da sociedade. Não exagera o social e, ao mesmo tempo, procura em todas as regras não exagerar o individualismo”¹⁴⁷.

A inibição da doutrina e da jurisprudência na aplicação da boa-fé objetiva como cláusula geral está ligada diretamente à influência que o Brasil recebeu da França. De acordo com Judith Martins-Costa, “foi muito forte, do ponto de vista jurídico cultural, a concepção francesa, segundo a qual a boa-fé nada mais traduz do que uma fórmula de reforço à adstrição ao

pactuado, o que explica o pouco trato dado doutrinariamente à matéria, concepção, contudo, que de uma década para cá começa a se modificar, aproximando-se da alemã”¹⁴⁸.

A Escola da Exegese encontrou muitos seguidores e a interpretação literal da lei encerrava o raciocínio hermenêutico. O afastamento dos valores fundamentais da pessoa decorre naturalmente do culto à lei¹⁴⁹.

O nosso ordenamento é constituído também por leis e códigos que são expressão de uma ideologia e de uma visão do mundo diversa daquelas que caracterizam tanto a sociedade atual quanto a Constituição republicada. Assim, afirma Perlingieri, que “a questão da aplicabilidade das leis formadas na presença de valores diversos resolve-se somente com a consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 128. Essa concepção se explica pelo rigor exigido na aplicação da lei decorrente de inúmeros fatores que concorreram para a Revolução e a construção de um sistema fechado na codificação de 1804. A autora anota a respeito: “se a Revolução trouxe o código, por si mesmo, ou por sua corrupção, como quer Clavero, trouxe, justamente, o *mito da lei*, que passará a ser tida como fonte suprema, quase exclusiva, da produção jurídica. A lei contida num código, que se justifica por si mesma, que é infensa a qualquer outra ordem de valoração salvo o critério da legalidade, sendo, por isso, inclusive incontestável aos direitos, maior conquista da Revolução – aí está plenamente construído o sistema fechado” (Ibidem, p. 178). Acrescenta a autora: “Tido como assente que a ‘razão mais razoável’ é exclusivamente aquela posta na lei e que apenas as partes e o legislador – jamais o intérprete – poderiam se ocupar da formulação de deveres jurídicos, não só as virtualidades do princípio da boa-fé são ignoradas: em comparação com a função que lhe fora dirigida nos *bonae fidei iudicia* do direito romano, verifica-se uma verdadeira transmutação ideológica do próprio princípio, e, portanto, conduzir-se nos negócios obrigacionais com correção e boa-fé passa a significar a adstrição mais rígida e absoluta à letra do estipulado, por forma a ‘subtrair o consenso negocial a qualquer possibilidade de modificação, tornando-o inviolável, cristalizando de maneira apodictica os seus conteúdos e aspectos mesmo quando se realiza o predomínio de um contraente em relação ao outro e se verifiquem desequilíbrios injustos e não razoáveis’.” (Ibidem, p. 205-6)

¹⁴⁹ Da excelente obra de Judith Martins-Costa se extrai excerto do qual é possível perceber com facilidade a concepção que prevaleceu durante muito tempo na França e no Brasil: “Dirão então os professores de Direito Civil que sua tarefa não é ensinar o Direito Civil, mas ‘ensinar o Código Civil’. Por isto, escreverão ‘Cursos’ ou ‘Lições’, manuais de exegese estrita da dicção codicística. Ocorre a completa identificação entre o direito e a lei e, em consequência, a total separação entre a ética material e o direito, a política e o direito, a sociedade e o direito. Ao jurista caberia tão somente interpretar o texto do código capítulo por capítulo, seção por seção, artigo por artigo. Destes traços nascem as apontadas características basilares da Escola – o culto à lei, o predomínio da intenção do legislador na busca do sentido e do alcance dos textos legais, o caráter estatista do ordenamento –, consequência do nacionalismo atribuído ao direito e que tem como corolário a redução das fontes de produção jurídica à lei, e a utilização do argumento de autoridade, revelado no culto aos doutrinadores mais renomados.” (A *boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 193-4)

¹⁵⁰ Pietro Perlingieri se refere ao ordenamento italiano, mas suas observações são absolutamente pertinentes ao nosso pela igualdade de condições. E a propósito do que afirmou explica o jurista italiano: “As dúvidas sobre a utilização da norma constitucional por parte do intérprete derivam de uma tradição que remonta à época da revolução francesa e que atribui natureza programática à norma constitucional, relevante sob o perfil ideológico-político, mas não normativo. A norma a ser aplicada seria aquela do código, da lei especial, prevista para ‘aquele’ caso concreto. É o triunfo da escola da exegese. Os princípios constitucionais não representariam senão um endereço político oferecido ao

¹⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 33.

¹⁴⁶ A *boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 285.

¹⁴⁷ Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 27.

Estas normas, como tipos abertos, “buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*”¹⁵¹.

As cláusulas gerais não são criadas para dar resposta a todos os problemas da realidade. Por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, “atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes”¹⁵².

O direito privado “abdica do espírito dogmático-formalista, no qual tudo se resolvia pelo uso do aparato técnico científico, sendo interdito o apelo ao meta jurídico. Doravante, o juiz se converte de interprete a locutor da norma, aplicando os valores éticos quando a regra jurídica for deficiente ou inadaptável à especificidade da hipótese. Neste ponto

legislador futuro. A norma constitucional no ordenamento vigente coloca-se, ao contrário, em uma situação de supremacia, no ápice da hierarquia das fontes: pode ser modificada somente com uma maioria qualificada do Parlamento, diversamente do que ocorre com as normas ditas ordinárias; a Corte Constitucional tem o ofício de declarar a eliminação de todos aqueles atos com força de lei que sejam contrários aos princípios constitucionais. Daí a obrigação dos juristas de levá-los em consideração toda vez que tiverem de resolver um problema concreto.” (*O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 174-5)

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 286. De acordo com Jorge A. Mayo, “las cláusulas generales comportan la necesidad de que el intérprete realice juicios de valor que en otros casos realiza el legislador; y este reenvío a la valoración del juez excluye que en la cláusula general se presente una regla cristalizada y fijada de una vez por todas en su contenido, lo que pone de manifiesto la característica de concepto elástico que tiene aquella, capaz de adecuarse a los cambios de las circunstancias económicas, sociales, culturales, éticas, etc. De allí que podría agregarse, además, que las cláusulas generales presentan, por su particular estructura una vaguedad socialmente típica o de reenvío, en tanto ésta se tiene respecto de un término – la cláusula general – cuando el mismo, según una cierta interpretación, expresa un criterio valorativo, cuyos criterios de aplicación no son ni aun parcialmente determinables si no es a través de la remisión a variables parámetros de juicio, y a la mudable tipología de la moral social y de las costumbres” (Sobre las denominadas clausulas generales. *Estudios de derecho civil*: parte general – obligaciones – responsabilidad civil – contratos. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 51).

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 299. Acrescenta a autora: “Não se trata – é importante marcar desde logo este ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais ensina a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via jurisprudencial.” (Ibidem, p. 299)

a técnica das cláusulas gerais possibilita o permanente diálogo Código Civil-Constituição”¹⁵³.

São as cláusulas gerais que conferem ao sistema jurídico a mobilidade necessária, mobilidade que deve ser entendida em dupla perspectiva, como defende Judith Martins-Costa, “como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema”¹⁵⁴.

O ordenamento ganha complexidade com o sistema aberto e móvel e deve procurar a sua unidade no ápice da sua estrutura normativa. Qualquer interpretação sistemática não pode encontrar limites na esfera ordinária, mas deve alargar o campo de visão para os confins constitucionais, alcançando a totalidade do sistema. É o que defende Perlingieri: “A complexidade do ordenamento encontra confirmação no reconhecimento já difuso que a interpretação sistemática – que não pode deixar de fazer referência às normas com supremacia e, portanto, não somente àquelas constitucionais, mas também àquelas comunitárias – apresenta um processo interpretativo de complexidade maior. Tal complexidade requer, de fato, a adequação da norma ordinária àquela constitucional.” Por isso afirma: “Não é a interpretação sistemática realizada tão somente no âmbito das normas ordinárias que pode conduzir à individuação da totalidade do conteúdo da norma ordinária; esta não pode ser interpretada sem ser inserida no sistema visto na sua totalidade, e, portanto, sobretudo à luz da legalidade constitucional.”¹⁵⁵

Diante de um sistema relativamente aberto e móvel, poderiam alguns temer a adoção das cláusulas gerais, por um apelo à discricionariedade e

¹⁵³ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 190. Conclui o autor pela plena viabilidade de harmonização entre Constituição e Código – “superando-se o antagonismo tradicional – mediante a formação de um macrosistema, no qual à Lei Fundamental se reserva superioridade axiológica, com irradiação de valores ao Código Civil, na qualidade de eixo central do sistema privado. As cláusulas gerais se descortinam à promoção integral da dignidade da pessoa humana, espargindo a sua inteligência aos microsistemas que orbitarão em torno do Código Civil. Este, flexível e adaptável, abdica ao desejo da totalidade e assume com denodo a função de reconstrução diuturna do direito privado” (Ibidem, p. 196).

¹⁵⁴ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 341.

¹⁵⁵ *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 219-20.

pela criação de um “direito dos juízes”¹⁵⁶. Não obstante, adverte Nelson Rosenvald, “o juízo de valor do magistrado não é a tomada de posição conforme ato interno ou mero sentir irracional”¹⁵⁷.

Claro que os valores aplicados pelo juiz na colmatação das regras necessárias à solução do caso concreto já estão definidos na tábua axiológica da Constituição, na qual se deve encontrar a unidade do sistema¹⁵⁸ e a orientação segura e controlada da interpretação. Essa é a única maneira de assegurar a própria efetividade da Constituição, afirma Nelson Rosenvald, “e, a partir dela, de todas as normas do ordenamento jurídico, para que a realidade social seja aferida segundo padrões de normalidade jurídica”¹⁵⁹.

A teoria da interpretação, explica Perlingieri, “mais do que técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individuadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individuar

a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do *caos* legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores e os interesses considerados normativamente prevalecentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e razoabilidade”¹⁶⁰.

Se a concreção da cláusula geral não é outra coisa senão a resultante do conjunto de valorações, podemos reconhecer que assiste razão à doutrina ao afirmar que se trata de uma técnica de formação de regras jurídicas com o método casuístico¹⁶¹.

¹⁵⁶ Ao examinar as disposições do Projeto que se converteu no Código Civil de 2002, Giovanni Ettore Nanni já destacava a importância do papel do juiz na operabilidade das cláusulas gerais e chamava a atenção para a responsabilidade do julgador: “A verdade é que da análise dos dispositivos do Projeto de Código Civil, percebe-se facilmente quanto restaram ampliados os poderes do juiz, demonstrando claramente a enorme responsabilidade que terá o juiz moderno na vigência do novo código. Deverá ter o seu procedimento de julgar pautado pelo dinamismo, atrelado constante e profundamente à realidade social e ao próprio caso concreto submetido ao seu julgamento. [...] Em conclusão, na virada do século poder-se-á perceber que os juízes exercerão um papel atrelado à realidade social, de cunho relevante. Terão eles autonomia para interferir na esfera individual, razão pela qual se pode afirmar que a classe da Magistratura, entrando em vigor o novo Código, será o mais poderoso segmento na área jurídica. No entanto, com isso, pretende-se demonstrar que essas novas atribuições espelham em contrapartida uma maior responsabilidade dos juízes [...]” (*A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 77 e 90).

¹⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162-3.

¹⁵⁸ A respeito da unidade do sistema jurídico e do centralismo constitucional, afirma Pietro Perlingieri, que “a tarefa da ciência jurídica é extrair uma ordem do caos legislativo e da grande quantidade dos textos de relevância jurídica e normativa e expressá-la em um sistema que nunca seja fim a si mesmo, que nunca tenha a pretensão de ser definitivo, mas que, ao contrário, tenha somente a função de composição tendencial e contingente das diversas partes, como construção do conjunto de elementos e de razões ao qual fazer referência para o controle das disposições vigentes que concorrem na individualização do próprio sistema. O que deve ser reafirmado com muita convicção é que o constitucionalismo ‘transformou a configuração tradicional do sistema jurídico’, transferindo o baricentro do próprio sistema, fundado atualmente sobre valores fortes, hierarquicamente prevalecentes e unitários para todo o ordenamento: valores que não devem mais ser emprestados da legislação ordinária caracterizada, como é, pela inconstância e, ainda por cima, pela natureza preponderantemente privatística e patrimonial. Isso representa, objetivamente, um reforço da legalidade que tende a se unir com a legitimidade, na medida em que, justamente, a interpretação das normas ‘é controlada pela interpretação dos valores-guia’. E então, se é totalmente consequente afirmar que o ‘primado dos princípios constitucionais contribuiu para focalizar o principal método de controle da atividade interpretativa no momento sistemático’; que tal primado nos critérios hermenêuticos indicados pelas Disposições preliminares ao Código Civil (*preleggi*), é considerado secundário em relação àquele lógico-literário; que ‘os princípios constitucionais, diferentemente dos princípios gerais do direito, não são posteriores ao ordenamento, mas o constituem, dando a ele forma e unidade’, não parece inevitável, aliás, nem mesmo coerente, concluir com o convite para modificar a imagem tradicional do sistema ‘caminhando em direção de um conceito policêntrico de sistema’” (*O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 592). Embora as palavras do autor se refiram ao Direito italiano, seu pensamento está de acordo também com a realidade do Direito brasileiro.

¹⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 163. Para que o trabalho de interpretação da cláusula geral seja legítimo, acrescenta o autor, “há de ser racional, objetivo e controlável, pois nada se coaduna menos com a ideia do Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima dos critérios de interpretação” (*Ibidem*, p. 163).

¹⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 222-3.

¹⁶¹ Está é a opinião de Jorge A. Mayo. O jurista argentino acrescenta importante advertência: “Claro está que la libertad reconocida al magistrado no significa puro arbitrio, sino que deberá atenerse a ciertos criterios generales, que pueden sintetizar-se, según bien se ha señalado, en los tres siguientes: 1. el respecto a los principios constitucionales; 2. el respecto a los principios generales del ordenamiento; 3. conformidad del juicio valorativo a la naturaleza del hecho.” (Sobre las denominadas cláusulas generales. *Estudios de derecho civil*: parte general – obligaciones – responsabilidad civil – contratos. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 52)

3.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao seu tempo, Clóvis do Couto e Silva já sustentava que “o princípio da boa-fé contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação. Nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração”¹⁶².

Há, no contrato, de acordo com o autor, “o dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra algum dano, em razão da sua atividade. Existem, assim, deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos. Muitos deles consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante”¹⁶³.

O dever de agir de boa-fé, observa Menezes Cordeiro, “projecta nas obrigações e, em geral, nas áreas dominadas por permissões genéricas de actuação, a necessidade de respeitar vectores fundamentais do sistema jurídico, com realce para a tutela da confiança e a materialidade das situações subjacentes, avultando ainda um certo equilíbrio entre a posição das partes”¹⁶⁴.

O princípio da boa-fé objetiva “encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante”¹⁶⁵.

Explica Menezes Cordeiro que, “não é possível, em termos abstractos, determinar áreas imunes à boa-fé; ela é suscetível de colorir toda a zona de permissibilidade, actuando ou não consoante as circunstâncias. Impõe, assim, à reflexão, um nível instrumental de boa-fé: ela reduz a margem de discricionariedade da actuação privada, em função de objetivos externos”¹⁶⁶.

A boa-fé objetiva, como norma de conduta, foi adotada em outros ordenamentos, como ocorreu na Alemanha (§ 242 do BGB) e na Itália (art. 1.375 do Código Civil). A importância deste princípio pode ser sentida na redação que recebeu o anteprojeto do Código Europeu dos Contratos, no qual os deveres que derivam da boa-fé objetiva são considerados como cláusulas implícitas do contrato¹⁶⁷. A boa-fé assume, neste caso, a sua verdadeira função integradora da vontade das partes nos contratos¹⁶⁸. Nesse sentido

¹⁶² *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 34.

¹⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit., p. 40. Explica Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “Por vezes, porém, a realização da prestação pode fazer-se em termos tais que não permita a plena satisfação do direito de crédito, ou, embora permitindo-a, seja suscetível de causar danos ao credor. Por outro lado, a exigência de cumprimento do credor pode em certos casos aparecer contrária à funcionalização dos direitos de crédito em virtude dos prejuízos que causa ao devedor. Justamente por este motivo a lei vem estabelecer deveres de boa-fé para ambos os sujeitos da relação obrigacional que visam por um lado permitir o integral aproveitamento da prestação em termos de satisfação do interesse do credor e por outro lado evitar que a realização da prestação provoque danos quer ao credor, quer ao devedor. A boa-fé concretiza-se assim em regras impostas do exterior, que as partes devem observar na actuação do vínculo obrigacional, podendo servir para complementação do regime legal das obrigações, através de uma valoração a efectuar pelo julgador. Nalguns casos, ela aparece o único regime aplicável, por ausência de outras regras, levando ao desenvolvimento de novos institutos jurídicos. Noutros casos, ela surge como um correctivo de outras normas cuja aplicação no caso concreto atentaria contra os vectores fundamentais do sistema jurídico.” (*Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I. p. 56)

¹⁶⁴ *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.170-1. A respeito da importância da tutela da confiança escreveu Judith Martins-Costa: “A confiança, que é proteção jurídica e postulado ético para além de constituir *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma *necessidade* desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isto mesmo não é a confiança traduzida meramente em objetos ideais, abstratos, estáticos ou absolutos. Como um bem cultural que é, dotada

de existência necessária à ordem jurídica-social, a confiança é dotada do *caráter de realizabilidade* típico dos fenômenos culturais. Isto significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), nesta hipótese possuindo eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos. Das variadas formas pelas quais atua a confiança no Ordenamento, a mais fértil é, a nosso juízo, a possibilitada pela aplicação do princípio da boa-fé como ‘teor geral’ norteador da colaboração intersubjetiva.” (*Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29)

¹⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81.

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 649.

¹⁶⁷ Esta é a redação do art. 32 do referido anteprojeto, na tradução para o espanhol de Gabriel García Cantero, Catedrático de Direito Civil, Emérito da Universidade de Zaragoza e Membro da Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavia: “1. Junto a las cláusulas expresas, forman parte del contenido del contrato aquellas: b) que se derivan del deber de buena fe.” (Disponível em: <www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC>. Acesso em: 06 jan. 2010). A respeito deste dispositivo, José Luis de Los Mozos afirmou: “Pero donde se expresa en toda su plenitud, esta función integradora, es con ocasión de las *cláusulas implícitas* que aparte de las expresas ‘forman parte’ del contenido del contrato, como dice el art. 32-1, destacando las que ‘derivadas del deber de buena fe’. Aquí es donde la buena fe despliega su verdadera función *normativa*.” (La buena fe en anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia. In: CORDOBA, Marcos M. (Dir.); CORDOBERA, Lidia M. Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. v. 2. p. 260-1)

¹⁶⁸ Vale reproduzir a lição de José Luis de Los Mozos: “La buena fe *objetiva*, considerada durante mucho tiempo como la buena fe propia y característica de los contratos, aunque también la podemos encontrar en otras partes del Derecho civil, constituye una *regla de conducta* a la que ha de adaptarse el comportamiento ju-

também é o que está disposto no art. 5.1.2 dos *Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais (2004)*¹⁶⁹.

Lugar de destaque também é reservado ao princípio da boa-fé nos *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, preparados pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos, presidida pelo professor Ole Lando, cujo art. 1:201 estabeleceu que cada parte tem a obrigação de atuar conforme a boa-fé e que as partes não podem excluir ou limitar este dever¹⁷⁰. Idêntica disposição é encontrada no art. 1.7 dos *Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais (2004)*.

Consequentemente, o contrato deixou o modelo liberal do passado, visto que não há direito absoluto que decorra dos termos do ajuste das partes, porque implícito neste ajuste está a cláusula geral da boa-fé que autoriza o juiz a intervir na relação jurídica e ditar regras que não estavam escritas, mas compreendidas no dever de proceder de boa-fé.

O efeito sobre o contrato desta função integrativa da boa-fé foi traduzido por Guido Alpa, ao final do estudo que realizou, em feliz expressão: “La *sacralidad* del contrato se há por lo tanto erosionado, y, en los límites mencionados, en estos casos, el juez, bajo ciertos aspectos, *hace el contrato para las partes*.”¹⁷¹

rídico, por eso tiene aquí, además, esa función *integradora* de la voluntad de las partes en los contratos, que he llamado en otro tiempo *ob causante* porque atribuye al acuerdo por ellas querido una juridicidad plena, completando la *lex privata* en que consiste, lo mismo que la *fides*, o la *bona fides*, como principio, sirve a completar el ordenamiento en su totalidad, aunque no se halle expresamente formulado mediante normas concretas, bastando con la remisión que se hace, en este caso de la buena fe contractual, a un modelo de comportamiento, considerado *civilliter* y que traduce mejor que nada el *in idem placitum consensus* en que el propio contrato consiste.” (Ibidem, p. 260)

¹⁶⁹ Explica Guido Alpa que a boa-fé objetiva codificada como princípio geral nos *Princípios UNIDROIT*, constitui um valor universal: “Il principio di buona fede (inteso in senso oggettivo, ovviamente) è universalmente accettato nei sistemi continentali, in cui sai la letteratura giuridica, sia la giurisprudenza, soprattutto negli ultimi decenni ne hanno esteso l’impiego a numerosissime fattispecie. [...] La scelta dell’*Unidroit* è molto importante, perché la buona fede, codificata quale principio generale, viene a costituire un valore universale, e quindi è applicata anche in settori diversi da quelli ove, in *common law*, le si riconosce preminente rilevanza: si applica dunque anche al di fuori del settore della formazione del contratto.” (*Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Torino: UTET, 1997. p. 925)

¹⁷⁰ Luis Díez-Picazo se refere a este dispositivo dos Princípios de Direito Europeu de Contratos como aquele que consagrou o princípio geral da boa-fé e explica: “El art. 1.201 guarda um estrecho parentesco com el parágrafo 242 del Código civil alemán, recogidas, más tarde en el art. 6.2 del Código civil holandés y en art. 262 del Código civil portugués. Se trata de una idea, ya muchas veces explicada, que ha servido para introducir suavización y corrección en una inteligencia demasiado estricta del principio de *pacta sunt servanda* introduciendo modalidades que puedan venir exigidas por las circunstancias del caso concreto. Se trata también de una fórmula que permite introducir una cierta dosis de moralización en la creación y en el desenvolvimiento de los contratos.” (DÍEZ-PICAZO, Luis; TRIAS, E. Roca; MORALES, A. M. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002. p. 155).

¹⁷¹ La buena fe integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las cláusulas generales. In: CORDOBA, Marcos M. (Dir.); CORDOBERA, Lidia M. Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*.

O exegetismo tardio da doutrina civilista brasileira, afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva, “conjugado com os aspectos autoritários da nossa história recente, limitativa da atividade criadora do juiz, seguramente contribuiu para o quase completo esquecimento que, entre nós, o princípio da boa-fé vivenciou entre as décadas de 1950-1980. Muito embora referida aqui ou ali, algumas vezes com bastante profundidade, à boa-fé foi atribuído, em geral, papel absolutamente secundário na compreensão da relação obrigacional e de seus efeitos, apesar da vasta utilidade do tema testemunhada pelo direito comparado, notadamente na Alemanha, Itália e Portugal”¹⁷².

No Brasil, pela primeira vez, a boa-fé objetiva foi prevista nos arts. 4º, III, e 51, IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor, como princípio da política nacional de relações de consumo e como norma de conduta contratual, respectivamente.

O Código Civil de 2002 consagrou explicitamente, ao lado da boa-fé subjetiva¹⁷³, que já era encontrada na lei anterior, a boa-fé objetiva, como regra de conduta. Dispõe o art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”¹⁷⁴

A boa-fé objetiva é, em versão original germânica, de acordo com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para

Buenos Aires: LaLey, 2004. v. 2. p. 188.

¹⁷² Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

¹⁷³ A boa-fé subjetiva está ligada diretamente à pessoa e às circunstâncias do fato, porque traduz a convicção que ela tem na licitude dos seus atos e revela a sua crença em agir conforme o direito, tudo em razão da aparência de legalidade da situação.

¹⁷⁴ O dispositivo guarda semelhança com o precedente § 242, do Código Civil alemão, cujo texto, na tradução de Menezes Cordeiro, citada por Judith Martins-Costa, é o seguinte: “O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”. O dispositivo é apontado pela autora referida como “o mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido”. E para registrar a importância do inovador dispositivo do BGB vale reproduzir a observação de Judith Martins-Costa: “Hoje em dia se afirma que o § 242 veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão ‘absolutamente nova’ da relação obrigacional, transformando o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, na medida em que limitou extraordinariamente a importância da autonomia da vontade. Aceita-se, por igual, que a boa-fé possui ‘um valor autônomo, não relacionado com a vontade’, razão pela qual ‘a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regimento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até do controle das partes’.” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 287)

a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato”¹⁷⁵.

A principal distinção entre o texto em vigência no Direito brasileiro e o Direito germânico, aponta Nelson Rosenvald, “consiste em que nosso Código não restringe a tutela da boa-fé dos contratantes à prestação. Para além dos aspectos patrimoniais da obrigação, as partes vivenciam situações existenciais que demandam a presença do ordenamento jurídico, tais como a proteção à integridade física, moral e psíquica dos contratantes”¹⁷⁶.

Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. É o que estabeleceu o art. 113 do Código. Comete ato ilícito, prevê o art. 187 do Código, o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (grifei), e fica obrigado a reparar o dano (art. 927, *caput*, CC). O Código em vigor valorizou a boa-fé objetiva e com isso renovou no Direito brasileiro as bases em que se assentava a relação obrigacional.

Boa-fé é, escreveu Claudia Lima Marques, “cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais”¹⁷⁷. Ela não deve ser empregada como norma protetiva, como ocorreu nas relações de consumo a partir do Código de Defesa do Consumidor. A sua função, como cláusula geral, não é reequilibrar o contrato, mas pautar a conduta dos contraentes pela lealdade, confiança, solidariedade e cooperação.

Correta, portanto, a observação feita por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva de boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protético. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir

uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.”¹⁷⁸

De acordo com Claudia Lima Marques, o princípio da boa-fé objetiva, na formação e execução das obrigações, possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos¹⁷⁹.

Essa tríplice função do princípio da boa-fé objetiva, observam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “não constou expressamente do Código Civil, apesar dos apelos da doutrina. A referência à boa-fé objetiva no art. 422 da atual codificação deu-se de forma mais genérica, mas suficiente para que o intérprete explore toda a sua potencialidade”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34. Os autores acrescentam: “Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral de boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses.” (Ibidem, p. 34-5)

¹⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 215. Explica a autora que a primeira função “é uma função criadora, seja como fonte de novos deveres, deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito, ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma função limitadora, seja reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta. A terceira é a função interpretativa, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, que permite uma visão total e real do contrato sob exame” (Ibidem, p. 215). Estas três funções da boa-fé, geralmente sustentadas pela doutrina germânica, poderiam ser reduzidas a duas, como defende Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora dos deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõe ora de forma impositiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.” (A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37)

¹⁸⁰ *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 18. Acrescentam os autores: “Embora o dispositivo se encontre sob o título atinente aos contratos, sua aplicação a toda e qualquer relação obrigacional, e não apenas àquelas derivadas de fonte contratual, é inegável. Aliás, o referido princípio governa mesmo relações em que não se verifica qualquer vínculo obrigacional (contratual ou não), como faz prova a ampla utilização do princípio no campo do direito público, na responsabilidade pela ruptura de negociações preliminares, e assim por diante. Especificamente no campo obrigacional, a boa-fé objetiva tem alterado mesmo a compreensão do vínculo jurídico entre credor e

¹⁷⁵ A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32-3.

¹⁷⁶ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 98. O autor anota que “na recentíssima modificação do BGB, o § 241 incluiu alínea segundo a qual ‘a relação obrigacional pode obrigar cada parte, em razão do seu conteúdo, ao respeito dos direitos, aos bens jurídicos e interesses da outra parte’. O belo dispositivo reforça o sentido dos deveres de conduta como desconectados da prestação principal” (Ibidem, p. 99).

¹⁷⁷ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 215.

A boa-fé objetiva significa, seguindo o escólio de Claudia Lima Marques, “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações; o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”¹⁸¹.

A quebra do dever de boa-fé objetiva responsabiliza o contratante e autoriza a imposição de medidas tendentes a tornar efetivos os deveres anexos, especialmente de auxílio e cooperação. Nesse sentido deve ser lembrado que o Código Civil, no art. 187, estabeleceu que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Fernando Noronha explica com clareza a interpretação que deve receber o princípio da boa-fé objetiva: “Na acepção subjetiva, pode-se ainda dizer que a boa-fé se contrapõe a má-fé. Na concepção *objetiva*, porém, a nosso ver, boa-fé contrapõe-se a *ausência de boa-fé*, e não a má-fé. Quando uma pessoa está ligada a outra pelos laços de uma determinada relação jurídica (e em especial por um contrato) que lhe imponha especiais deveres de conduta, ela infringirá a boa-fé sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desconformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, ou até um estado de ignorância não culposa, nas hipóteses-limite em que seja cogitável uma situação dessa natureza, ainda associada a uma obrigação de agir segundo padrões determinados. O importante, para a sua responsabilização, é que a situação de desrespeito pelo dever de atuar de acordo com os padrões ainda possa ser-lhe imputada, mesmo que só a título objetivo, por ainda ser-lhe referível: afinal, o que está aqui em causa é a necessidade de tutela da fé, da confiança da contraparte – em esta confiança só deve ceder quando a situação objetiva não possa ser de modo nenhum referível à pessoa aparentemente responsável.”¹⁸²

devedor, ao submeter o antes dito sujeito ativo a uma série de deveres anexos, demonstrando o mútuo compromisso na consecução do fim econômico e social de cada relação obrigacional estabelecida em concreto.” (Ibidem, p. 18-9)

¹⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 216.

¹⁸² O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São

3.4 A OPERABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O escasso número de precedentes jurisprudenciais a respeito da aplicação da boa-fé como cláusula geral revela a dificuldade dos operadores para lidar com esse novo instrumento de revitalização do direito privado, cujas potencialidades infinitas ainda não foram exploradas. Não é diferente do que ocorre na Europa, como nos dá testemunho Paolo Gallo ao se referir à boa-fé contratual: “Come dicevamo in italia, per lo meno fino a questo momento, la prassi non ha ancora saputo sfruttare fino in fondo le potenzialità insiste em questo principio. Negli ultimi tempi, probabilmente come conseguenza della progressiva senescenza del codice, è però possibile notare un notevole risveglio di interesse per le clausole generali, in connessione ad un accresciuto attivismo giudiziario.”¹⁸³

A questão que assume absoluta relevância na aplicação do princípio da boa-fé está ligada diretamente ao controle judicial dos conteúdos dos contratos e da atuação das partes em cumprimento aos deveres secundários e anexos.

No modelo liberal clássico, no qual se entendia haver uma igualdade formal entre as partes contratantes, confiava-se na vontade livre para dar efeito ao que foi declarado. Nesse cenário, observa Menezes Cordeiro, “o juiz limitava-se a conferir a legalidade formal dos contratos e a sua correspondência com a vontade inicial das partes, indiferente, por ofício, à justeza material dos arranjos de interesses por eles prosseguidos”¹⁸⁴.

A liberdade formal, base do liberalismo, passou a ser questionada, porque a declaração da vontade nem sempre resultava de uma opção livre e poderia ser frustrada, segundo Menezes Cordeiro, “pela ignorância do contratante, pela sua dependência econômica ou outra, por situações de monopólio, pela necessidade impreterível de contratar de imediato ou, simplesmente, por a contraparte se recusar a alterar a proposta ou a contraproposta que tenha formulado”¹⁸⁵.

O reconhecimento dessa situação de frustração efetiva da vontade e da anulação da liberdade plena legitima o controle judicial dos contratos e a

Paulo: Saraiva, 1994. p. 139-40.

¹⁸³ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*: buona fede in senso oggetivo e trasformazioni del contratto. Torino: UTET, 2009. p. 400.

¹⁸⁴ *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 652.

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 653.

interferência no cumprimento das obrigações. Quebra-se o dogma formal da autonomia da vontade.

Adverte Clóvis do Couto e Silva: “A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’. Nessa conciliação, a atividade do juiz exerce tarefa de importância. Seu arbítrio, no entanto, na aplicação do princípio da boa-fé, não é subjetivo, pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar. Nesse mútuo condicionamento de regras, quais serão as relativizações ditadas pela boa-fé? A resposta não pode ser dada *a priori*. A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia.”¹⁸⁶

Por isso Emilio Betti sustentou: “Quando a lei, em todas essas várias situações, fala de boa-fé, reporta-se a um conceito e a um princípio de valoração que não é moldado pelo Direito, mas que o Direito assume e recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para a qual se destina a valer. Fenômeno, esse, não isolado, porque também em relação a outros conceitos o Direito se reporta a categorias elaboradas pela consciência social e praticadas na vida das relações. Delas o Direito pode deduzir ou simples máximas de decisões que o juiz é obrigado a aplicar ou normas jurídicas.”¹⁸⁷

A boa-fé constitui um exemplo riquíssimo, afirma Teresa Negreiros, “de como o Direito é indissociável de sua aplicação. Com efeito, a realização do Direito através da decisão do caso concreto é constitutiva de seu conteúdo. A boa-fé, em sua acepção objetiva, carece de uma concretização metalegislativa, afigurando-se, por isso, como uma privilegiada base empírica para uma reflexão justeórica que parta da premissa segundo a qual a decisão – e portanto a interpretação – é parte constitutiva do Direito, no sentido de que o Direito é construído, e não pré-dado”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 42. Acrescenta o autor: “Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.” (Ibidem, p. 42)

¹⁸⁷ *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 84.

¹⁸⁸ *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 19.

Contudo, adverte Judith Martins-Costa, “como insistentemente tenho referido, a boa-fé objetiva é mais do que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o *dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes*, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado”¹⁸⁹.

O acolhimento, por uma norma jurídica, de um modelo ideal de conduta, de um *standard* ou padrão ético-jurídico, mercê de sua indeterminação deliberada, assinala Almeida Costa, “levanta o problema de uma contínua *concreção* ou *concretização*. Também se alude a *preenchimento com valorações*. A regra de que os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé consubstancia a exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição de relações entre eles como no desempenho das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos correlatos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade; quer dizer, impõe-se um comportamento que envolve aspectos ativos e omissivos”¹⁹⁰.

Contudo, afirma Almeida Costa, “o ditame da boa-fé não se apresenta pronto para imediata e formal execução, ‘self-executing’. Visto que consagrado através de uma cláusula geral, carece ainda de uma mediação concretizadora. O legislador enuncia um princípio, estabelece um projecto ou plano de regulamentação que envia ou comete ao juiz. E este deverá partir das exigências fundamentais da ética jurídica, que se exprimem na virtude de manter a palavra e a confiança, de cada uma das partes proceder honesta e lealmente, segundo uma consciência razoável, para com a outra parte, interessando as valorações do círculo social considerado, que determinam expectativas dos sujeitos jurídicos”¹⁹¹.

A boa-fé “opera uma delegação ao juiz para, à luz das circunstâncias concretas que qualificam a relação intersubjetiva *sub judice*, verificar a correspondência do regulamento contratual, expressão da autonomia privada, aos princípios aos quais esta última deve ser funcionalizada. Tal

¹⁸⁹ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 437.

¹⁹⁰ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 96.

¹⁹¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 96-7.

delegação, prevista legislativamente, faz com que determinadas concepções acerca do papel do juiz ainda hoje sustentadas se tornem anacronismos com um sentido claramente retrógrado¹⁹².

Nessa tarefa concretizadora ou de preenchimento do “espaço vazio” da cláusula, “não se podem desconhecer ou esquecer o conteúdo do princípio da boa-fé objectivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, assim como a estrutura da hipótese em apreço”. Acrescenta o autor: “há que encontrar dentro dos aludidos parâmetros uma normatividade exterior ao juiz, embora não rigorosamente fechada ou vinculativa, que afaste a insegurança jurídica e o arbítrio decorrentes de inconfinado subjectivismo jurisprudencial¹⁹³”.

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como cláusula geral¹⁹⁴, tem natureza subsidiária. A teia complicada que, hoje, constitui o Direito legislado, sustenta Menezes Cordeiro, “permite sempre satisfazer, à luz das normas estritas, a proibição de denegar justiça. O caminho que leva a utilizar institutos filiados na boa-fé – com excepção da subjectiva, cuja tecnicidade não levanta tantos pruridos podendo mesmo, em muitas das suas aplicações, funcionar como Direito estrito – onde, como se viu, impera um sentido supletivo, pressupõe sempre um juízo prévio sobre a incompleição dos instrumentos disponíveis. Em termos descritivos, o intérprete-aplicador ressentido a injustiça que adviria de uma decisão radicada nas regras comuns e, em paralelo, visualiza a decisão adequada ao caso¹⁹⁵”.

Não se deve pensar na aplicação da boa-fé como instrumento a suprir lacunas do sistema. De fato e tal como qualquer conceito indeterminado, observa Menezes Cordeiro, “a boa-fé requer, para a sua aplicabilidade, um preenchimento adequado, numa semelhança parente com a lacuna. Mas as parencas ficam-se por aí. A lacuna é uma falha de regulação

contrária ao sistema; a boa-fé corresponde a uma proposição do sistema, por ele querida, não havendo nem falha nem contrariedade. [...] Em termos formais, pode proclamar-se que a boa-fé, apesar da sua vaguidade, quando não tenha havido um processo adequado de concretização, não integra o vácuo regulativo da lacuna visto ser, ela própria, regulação. Basta pensar na potencialidade efectiva, demonstrada pela boa-fé, de pressionar, contraditar e afastar outras proposições jurídicas – num restringir que, não sendo imanente, não pode, de modo algum, reconduzir-se à redução teleológica – para atinar no definir-se ela pela positiva e não, como deveria ser se lacuna houvesse, apenas pela negação¹⁹⁶”.

Adverte Menezes Cordeiro que a sistematicidade do Direito não deve ser confundida com a presença de um sistema fechado e pleno. A complexidade das situações a resolver, afirma o jurista português, “provoca, em cada modelo de decisão, a candidatura dessas proposições (o autor se refere às proposições que integram o sistema, como axiomas, a exemplo do princípio da igualdade), em complementaridade ou em concurso, numa conjugação inequacionável com recurso ao mero pensar dedutivo. Deste modo e um tanto na linha de Canaris, aponta-se para uma ideia de sistema como ordem teleológica, formado por princípios jurídicos, atentas as particularidades destes: não valem se excepção, podem entrar em oposição ou em contradição, não têm pretensão de exclusividade, admitindo que um mesmo efeito, com consequências similares, seja alcançado por vectores diferentes, adquirem um sentido próprio apenas num conjunto móvel de complementações e delimitações e requerem, para a sua realização, um concretizar através de subprincípios e valores singulares, dotados de conteúdo material próprio¹⁹⁷”.

O princípio da boa-fé objetiva deve, como sustenta Judith Martins-Costa, ser utilizado como cânone hermenêutico-integrativo, porquanto, “para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato,

¹⁹² NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 265.

¹⁹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 97-8.

¹⁹⁴ O princípio da boa-fé objetiva deve ser entendido como cláusula geral porque, de acordo com Menezes Cordeiro: “no domínio obrigacional, existe todo um complexo normativo aplicável; a boa-fé, com vocação mais ampla, ora complementa ora restringe, ainda que em termos supletivos, tal complexo” (*Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.192).

¹⁹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 1.172. Acrescenta o autor: “Devendo o Direito consubstanciar-se no caso real, o sistema deixa ao intérprete-aplicador, através de dispositivos técnicos histórica e culturalmente consagrados, a tarefa de concretizar, em termos criativos, quando necessário, a sua ideia básica, dentro e fora do tecido existente em cada momento. A boa-fé, no domínio especializado que a Ciência do Direito lhe delimitou e sensível às coordenadas materiais apontadas, faculta, enriquecendo o todo de onde promana, o realizar desse programa.” (Ibidem, p. 1.280-1)

¹⁹⁶ *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.265.

¹⁹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 1.260. Explica o autor: “o sistema jurídico não se compõe de axiomas, base da dedução, é aberto e não esgota o espaço jurídico admitindo, ainda, fracturas internas. O axioma é uma proposição dotada de veracidade absoluta da qual, por implicação dedutiva lógica, se retirariam, depois, proposições inferiores e, por fim, decisões concretas. Não pode negar-se a existência no ordenamento, de princípios ou vectores que, por prescindirem, nas suas pretensões de validade, de qualquer fundamentação, originam argumentos absolutos ou disso próximos; pense-se no princípio da igualdade ou nas normas plenas que, como as que prescrevam determinadas formas para certos actos jurídicos, não comportem reduções teleológicas. Tais ocorrências são excepcionais. Por regra, as proposições que integrem o sistema devem ser entendidas pelo prisma dos objectivos que prossigam, tendo, por isso, uma validade limitada pelo seu escopo e, de modo mais profundo, pelos resultados que concitem, determinados à luz da sinéptica.” (Ibidem, p. 1.260)

tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto¹⁹⁸.

Judith Martins-Costa ainda observa importante efeito no campo metodológico da incidência da boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo, pois permite a sistematização das decisões judiciais. Isso ocorre, de acordo com a autora, “porque a boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou equidade –, todos eles ‘demasiadamente equívocos ou genéricos’, surgindo, assim, o recurso à boa-fé objetiva como resultante da exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um real valor prático¹⁹⁹”.

Contudo, não se deve perder de vista a correta advertência de Claudio Luiz Bueno de Godoy: “diante de uma cláusula geral, não se permite ao aplicador apenas justificar a criação da regra do caso concreto pelo que ele considera justo, a pretexto de que a tanto autorizado pelo reenvio a critérios extrajurídicos, puramente éticos ou morais, como se eles se desenvolvessem à margem do direito. Na verdade, os valores, proposições ou padrões de comportamento socialmente apreciáveis a que recorra o juiz, quando dá conteúdo à cláusula geral, conquanto não explícitos no ordenamento – e este o ponto fulcral, talvez causa de alguma confusão, envolvendo valores, princípios, dados, enfim, explicitamente contidos no sistema, e outros, nele inexpressos, mas que, realce-se, também o integram –, devem ao menos ser dele inferíveis, encontráveis em seus lindes.”²⁰⁰

¹⁹⁸ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 429.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 436. Explica a autora: “Durante muito tempo, a doutrina da inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos restou limitada às figuras de abuso de direito e da *exceptio doli*, esta proveniente do direito romano, aquela de construção da jurisprudência francesa. Uma e outra soluções, contudo, a par de dificultarem a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancoradas numa perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção. Por isso a tendência, hoje verificável, de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico.” (Ibidem, p. 455-6)

²⁰⁰ *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

Quando a lei, propositadamente, estabelece um tipo normativo permeado por termos vagos ou indeterminados de conceitos jurídicos, adverte Jorge Tosta, “não se quer com isso conferir ao exegeta liberdade para interpretar e aplicar a norma, segundo juízos de oportunidade. O processo de concreção judicial de um conceito jurídico vago ou indeterminado é orientado por regras e princípios a que o juiz está atrelado²⁰¹”.

O juiz deve buscar orientação nos valores e princípios encontrados no sistema, atento especialmente à ordem constitucional, na qual estão definidos. Há valores expressos na Constituição suficientes a informar a melhor interpretação e aplicação da boa-fé objetiva no caso concreto. É o caso da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade, princípios que aparentemente estão distantes da relação privada de obrigação, mas que desempenham papel relevantíssimo no preenchimento da cláusula geral da boa-fé objetiva.

A incidência dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade deu nova vida às relações obrigacionais, resgatando valores que se perderam no Liberalismo, como a justiça das relações, para dar a elas a utilidade social que devem ter. Assim, afirma Giovanni Ettore Nanni, “como resultado da aplicação direta destes princípios constitucionais nas relações jurídicas, deduz-se que o dever de cooperação – visualizada a obrigação em sua estrutura complexa e com esteio na boa-fé objetiva – é intensificado, adquirindo maior solidez, razão pela qual deve obter maior emprego pelos operadores do direito²⁰²”.

Este dever de cooperação constou, ao lado do dever de boa-fé, nos *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, preparados pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos, presidida pelo Professor Ole Lando, cujo art. 1:202 estabeleceu que cada parte tem o dever de colaborar com a outra para que o contrato surta plenos efeitos²⁰³, bem como nos *Princípios*

²⁰¹ TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil*: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 78.

²⁰² O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008. p. 309. O autor sustenta a sua afirmação na doutrina, que cita, de Perlingieri: “Tali disposizioni, se interpretate sistematicamente, indicano, invece, che entrambe le parti sono attivamente coinvolte nella vicenda attuativa dell’obbligazione e, seppur in maniera diversificata, sono chiamate a cooperare per la realizzazione degli interessi sottesi al rapporto. Tale cooperazione, già desumibile dalle disposizioni codicistiche, rinviene un più incisivo e prioritario fondamento, acquisendo ad un tempo un nuovo significato normativo, nel principio di solidarietà.” (Ibidem, p. 309)

²⁰³ Este dispositivo dos *Princípios de Direito Europeu de Contratos* se trata, como assinalam Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías e A. M. Morales, “de una idea que se encontraba plenamente admitida en la literatura del Derecho

UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais (2004), cujo art. 5.1.3 reclama de cada uma das partes a cooperação razoavelmente esperada para o cumprimento das obrigações.

A doutrina aponta também, no trato da boa-fé como cláusula geral na fase de execução do contrato, a necessidade de tolerância da outra parte para as modificações necessárias da obrigação, desde que não se prejudique essencialmente os seus interesses²⁰⁴.

Como foi bem assinalado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “o princípio da boa-fé não serve só para reforçar o contrato livremente celebrado, constringendo o devedor ao fiel cumprimento do pactuado (boa-fé compromissória), senão também a auxiliar o devedor a fim de protegê-lo frente a um credor malicioso ou demasiado inflexível (boa-fé eximente ou absolutória)”²⁰⁵.

O Código Civil brasileiro não definiu expressamente o dever de cooperação das partes na relação obrigacional²⁰⁶. Por conta da omissão legal há dificuldade em operar o dever nas relações. É certo que “o dever de cooperação entre as partes varia de caso para caso, dependendo do objeto e da complexidade da relação obrigacional. Pode implicar um comportamento ativo de colaborar ou proporcionar o adimplemento da

européo continental, em la cual, una vez admitida la existencia de deberes accesorios de comportamiento no existen inconvenientes especiales para reconocer la existencia de este deber de cooperación. [...] en la fase de ejecución de la prestación, la colaboración del acreedor puede ser necesaria para que el deudor esté en condiciones de llevar a cabo de forma regular y exacta la prestación debida, no sólo porque sin ella la prestación puede resultar imposible, sino también porque puede, con tal colaboración, la prestación alcanzar una mayor efectividad o satisfacer en mayor medida el interés a cuya satisfacción el contrato se dirige. Creemos que en una y otra vertiente el deber de colaboración –la colaboración estrictamente necesaria o aquella otra que en términos generales conviene– se determina de acuerdo con los usos de los negocios y con la buena fe.” (*Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002. p. 158)

²⁰⁴ É a opinião de Jorge A. Mayo (*Estudios de derecho civil: parte general – obligaciones – responsabilidad civil – contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 13).

²⁰⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 256. O contrato, em razão do seu dinamismo, continua o autor, “propicia uma sucessão de comportamentos que devem ser vistos e analisados no seu conjunto. Muitas vezes, o incumprimento inicial da parte devedora pode ficar superado pelo seu esforço dirigido ao adimplemento, e só o princípio da boa-fé, com sua exigência de lealdade, fornece critério seguro para a compreensão jurídica das condutas” (Idem).

²⁰⁶ Lembra Giovanni Ettore Nanni que, “apesar de não regrado na legislação pátria codificada, o dever de cooperação é previsto dentre os Princípios Unidroit aplicáveis aos Contratos Comerciais Internacionais de 2004, em que se estabelece no artigo 5.1.3: *Cooperação entre as partes*. Cada parte é obrigada a cooperar com a outra quando esta cooperação pode ser razoavelmente esperada para o cumprimento das próprias obrigações. Na mesma sorte de estipulação, os Princípios Fundamentais do Direito Europeu dos Contratos, publicados pela *European Contract Law Commission*, dispõem no artigo 1:202: *Obrigação de cooperação*. As partes são obrigadas reciprocamente a cooperar com a finalidade de dar plena execução ao contrato” (O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 310-1).

prestação, bem como passivo no sentido de não obstar nem dificultar o cumprimento da outra parte. É a situação fática que determina a sua extensão e a colaboração devida”²⁰⁷.

A propósito, a observação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “O novo Código Civil não estabeleceu parâmetros ou *standards* de conduta que servissem de auxílio na determinação do conteúdo da cláusula geral de boa-fé. Tal tarefa foi deixada à discricionariedade do julgador, a quem caberá analisar a situação concreta, o comportamento usual dos agentes naquele campo específico, a honestidade e a lealdade que se espera das partes em relações semelhantes, e outros tantos fatores.”²⁰⁸

Aplicada a boa-fé objetiva com a função de reequilíbrio contratual, nas hipóteses de quebra da base do negócio jurídico ou de superação dos limites do sacrifício, quando ocorre uma perturbação da equivalência econômica que afeta a comutatividade contratual, defende Nelson Rosenvald que, “em nome da boa-fé, muitas vezes serão necessárias rupturas sobre situações puramente formais como fundamental exigência de retribuição da prestação de um modo materialmente equivalente e socialmente justo”²⁰⁹.

Aplicado os deveres de solidariedade e cooperação na relação obrigacional, as partes estão vinculadas a um agir de acordo com o programa contratual finalisticamente estabelecido. Sob tal perspectiva, “será correto dizer que o princípio da boa-fé contribui para a *otimização* da própria relação contratual, impedindo que a sua evolução ocorra de forma meramente maquínica, atrelada unicamente à letra fria do acordo. É por isso que, diante de sua orientação finalística, a boa-fé objetiva permite que o ajuste venha a ser executado de maneira distinta daquela originariamente prevista pelas partes, sendo adensado com os direitos e obrigações que, ao longo da relação, revelem-se indispensáveis à consecução da finalidade material por elas idealizada”²¹⁰.

A partir de outro ponto de vista, a boa-fé objetiva ainda opera efeitos em favor da conservação do contrato, impedindo que a parte se acomode e deixe de fazer o que é necessário, e, portanto, deixe de cooperar

²⁰⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 310.

²⁰⁸ A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

²⁰⁹ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 87.

²¹⁰ FARO, Frederico Kastrup de. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 28, 2009.

solidariamente, visando determinar a extinção da relação. A doutrina italiana defende a aplicação da boa-fé no sentido de conservar o contrato, como se vê nas palavras de Giovanni Maria Uda: “[...] possiamo dire che la buona fede svolge una prima funzione di salvaguardia del contratto: essa impedisce cioè che il contratto si estingua, o comunque rimanga privo di effetti frustrando le aspettative di una parte a vantaggio dell’altra la quale, al fine de liberarsi di un vincolo contrattuale non gradito, non si attiverebbe per salvare il contratto stesso. La buona fede, in altri termini, rende giuridicamente obbligatorio quel comportamento necessario per consentire al contratto di funzionare regolarmente.”²¹¹

3.4.1 A BOA-FÉ E O ABUSO DE DIREITO

Na aplicação da boa-fé objetiva encontram-se dificuldades para lidar com o abuso do direito, pois as situações de quebra de confiança, lealdade, solidariedade e dignidade estão muito próximas do agir com abuso no exercício dos direitos subjetivos. Existe mesmo uma ligação forte entre a violação da boa-fé objetiva e o abuso de direito. Neste, explica Nelson Rosenvald, “alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta e lhe concede sustentação sistemática”²¹².

O verdadeiro critério do abuso do direito, no campo das obrigações, “parece localizar-se no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar”²¹³.

Estamos de acordo com Nelson Rosenvald quando afirma: “Não

²¹¹ *La buona fede nell’esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 90.

²¹² *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 123.

²¹³ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 131.

pretendemos de forma alguma afirmar que a boa-fé absorve o abuso do direito. Como sugere Coutinho de Abreu, é preferível distinguir as duas figuras e autonomizar os princípios da boa-fé e do abuso do direito. O que nos parece evidente é que, a par da necessária individualização de cada instituto – que, aliás, é evidente intuito do novo Código Civil brasileiro –, há uma área que é comum a ambos.”²¹⁴

Diante da ordenação contratual, “o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela com o parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica”²¹⁵.

Na verdade, “se bem atentarmos nos atos geralmente apontados como de abuso de direito, veremos como em todos está presente uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé. Esta violação é patente desde logo nos casos de abuso de direito reconhecidos pelas concepções subjetivistas: quando se escolhe, com o propósito de prejudicar, o modo do exercício do direito que é mais danoso para a contraparte, é manifesta a violação do dever de agir com moderação, imposto pela boa-fé. Mas a violação do mesmo dever de agir conforme a boa-fé é visível também nos demais casos de abuso de direito, caracterizados apenas por desvio da sua finalidade, independentemente de qualquer propósito de prejudicar. Nestes casos, é preciso, todavia, sermos cautelosos antes de dar como verificado um abuso de direito, porque a boa-fé não exige certamente que ninguém proceda de modo altruísta em relação à contraparte”²¹⁶.

O princípio da boa-fé, seguindo a lição de Judith Martins-Costa, “por seu significado primacial de correção e lealdade, por sua inscrição em uma *tradição sistematizadora*, pela relativa vagueza semântica que

²¹⁴ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 132.

²¹⁵ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 141.

²¹⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 173. Realmente importante é saber, de acordo com o autor, “que o verdadeiro critério do abuso de direito parece estar no princípio da boa-fé: o que importa assinalar é, primeiro, que a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos, haja com *moderação* e, segundo, que se a discricionariedade concedida aos particulares constitui a sua esfera de autonomia privada, a boa-fé, agora, terá uma função de *limite* a tal autonomia” (Idem).

o caracteriza – permitindo, em seu entorno, uma área de franja hábil a captar novas hipóteses não ainda tipificadas legal ou socialmente –, mostra-se um instrumento de maior utilidade para resolver o ‘dilema do abuso’, a saber: o de demarcar, no caso concreto, a extensão dos direitos e faculdades que não foram objeto de maior precisão legislativa. Mais do que isso, a boa-fé permite até mesmo ultrapassar a noção de abuso do direito – ‘construído, na doutrina, como conceito dogmático residual, para abranger situações de fato não enquadráveis no ordenamento jurídico – mas de definir causa de ilicitude’. Por essa razão, há quem sustente que a boa-fé não é apenas a mais importante das balizas do exercício jurídico: o princípio englobaria a categoria do abuso que, *subsumido* no princípio da boa-fé objetiva, não teria ‘existência autônoma’, mas demarcaria uma das três zonas funcionais do princípio²¹⁷.

A figura do abuso do direito sempre teve vocação para um conceito residual, de modo a autorizar sua invocação quando outra solução não é encontrada no ordenamento. É certo que em face das novas preposições inerentes à boa-fé objetiva o campo de incidência do abuso do direito é reduzido em relação aos contratos e obrigações, mas não está determinado o seu desaparecimento.

3.4.2 A BOA-FÉ E A SEGURANÇA JURÍDICA

A formulação de conteúdo aberto da cláusula geral da boa-fé objetiva, de outra parte, não oferece risco à segurança jurídica em razão do alto grau de concreção que confere ao juiz. A esta preocupação presente na doutrina mais refratária à mudança de paradigmas, presa que está fortemente às ideias liberais que estiveram presentes em toda formação jurídica dos operadores do direito do último século, tem lugar a afirmação do jurista uruguaio Gustavo Ordoqui Castilla: “En realidad, más que inseguridad la buena fe lo que impone es seguridad, pues en su nombre nadie ha denunciado abusos pero sí invocando su existencia se seguieron pautas de conducta debida que

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do congresso internacional de Direito Civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90-1.

impusieron orden, seguridad y justicia. Su aplicación se deduce del orden jurídico y de la normativa vigente. En su vigencia se fundan figuras básicas como del abuso del derecho, el fraude a la ley, que permiten seguridad y justicia. No se trata de priorizar la justicia a la seguridad sino de utilizar ambos valores de forma que puedan coexistir en el bien común. No se quiere una seguridad certeza formal, alejada de justicia y la realidad. No se quiere una justicia contra legalidad ello traería la anarquía o el caos. Se quiere la certeza y seguridad que logra la resolución justa dentro del orden jurídico. La seguridad es importante pero no es la única meta del derecho, ni siquiera debe estimarse como la primera. Indudablemente tiene por encima a la justicia. Aunque normalmente son valores que complementan, en ocasiones la garantía de seguridad absoluta podría relegar singularmente a la justicia si se hace primar el formalismo como seguridad a ultranza. [...] La seguridad jurídica no se logra fosilizando o petrificando la ley.”²¹⁸

A segurança jurídica não pode ser vista hoje como decorrência da aplicação cega do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida. Ela é material, como afirma Paulo Nalin, “concreta e histórica, investigativa das condutas e resultados objetivos do contrato, escapando da concepção, superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo devedor. A segurança desejada pelo titular de uma situação subjetiva é a de que poderá cumprir sua parcela da avença, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé. O enredo constitucional da segurança não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente seu contínuo equilíbrio. A segurança jurídica não está mais no paradigma

²¹⁸ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Buena fe contractual*. Montevideo: Del Foro, 2005. p. 56-7. Completa o autor em nota na qual afirma: “El temor de algunos a las cláusulas abiertas o a los estándares jurídicos por lo flexibles y variables, es infundado. En realidad, a lo que se tiene temor es a flexibilizar o ampliar el poder judicial. Esto es un error, pues en todos estos casos cuando el juez aplica el principio la buena fe no hace más que actuar conforme a derecho, lo que jamás puede ser visto como algo que afecte a la seguridad jurídica. [...] Más que aplicar la ley los jueces deben realizar sus mejores esfuerzos en tratar de revelar el derecho vigente al caso concreto.” (Ibidem, p. 56 e 58)

moderno da vontade, mas, no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato conforme a boa-fé²¹⁹.

O antigo conceito de subsunção, como operação mecânica e silogística, está superado. O juiz não pode mais se ocultar, adverte Jorge Tosta, “por detrás da frágil defesa da concepção do Direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida a sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no Direito abertura para escolha diversa²²⁰”.

O juiz deve buscar a solução do caso concreto nas categorias de direito privado e nos valores definidos na Constituição, buscando harmonizar as fontes por um trabalho constante de natureza axiológica. Por isso, afirma Gustavo Tepedino, “a segurança jurídica há de se estabelecer a partir deste compromisso axiológico que, ao fim e ao cabo, prestigia mais a segurança do que a velha subsunção, já que esta, a rigor, acaba por esconder opções valorativas individuais do intérprete ou do legislador”. Apoiado em Pietro Perlingieri, Tepedino assevera que “o magistrado, ao solucionar o caso concreto, traduz a totalidade do ordenamento, complexo e um unitário. Cada decisão revela, desta maneira, o ordenamento no caso concreto, preservando-se a segurança jurídica. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam²²¹”.

Para vencer a desconfiança nas cláusulas gerais se deve pensar que se não for aceito este caminho não há outro a seguir, a não ser a edição de leis cada vez mais analíticas e regulamentaristas, que devem ser modificadas permanentemente para dar resposta a exigências sempre modificáveis, o que sabemos não é possível²²².

De qualquer forma, “entre um sistema fechado com o risco de se tornar obsoleto com o passar do tempo, dada a inevitável variabilidade semântica de certos conceitos, mormente numa sociedade em constante evolução, e um

²¹⁹ *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

²²⁰ TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 4.

²²¹ Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III. p. 39-40. Nesse sentido, ainda, do autor, O ocaso da subsunção. Op. cit., p. 443-5.

²²² Kelmemajer de Carlucci apud CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Buena fe contractual*. Montevideo: Del Foro, 2005. p. 60.

sistema aberto com o risco de instabilidade e imprevisibilidade das decisões judiciais, em face das divergências existentes no processo de integração/ interpretação dos *termos vagos*, é preferível o segundo²²³.

Essa judicialização do direito privado, que ocorreu especialmente a partir do Código Civil de 2002, que entregou ao juiz um espaço amplo para concretização da norma, não põe em risco a uniformidade do sistema, porque o juiz “não é inteiramente livre para solucionar os conflitos que se lhe apresentam. Embora não seja a *boca que pronuncia as palavras da lei*, o juiz, ao colmatar um ‘conceito vago’ ou dar concretude a uma norma que lhe permite agir segundo um juízo de oportunidade, está pautado por regras, valores, *standars* e/ou *princípios gerais de direito* cuja observância se impõe pela natural e imprescindível preservação do Estado de Direito²²⁴”.

A insegurança está ligada muito mais, nos parece, ao domínio e operação de novos instrumentos do direito privado do que propriamente à ideia de instabilidade nas decisões. A insegurança, portanto, está radicada essencialmente nos operadores, que encontram dificuldade para vencer uma cultura que, influenciada fortemente pelos conceitos do liberalismo, desconfia do poder conferido aos juízes para criar soluções adequadas às relações obrigacionais e atribui comodamente a responsabilidade pelas decisões ao legislador. É necessário, portanto, uma mudança de conceitos e valores para que a velha concepção do direito privado não anule os benefícios de um sistema mais aberto com interpretações restritivas e conservadoras.

²²³ TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 12.

²²⁴ TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6.

4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

4.1 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO ABERTO

Os princípios de Direito, numa fase que se convencionou chamar de positivista, eram aplicados de acordo com um raciocínio lógico-dedutivo ou indutivo, tendo como referencial o ordenamento posto. Na fase positivista, afirma Teresa Negreiros, com apoio na doutrina de Paulo Bonavides, “os princípios recolhem da natureza logicamente sistemática do ordenamento jurídico o fundamento de sua normatividade, embora no plano legislativo, ainda centrado nos Códigos Civis, os princípios sejam referidos como fonte supletiva de interpretação”²²⁵.

Vivemos o que se denomina de pós-positivismo, ou de positivismo moderado, que se caracteriza pelo deslocamento do eixo legislativo do campo civil para o campo constitucional, no qual inúmeros princípios são extraídos para assentar a base de todo o ordenamento. No contexto pós-positivista, observa Teresa Negreiros, “caracterizado pela abertura do sistema jurídico, os princípios passam a ser aplicados prioritariamente às normas específicas, pois que, segundo tal estruturação sistemática, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema fechado, completo e avalorativo”²²⁶.

O fim dos Estados absolutistas e o reforço do federalismo, nas palavras de Pedro Oliveira da Costa, “acarretam a ruptura ideológico-social que abre caminho para uma nova ordem constitucional, com novos paradigmas. Altera-se, então, a percepção da importância do texto constitucional e da aplicabilidade de suas normas. Em que pese a resistência de alguns setores

²²⁵ Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 145.

²²⁶ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 146. Explica a autora: “o caráter normativo dos princípios já podia ser vislumbrado em um momento ainda predominantemente positivista. Ocorre que, ali, se tratava de conceber os princípios como uma decorrência lógica do pensamento sistemático, consubstanciado nas ideias de unidade, completude e coerência do ordenamento jurídico, ao passo que hoje, na fase denominada pós-positivista, os princípios, consagrados constitucionalmente, se impõem como fundamento axiológico – e não mais lógico-axiomático – do sistema jurídico” (Ibidem, p. 146).

da doutrina, os princípios constitucionais deixam de ser encarados como meros princípios políticos, cujo destinatário seria apenas o legislador infraconstitucional, e passam a ser entendidos como necessariamente presentes em todos os recantos do tecido normativo; normas cogentes a nortear a solução de conflitos entre particulares e destes perante o Estado. A Constituição deixa de ser ‘do Estado’ e passa a ser do cidadão, agora capacitado a exigir do seu semelhante, inclusive mediante a provocação do Judiciário, o respeito às regras e princípios constitucionais, cuja normatividade passa a ser reconhecida”²²⁷.

Impõe-se, como afirma Giovanni Ettore Nanni, “a harmonização do Direito Civil com princípios constitucionais ou com a Constituição como um todo orgânico. A norma constitucional passa a ser parte integrante do sistema civil, não apenas como regra hermenêutica, mas como norma vinculante de comportamento, recaindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais, especialmente a pessoa humana. Portanto, o Direito Civil é justaposto a todo o ordenamento jurídico e peculiarmente à Constituição Federal, de cujas normas ele extrai princípios e fundamentos básicos que compõem os elementos que se sustenta como alicerces do direito obrigacional”²²⁸.

Sustenta a moderna metodologia “que os cultores do direito não devem propor-se uma simples explicação teórica das soluções consagradas na lei, dirigida a uma visão sistemático-formal do ordenamento jurídico, que era o objectivo da chamada *jurisprudência dos conceitos* (‘Begriffsjurisprudenz’). Em vez dessa linha metodológica, considera-se que a ciência do direito, mercê da

²²⁷ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPE-DINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47. O autor afirma que assim, “verifica-se a ascensão política e científica da Constituição, que assume, definitivamente, o seu lugar de direito no centro do ordenamento jurídico, de onde irá desempenhar uma função de ‘filtro’, conformando a interpretação, aplicação e compreensão de todo o direito infraconstitucional” (Ibidem, p. 48).

²²⁸ O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 291. Renan Lotufo afirma, a propósito, que “O Código não podia ser considerado como o único centro de informações da vida civil”. E critica a escola clássica do Direito: “Muitos de nossos manuais e muitos professores de Direito Civil continuaram ensinando a matéria, como se nosso Código continuasse a ser o mais importante, pois dentro de nosso corpo legislativo não bastara o advento da Constituição, pois essa não revogara o Código Civil. Sem perceberem as mudanças de concepção sociopolítica, permaneceram como se as normas deste Código sobrepairassem sobre a Constituição, numa visão totalmente incongruente com a própria teoria geral do direito.” (Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 22)

sua exacta natureza, tem de orientar-se pelo primado da vida e não partindo de um puro logicismo. Deste modo, entende-se que incumbe ao jurista, como tarefa principal, a indagação dos motivos práticos das soluções da lei, dos interesses materiais ou ideais e finalidades que a determinaram, como postula a *jurisprudência dos interesses* ('Interessenjurisprudenz'); ou melhor, de acordo com a subsequente orientação da *jurisprudência das valorações* ('Wertungsjurisprudenz'), que, todavia, não se apresenta indiscutida, é necessário que na interpretação e integração da lei, quer dizer, ao aplicar-se o direito, se atenda essencialmente aos princípios ou critérios valorativos em que as formulações legislativas se baseiam e imanescentes ao ordenamento jurídico. Acresce que, numa vincada acentuação do momento pragmático da linguagem e dos esquemas institucionais, as próprias correntes analíticas destacam o facto de uma adequada resolução dos problemas jurídicos concretos apenas se tornar possível mediante a ponderação das especificidades destes, em referência a uma certa prática, e nunca por mera via axiomático-dedutiva de subsunção. Trata-se do modo atual de encontro do homem com o direito"²²⁹.

O sistema jurídico, nesta nova ordem de ideias, "tem o papel de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica; não é pré-dado, mas construído por uma atividade hermenêutica que, como tal, não é mais uma atividade puramente lógico-substantiva, mas teleológico-valorativa, pelo que Canaris caracteriza o sistema jurídico como 'ordem teleológica de princípios gerais de direito'"²³⁰.

Somente a partir do momento em que se reconheceu a abertura do sistema jurídico, o seu enraizamento cultural, segundo Teresa Negreiros, "é

²²⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 54. Esclarece Fernando Noronha: "Hoje, a jurisprudência dos interesses já está ultrapassada, substituída pela *jurisprudência dos valores*, ou *das valorações* (*Wertungs-jurisprudenz*), cuja formulação mais acabada se deve essencialmente a outro Mestre alemão, Josef Esser, e que, no fundo, representa mero desenvolvimento da ideia básica da jurisprudência dos interesses: se o legislador fez prevalecer na norma concreta um certo interesse, é porque ele procedeu a uma determinada valoração de tais interesses, que lhe permitiu selecionar aquele que, a seu juízo, se afigurava mais merecedor de tutela. Atrás dos interesses estão, portanto, *valores*, que os procedem e que, por isso, devem orientar todo o pensamento jurídico." (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 37-8) Oportuna, ainda, a observação de Pietro Perlingieri: "A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses – mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de 'Direito Civil Constitucional' –, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em uma concretização dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência. Mesmo interesses materiais e suscetíveis de avaliação patrimonial, como instrumentos de concretização de uma vida digna, de pleno desenvolvimento da pessoa e da possibilidade de se libertar das necessidades (*liberta dal bisogno*), assumem o papel de valores." (*Ibidem*, p. 119-20).

²³⁰ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 159.

que os princípios puderam ser reconhecidos como chave para a aplicação-realização do Direito, e não mais como mecanismos de integração supletiva do que então se reputava como um sistema autônomo, neutro e autorreferente. A partir de então, os valores fundamentados, designadamente na sua formulação constitucional, conquistam uma dimensão de efetiva capacidade de decisão, não mais sendo possível pôr a ordem jurídica entre parênteses. É por isso que parece lícito estabelecer uma conexão entre, de um lado, sistema fechado e sistema exclusivamente de regras e, de outro, sistema aberto e sistema de regras e princípios"²³¹.

No campo do direito privado "este parece ser um processo de profundas e ainda não tangíveis mudanças: desaparece a ideia de Código Civil como 'constituição da vida privada', verdadeira metáfora do sistema fechado, surgindo a Constituição como centro, não apenas formal, mas valorativo da unidade como um todo"²³².

Se alguma crítica se pode conceber a essa nova forma de ver o direito privado, que boa parte da doutrina designou de constitucionalização do Direito Civil²³³, o fato é que a nova exegese do direito privado não pode ser feita sem atenção ao primado dos valores constitucionais. Esta é a transformação que levou o direito contratual e obrigacional a um novo estágio, no qual o capricho, a potestade e a intransigência das partes, especialmente do credor, são vencidos na incidência da moderna ordem jurídica.

²³¹ *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 166-7.

²³² NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 169. Acrescenta a autora: "A importância dos princípios para esta releitura do Direito Civil é indiscutível, assim como a concepção destes princípios como normas que se distinguem em um nível funcional." (*Ibidem*, p. 171)

²³³ Como afirma Pietro Perlingieri, "não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil. Essa solução 'é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos. Pode-se afirmar, pois, que seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos –, seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional de respeito às relações pessoais e socioeconômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores" (*O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 589-90).

Abre-se para o civilista, de acordo com Pietro Perlingieri, “um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação. Muitas das investigações já realizadas nesse sentido indicam que a estrada traçada é rica de resultados, destinados, na sua totalidade, a dar uma nova feição ao direito civil, contribuindo à criação do direito civil constitucional”²³⁴.

É preciso reconhecer “que a mudança de paradigmas operada no direito privado, resultante da necessária releitura de todo o ordenamento de acordo com o projeto constitucional de uma sociedade livre, promove uma autêntica transformação na disciplina contratual, criando uma nova Teoria do Contrato, em que os princípios clássicos, já chamados de ‘liberais’, coexistem com novos princípios, ditos ‘sociais’: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico (ou equivalência material) e função social do contrato”²³⁵.

Não se deve olvidar o papel da jurisprudência na aplicação dos princípios e na criação do Direito. As normas que compõem um dado sistema jurídico podem ser legisladas e, como afirma Fernando Noronha, quase sempre trabalhadas pela jurisprudência, “mas também podem ser normas totalmente construídas pela jurisprudência, no seu incessante labor de ‘aplicação’ do direito, orientado pelos princípios e valores subjacentes. É por este processo que princípios e valores imperceptivelmente vão fazendo evoluir o direito que nos rege”²³⁶.

²³⁴ *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 591.

²³⁵ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52.

²³⁶ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 9. O autor explica que nas hipóteses de lacunas no sistema, no qual falta uma norma jurídica que regulamente a situação ou que o sistema vigente oferece uma solução em relação à qual a consciência jurídica geral se sobressalte, é necessário ter presente o que o autor chama de *diretrizes da construção jurisprudencial do direito* que são: “as necessidades sociais a satisfazer, a adequação à natureza das coisas e o

O papel da jurisprudência hoje na construção de novas regras é incontestável em face da importância que o ordenamento reconhece às súmulas e precedentes jurisprudenciais. Representa o quanto o sistema se abriu a novas interpretações e à imprescindível atuação judicial integradora e criativa na solução dos conflitos. A jurisprudência ainda é sinalizadora, através da tendência verificada nos julgamentos, de novas percepções que são capazes de reorientar a doutrina e a atuação das partes e dos agentes sociais. Uma jurisprudência voltada à concretização dos valores constitucionais e dos princípios extraídos do sistema é o que se espera a partir das cláusulas gerais.

respeito aos princípios éticos jurídicos cristalizados nos *princípios fundamentais de direito*. Se as necessidades sociais é que determinam o surgimento da hipótese fática a normar, por um lado caberá à natureza das coisas estabelecer a ponte entre os fatos e a nova norma, garantindo a exequibilidade desta, e, por outro, incumbirá aos princípios fundamentais de direito estabelecer uma outra, entre os valores que prevalecem na sociedade e a norma a instituir, garantindo a legitimidade desta. Se as necessidades sociais apontam a finalidade a alcançar, a natureza das coisas indicará os meios disponíveis, enquanto os princípios fundamentais de direito esclarecerão o que será legítimo a fazer” (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 10).

4.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Recebe o direito privado a incidência dos princípios-valores da Constituição, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade²³⁷ e da igualdade substantiva, princípios que encontram ampla aplicação nas relações obrigacionais.

Consequentemente, é imperativa a conformação do contrato aos princípios constitucionais, “uma vez que o contrato deixa de ser considerado como um instrumento economicamente neutro, porquanto seus efeitos transcendem a privacidade das partes, devendo ser, por isso, diretamente informado pelo quadro axiológico do direito civil-constitucional”²³⁸.

A Constituição vigente revela que o Estado brasileiro atual não é um Estado abstencionista que aceita o exercício da autonomia privada como pressuposto do bem-estar social. Ao contrário, anota Teresa Negreiros, “no atual quadro constitucional, a atividade econômica, privada por excelência, está condicionada à realização de finalidades que importam à coletividade (e não à soma, repartida, dos indivíduos), como seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que assegure ‘a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170, *caput*). São os princípios acima identificados que conferem à intervenção do Estado nas relações econômicas, intersubjetivas, um sentido de unificação e de coerência. [...] Trata-se, portanto, de ‘funcionalizar’ a autonomia privada a tais direitos, consagrados explícita ou implicitamente na Constituição, e não mais de estabelecer limites procedimentais, apriorísticos, à esfera de atuação privada, como se esta não houvesse sido substancialmente atingida

²³⁷ Guido Alpa, ao responder por que a solidariedade deveria ser elevada à regra jurídica, vinculante e coativa, deu a exata dimensão deste valor para o ser humano: “Ma perché elevare a regola giuridica, cioè a norma vincolante e coattiva la solidarietà? Perché si avverte l’esigenza di sottrarre la solidarietà al mondo dei rapporti non giuridificati, al mondo dell’operatore spontaneo o amichevole, al mondo del caso e del capriccio? La risposta, al tempo stesso banale e semplice, è presto detta: perché la solidarietà è connotato peculiare delle società moderne e civili, ispirate alla tutela dell’altro, del diverso, dell’emarginato, ma è connotato che tende ad essere sommerso, quando non debellato, dall’individualismo (o peggio, dall’egoismo) insito nella natura umana. ‘*Homo hominis lupus*’ è una verità storica, insuperata e forse insuperabile. Ed è appunto per temperare questa spinta naturale, per conservare la stessa coesione sociale, per elevare la consistenza bruta a convivenza civile, che la solidarietà deve essere non solo riconosciuta ma anche imposta come valore e come principio.” (*Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Torino: UTET, 1997. p. 137)

²³⁸ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190.

pela nova configuração constitucional do Estado”²³⁹.

A Constituição Federal de 1988 “consagrou um Estado Democrático de Direito funcionalizado à efetivação de direitos fundamentais e, entre os objetivos fundamentais da República, priorizou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Em seguida, concretizou a convocação à fraternidade com a meta de erradicação da pobreza e marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Não há dúvida de que a diretriz da solidariedade se converteu em finalidade primordial, além de vetor interpretativo para qualquer ato normativo. Essa atuação promocional, vazada na procura pela justiça distributiva e igualdade substancial, objetiva superar uma visão míope e egoística do direito. O direito de solidariedade se desvincula, então, de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum”²⁴⁰.

A percepção do solidarismo entre partes, numa relação contratual, anota Paulo Nalin, “escapa completamente à concepção individual e egoísta, proposta no atual modelo codificado, em que os interesses subjetivos são contrapostos aos sujeitos contratantes. A ideia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as partes”²⁴¹.

A boa-fé, assinala Teresa Negreiros, “como resultante necessária de uma ordenação solidária das relações intersubjetivas, patrimoniais ou não, projetada pela Constituição, configura-se, muito mais do que como fator de compressão da autonomia privada, como um parâmetro para a sua funcionalização à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões”²⁴².

²³⁹ *Ibidem*, p. 216-7.

²⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 173. Neste atual contexto de alteridade e reciprocidade nas relações humanas, prossegue o autor, “impõe-se necessária readequação do conceito de direito subjetivo. Tradicionalmente vinculado ao ideário liberal, refletia um poder atribuído ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Em uma sociedade solidária, todo e qualquer direito subjetivo é funcionalizado para o atendimento de objetivos maiores do ordenamento. O sistema apenas legítima a satisfação de interesses particulares à medida que o seu exercício seja preenchido por uma valoração socialmente útil” (*Ibidem*, p. 174-5).

²⁴¹ *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 173-4.

²⁴² *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 222-3.

Teresa Negreiros coloca com precisão os termos da questão constitucional da boa-fé: “A fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na ideia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais. Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o **direito** à autonomia privada e o **dever** de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária**, ao indivíduo **solitário**.”²⁴³

O enfoque, a partir desta mudança de perspectiva, deve recair sobre os deveres das partes na relação obrigacional e não mais, exclusivamente, sobre os direitos subjetivos²⁴⁴.

A Constituição deixou assentado como princípio geral da ordem econômica assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), o que expressa, nas palavras de Teresa Negreiros, “o fenômeno da socialização do direito privado, que, em última instância, impede que as relações intersubjetivas possam ser compreendidas em si mesmas, sem uma contextualização sistemática e, especificamente, constitucional. A dignidade da pessoa humana aparece, neste contexto, como um princípio unificante, razão e fim do Estado, e que, desde suas referências normativas mais remotas, vem ligada à ideia de respeito e de solidariedade

²⁴³ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 252. Almeida Costa procura equacionar os princípios da boa-fé e da autonomia da vontade, reconhecendo que também a autonomia da vontade se encontra ética e juridicamente fundada. A autonomia privada, afirma o jurista português, “consiste na faculdade concedida aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, representando a boa-fé um dos instrumentos consagrados pela ordem jurídica como limite ou complemento dessa livre conformação das relações obrigacionais. Constitui, assim, uma das por vezes designadas *cláusulas sindicantes*. Tal conceito, não isento de críticas, abrange as normas que fiscalizam ou limitam a aplicação de outros preceitos do ordenamento jurídico” (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 89).

²⁴⁴ Como afirma Teresa Negreiros: “Se, antes, o exercício do direito do indivíduo só encontrava limites naquilo que significasse prejuízo a outrem, agora, em uma perspectiva que valora a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional diretamente oponível às relações interprivadas, o exercício dos deveres da pessoa (nisto incluído o dever de agir com boa-fé) só encontra limites no sacrifício que tal conduta lhe vier a causar. É neste contexto que se justifica e se reitera a oposição pessoa-indivíduo: aquela existe em sociedade e desenvolve-se através de relações que a boa-fé exige sejam solidárias; este existe em si, configurando-se o interesse social como a mera justaposição (e não interação) de interesses individuais. Em termos concretos, antes a parte contratante podia fazer tudo desde que não prejudicasse a contraparte; agora, deve fazer tudo para colaborar com a outra parte desde que não prejudique a si própria de forma tal que o benefício contraposto desnature a função mesma do vínculo. Trata-se de uma mudança radical, expressa por uma inversão de perspectivas, segundo a qual o enfoque recai sobre os deveres jurídicos, ao invés de, como antes, recair prioritariamente sobre os direitos subjetivos.” (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 256)

entre os homens, assim tornados pessoas”²⁴⁵.

O princípio da boa-fé atua, nesta ordem de ideias, “como o instrumento por excelência do enquadramento constitucional do direito obrigacional, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é do que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito obrigacional”²⁴⁶.

No art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, encontramos indicação segura a respeito da direta ligação da boa-fé com os princípios constitucionais informadores da ordem econômica. Esta conexão legislativamente fixada entre o direito do consumidor e a normativa constitucional “confere à boa-fé uma dimensão qualificada, na medida em que reforça a tese segundo a qual este princípio deve ser funcionalizado como elo de conformação sistemática do direito civil ao direito constitucional”²⁴⁷.

Partilhamos da reflexão de Teresa Negreiros: “A aplicação da boa-fé, especialmente quando reportada à Constituição e, assim qualificada como um princípio geral aplicável a todo o direito obrigacional, sem dúvida alguma nos coloca questões acerca dos limites de uma ética material em face da certeza e da segurança jurídicas. A problemática assim configurada está ligada ao advento do chamado Estado do bem-estar social e à consequente revisão imposta ao princípio da separação dos Poderes – designadamente através da ‘desneutralização do Judiciário’. O surgimento de direitos sociais, ou ‘liberdades positivas’, forjou um quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída. Significa dizer que o respeito aos direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais, não é alcançado através de uma simples defesa pelo Judiciário, porque tais direitos implicam, ao contrário das liberdades

²⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 257. Importa, em acréscimo, lembrar as palavras de Roberto Senise Lisboa: “A sociedade brasileira é regida por princípios constitucionais claros, firmando-se como princípio fundamental a *dignidade da pessoa*, valor que a enaltece em detrimento de seu patrimônio. E pouco importa se ela é devedora ou não. A partir do momento em que se privilegia a dignidade humana e não somente o patrimônio pessoal, sobrepõe-se a predileção do ordenamento pela proteção e asseguramento dos direitos da personalidade. [...] o estabelecimento de normas jurídicas deve atender ao bem comum e aos anseios dos seus respectivos destinatários. O direito positivo deve ser constituído de regras a serviço da pessoa, conciliando-se os conflitos intersubjetivos e assegurando-se pelos meios possíveis os direitos que, por sua natureza, são inerentes a toda pessoa. Diante do exposto, devem ser traçados limites ao exercício da exigibilidade do cumprimento da obrigação, observando-se a preservação dos direitos da personalidade. Tal diretriz enseja uma análise menos patrimonialista da relação jurídica, atendendo-se ao critério constitucional da *solidariedade social*.” (*Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10)

²⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 270.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 277.

negativas, uma certa atividade do Estado a qual não pode ser realizada pelo juiz através de uma aplicação subsuntiva e automatizada da lei.”²⁴⁸

O solidarismo social, por sua vez, seguindo as palavras de Claudio Luiz Bueno de Godoy, “vale para quaisquer das relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema. De outra parte, significa também a promoção da justiça distributiva, quando fomenta o acesso a bens e serviços, em especial, embora não só, ao se cuidar de relações profissionais e, aí, intrinsecamente desiguais”²⁴⁹.

A inserção no plano constitucional do princípio da solidariedade “representa o assentamento de um novo parâmetro jurídico, deixando de lado a vontade individual para albergar os interesses da sociedade”²⁵⁰, e sendo um princípio constitucional dotado de plena aplicabilidade em todas as relações jurídicas entre particulares e/ou com o Estado, a solidariedade, “muito mais do que um mero valor simbólico ou de amor ao próximo, não apenas tutela como também impõe conduta às pessoas de agirem em conformidade com os seus ditames. Isto acarreta a necessidade de o direito assegurar a todos uma existência livre e digna, não apenas no aspecto físico, intelectual, espiritual e material, mas também no negocial e econômico, sem a predominância do interesse meramente individual e sim de inserção no meio social de sua convivência”²⁵¹.

O princípio da solidariedade, como fundamento constitucional, é destinado a operar em todo ordenamento jurídico. A solidariedade social está coligada com a solidariedade contratual. Pode-se dizer, reproduzindo as

palavras de Giovanni Maria Uda, “che la solidarietà contrattuale costituisce una espressione, nell’ambito della singola fattispecie contrattuale, della solidarietà sociale. Il principio solidaristico, specificandosi nell’ambito del contratto, non può prescindere dalla particolare funzione propria del medesimo e dal tipo di rapporto socio-economico che il contratto disciplina e del quale costituisce titolo giuridico. La solidarietà, quindi, non opera più tenendo conto di istanze politiche e sociali, ma tenendo conto del rapporto socio-economico o, se si vuole, del programma economico che le parti si sono date e degli interessi dedotti nel contratto stesso”²⁵².

Muito oportuna é a observação de Nelson Rosenvald que, embora dirigida ao princípio da boa-fé objetiva, também se aplica aos demais princípios constitucionais que têm incidência na relação obrigacional: “Nossos tribunais são generosos na aplicação do princípio da boa-fé, não se furtando de aplicá-la em suas três funções operativas: interpretativa, criação de deveres jurídicos e limitação de direitos subjetivos. Contudo, é raro observar decisões que lhe concedam o indispensável aporte constitucional, mediante fundamentação relacionada aos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Não se trata de pequeno descuido, mas de grande déficit na qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que a decisão que apenas ventila a boa-fé dentro da ordem privada – com alusão restrita às regras de direito civil – perde o vetor axiológico fundamental que lhe concede legitimidade.”²⁵³

²⁴⁸ Ibidem, p. 263.

²⁴⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

²⁵⁰ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 293. Acrescenta o autor: “A ideia de solidariedade social, de acordo com Léon Duguit, decorre do fato de o homem nascer membro de uma coletividade; viver sempre em sociedade e só poder viver em sociedade. Isto é, o homem fez, faz e fará sempre parte de um agrupamento humano. Apesar de sua individualidade, ele tem necessidades, tendências e aspirações próprias; compreende também que estas necessidades não podem satisfazê-las, nem realizar estas tendências e aspirações a não ser pela vida em comum com os outros homens. O homem tem, ao mesmo tempo, consciência de sua individualidade própria e da sua dependência de um grupo humano, por isto está ligado aos outros pelos laços da *solidariedade social*, que se pode dizer *interdependência social*.” (Ibidem, p. 295).

²⁵¹ NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 296-7.

²⁵² UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell’esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 83-4. O autor acrescenta: “In definitiva, possiamo dire che la solidarietà contrattuale è idonea, da un lato a esprimere nello specifico ambito del rapporto contrattuale le principali valenze del principio generale di solidarietà sociale, consistenti nel superamento dell’individualismo e nella considerazione dell’interesse altrui; dall’altro lato a utilizzare, a tal fine, dati propri del rapporto contrattuale, cioè gli elementi economici propri del programma che le parti contraenti si sono dati.” (Ibidem, p. 84)

²⁵³ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 178.

5 DEVERES ACESSÓRIOS E DE COOPERAÇÃO PRESENTES NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

5.1 DEVERES ACESSÓRIOS, LATERAIS E SECUNDÁRIOS

Os vínculos obrigacionais, segundo Menezes Cordeiro, “oferecem ligações abstratas entre as partes. Duplamente irrealis: por um lado, esquecem que, quando duas pessoas se encontram como credor e devedor, o entrecruzamento das esferas é, em regra, mais intenso do que o expresso pela obrigação linear; por outro, desconsideram toda a inserção dos sujeitos no meio social. O irrealismo em causa é uma fatalidade: limitados pela linguagem, os seres humanos só são capazes de comunicar e, logo, de raciocinar, em planos bidimensionais muito simples. A simplificação daí resultante reflecte-se no regime aplicável, sendo fonte de injustiças. Estas são empiricamente perceptíveis, pelo que, desde sempre, se procuraram soluções. Tais soluções, pelo que hoje sabemos, passam por uma ideia simples: quando envolvidas numa relação obrigacional, as partes, para além dos direitos e deveres inerentes à prestação principal e às prestações secundárias, resultantes do vínculo, ficam ainda adstritas a uma série de deveres que visam: acautelar materialmente o vínculo obrigacional; proteger as partes, nas suas pessoas e no seu património; proteger terceiros que, com a obrigação, tenham um especial contato”²⁵⁴.

Se o Direito Civil, e mais particularmente o direito das obrigações, era marcado pelo individualismo, afirma Giovanni Ettore Nanni, “com a concepção socializada ele passa a ter a preocupação com outros valores, especialmente o espírito de salvaguardar a essência da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da justiça social, que, jungidos pela noção de solidariedade, cominam o exercício dos direitos de acordo com a sua finalidade social, próprios da convivência em sociedade. Assim, neste espírito solidarista, as relações obrigacionais não se limitam apenas ao dever de prestação principal da obrigação, objetivando somente a tutela do credor e de seu crédito, mas implicam, além de deveres secundários ou acidentais, que

são complementares à prestação primária, deveres acessórios ou laterais de conduta, os quais, derivados da boa-fé objetiva, criam condições necessárias para a consecução do objeto da prestação, protegendo o credor e o devedor. Tais deveres, condensados no dever de cooperação, têm atribuição de impor que as partes da relação obrigacional atuem em colaboração para atingir o adimplemento, ou seja, a satisfação da obrigação”²⁵⁵.

Decorre da ideia de obrigação como processo e do princípio da boa-fé, aplicado ao direito obrigacional, o reconhecimento de que as partes têm deveres secundários e que abrangem toda a relação jurídica. Assim, de acordo com Clóvis do Couto e Silva, “podem ser examinados durante o curso ou desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência”²⁵⁶.

Esta visão dinâmica e realista do contrato, afirma Claudia Lima Marques, “é uma resposta à crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (de pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal. Em outras palavras, o contrato não envolve só a *obrigação de prestar*, mas envolve também uma *obrigação de conduta*”²⁵⁷.

Os deveres acessórios de proteção, de acordo com Menezes Cordeiro, “nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efectivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada”²⁵⁸.

Esses deveres laterais, derivados de uma cláusula contratual, de

²⁵⁴ *Tratado de Direito Civil português* – 2º v.: direito das obrigações, 1º t.: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2009. p. 465.

²⁵⁵ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 318.

²⁵⁶ *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 93.

²⁵⁷ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 218.

²⁵⁸ *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 615.

dispositivo da lei ou do princípio da boa-fé, afirma Almeida Costa, “já não interessam directamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ai exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa. Os deveres laterais encontram-se sistematizados pelos autores em vários tipos, como os deveres de cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de protecção e cuidado relativos à pessoa e ao património da contraparte”²⁵⁹.

Embora não se possam conhecer previamente os deveres secundários e laterais da obrigação, porquanto não se vinculam ao momento genético da relação, visto que o respectivo nascimento decorrerá das circunstâncias fáticas do desenvolvimento da relação²⁶⁰, são deveres de natureza obrigacional que, desrespeitados, caracterizam violação positiva do contrato. Ocorre nesse caso uma espécie de alargamento da noção de inadimplemento contratual²⁶¹.

É certo, como conclui Nelson Rosenvald, que “os deveres de conduta são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor como sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, protecção e informação, em via de facilitação do adimplemento pelos meios menos onerosos ao devedor, tutelando a sua dignidade”²⁶².

Esses deveres acessórios ou laterais de conduta não podem ser determinados previamente. A incidência da boa-fé nas relações obrigacionais representa uma fonte indeterminada de deveres que serão definidos concretamente. É da própria essência da cláusula geral que o seu

²⁵⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 59-60.

²⁶⁰ É o que observa Jorge Cesa Ferreira da Silva (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104).

²⁶¹ A doutrina distingue na obrigação os deveres principal, de conduta e os secundários ou acessórios. Anota Nelson Rosenvald: “A par da distinção entre o dever principal – localizado na prestação – e os deveres de conduta, há um espaço no qual penetram os chamados *deveres secundários* ou acidentais da prestação. Nesta terceira categoria se incluem os deveres acessórios da obrigação principal, ou seja, aqueles cujo objetivo é assegurar a perfeita execução das prestações de dar, fazer ou não fazer (v.g., na compra e venda o dever de conservar a coisa vendida, ou de acondicioná-la). Entre os deveres secundários também se inserem aqueles relativos às prestações complementares da obrigação principal (v.g., dever de indenizar prejuízos decorrentes da mora).” (*Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96-7) É certo que não há consenso na doutrina a respeito da classificação e do uso da designação dos deveres anexos ou laterais ou secundários na relação obrigacional.

²⁶² ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 205.

conteúdo seja determinado em cada caso, sem que se possa criar surpresa para as partes, porque na verdade a boa-fé, aproveitando a lição de Díez-Picazo, se traduz em um comportamento ou modelo de conduta social que a consciência social exige em cada caso conforme um imperativo ético dado²⁶³. O que não se pode fazer, adverte o jurista espanhol, é impor deveres que nenhuma pessoa na mesma situação poderia esperar²⁶⁴.

²⁶³ De acordo com Luis Díez-Picazo, “establecer de antemano cuáles sean los deberes derivados del principio general de la buena fe es imposible. Y tal imposibilidad forma parte de la propia esencia de la buena fe, puesto que una determinación a priori de deberes concretos iría en contra de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente con su carácter de principio general del Derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los poderes jurídicos en su singularidad, según la concreta expectativa de confianza que se haya generado en el sujeto pasivo, y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo. Se trata de deberes implícitos que acompañan a todo derecho contemplado en un acto especial de ejercicio” (DÍEZ-PICAZO, Luis; TRIAS, E. Roca; MORALES, A. M. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 2007. v. I. p. 64).

²⁶⁴ Díez-Picazo, a propósito da segurança jurídica e a boa-fé, entendida como um complexo de normas que carecem de uma formulação positiva concreta e que estão formadas por princípios que a consciência social considera necessários, ainda que não tenham sido formulados pelo legislador, nem estabelecidos pelos costumes e pelo contrato, afirmou que “en casos como este, me parece que la buena fe impone por lo menos que esos principios surgidos en la conciencia social sean reconocibles para el sujeto a quien los deberes de conducta *ex fide bona* conciernen, por que lo que no se puede hacer, es sorprenderle, imponiéndole deberes que ninguna persona en la misma situación podía esperar” (DÍEZ-PICAZO, Luis; TRIAS, E. Roca; MORALES, A. M. Op. cit., p. 71).

5.2 DEVERES DE COOPERAÇÃO E AUXÍLIO

A partir do momento que se percebeu que o Direito não se destinava a proteger exclusivamente a vontade e a liberdade (autonomia da vontade), ideário do liberalismo, cujos excessos são por demais conhecidos, surgiu a doutrina que passou a ver os vínculos jurídicos com um filtro social, funcionalizando o contrato. Essa nova doutrina, que melhor se define a partir das primeiras décadas do século XX, difundiu a compreensão, conforme aponta Jorge Cesa Ferreira da Silva, “de que, do exercício de direitos subjetivos e de faculdades jurídicas, podem resultar ataques a valores socialmente assegurados, como revelaram as doutrinas objetivas do abuso do direito. Da mesma forma, abriram-se portas de toda uma visão solidarista da obrigação, que se ocupou de compreender a relação obrigacional não mais com polos antagônicos e de interesses meramente opostos, mas como vínculos de cooperação entre as partes, o que constituiu campo fértil para as doutrinas que reprojeteram a boa-fé objetiva na dogmática obrigacional”²⁶⁵.

Não se resume a uma observação sociológica a afirmação de que a relação obrigacional representa instrumento de cooperação social, destinado a promover, como assinala Ernesto C. Wayar, o intercâmbio de bens e serviços, porquanto esta afirmação, inspirada na visão de uma sociedade fraterna e solidária, está assentada no fato de que em toda comunidade é imperioso que seus membros se prestem recíproca assistência²⁶⁶.

Destaca-se dos deveres secundários, com interesse para este estudo, os de cooperação e auxílio. Na verdade, como escreveu Clóvis do Couto e Silva, “todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de

cooperação. Alguns autores, porém, costumam dar significado restrito a esses deveres, de modo a abranger somente os deveres de auxílio, entendidos aqui como aquelas hipóteses em que o fim somente pode ser obtido com a cooperação mútua”²⁶⁷.

A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, afirma Clóvis do Couto e Silva, “é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e do credor. Com isso, não se pense que o credor deixará de estar nitidamente desenhado como aquele partícipe da relação jurídica que é titular de direitos e pretensões. Amenizou-se, é certo, a posição deste último, cometendo-se-lhe, também, deveres, em virtude da ordem de cooperação. Com isso, ele não deixou de ser o credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres. Não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor”²⁶⁸.

Se em toda a ordem jurídica a cooperação é pressuposto abstrato e geral, observa Judith Martins-Costa, com apoio na doutrina de Menezes Cordeiro, “no Direito das Obrigações, centrado na noção de prestação como *conduta humana devida*, a cooperação é nuclear, pois através da relação obrigacional ‘o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da conduta doutra pessoa’, de modo que a ‘colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional – a colaboração intersubjetiva – é uma constante intrínseca das situações. Deste modo, diferentemente de conotar uma ‘visão excessivamente romântica de que os contratantes devem colaborar entre si’, o dever de colaboração está no núcleo da *conduta devida*, servindo para *possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento*. A colaboração *possibilita* o adimplemento porque, para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem, ambas, em *vista do interesse legítimo do alter*. As partes de uma relação obrigacional não são entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas; pelo contrário, tendo se aproximado em virtude de *contato social* juridicamente qualificado por graus de proximidade ou distância (e o grau que aproxima dois contratantes é de extrema proximidade), as partes estão entre si relacionadas, razão pela

²⁶⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110-1.

²⁶⁶ *Derecho civil: obligaciones*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. t. I. p. 18-9. Acrescenta o autor: “El deber de prestación, considerado *stricto sensu*, se le impone al deudor, pero ello no quiere decir que el acreedor esté dispensado de ofrecer cooperación recíproca. Por el contrario, a éste también se le exige – si bien como un deber jurídico secundario – cooperar con el deudor a fin de que la relación se desarrolle con normalidad. *Cooperación recíproca* significa que acreedor y deudor están obligados a observar una serie de *deberes secundarios* que ensancham, dándole mayor contenido, el poder-deber inicialmente asumido. [...] El concepto de cooperación está estrechamente ligado con el principio jurídico de la buena fe. [...] Se ha llegado a sostener que acreedor y deudor forman una especie de *microcosmos*, como si se tratara de una pequeña sociedad, en la cual cada uno debe trabajar para el logro de un objetivo común, que es la suma de los objetivos individuales que se persigue.” (Ibidem, p. 20-1 e 23-4)

²⁶⁷ *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 96.

²⁶⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 97.

qual a necessidade de colaboração intersubjetiva constitui, como afirmou Menezes Cordeiro, ‘*princípio geral da disciplina obrigacional*’²⁶⁹.

A cooperação “é o próprio fundamento das relações obrigacionais, pois é ela que indicará o caminho do adimplemento, como finalidade (função) para o qual é polarizado o negócio jurídico. Destarte, será lesiva ao dever de lealdade qualquer conduta que comprometa a utilidade procurada no contrato, o programa econômico que constitui a prestação”²⁷⁰.

Evidentemente, assinala Giovanni Ettore Nanni, “o dever de cooperação, pela sua própria essência de dever lateral, não integra a prestação principal objeto da prestação, nem também pode ser tão largamente reclamado a tal ponto de deixar de ser um racional ato de colaboração solidária obrigacional entre as partes, para se transformar em um ato de altruísmo, além das raias cujo comportamento o direito impõe. Assim, tal dever comporta exigência diante das características da relação obrigacional, sem um âmbito sensato de se poder, objetivamente, conforme a boa-fé, esperar tal conduta cooperativa da parte naquela situação específica. Não é, por conseguinte, uma regra imóvel de comportamento, tendo em vista que se trata de uma cláusula geral, suscetível de adaptação à situação de fato. Ela poderá variar de intensidade dependendo do caso, sendo, por exemplo, praticamente imperceptível em um e absolutamente essencial em outro”²⁷¹.

A complexidade intraobrigacional, como esclarece Menezes Cordeiro, “não se queda pela posição do devedor. Ela atinge a do credor. Este aspecto foi desbravado pela determinação e pelo estudo da mora do credor. Numa leitura liberal pura, o credor, titular de um direito, não incorreria em deveres ou encargos; contra ela, impôs-se a evidência de que, mercê de actuações inadequadas ou de pura passividade, o beneficiário poderia

dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, deixando o devedor, para sempre, vinculado”²⁷².

Não se exige do credor apenas uma abstenção (não dificultar ou não impedir o cumprimento da obrigação) ou, como afirma Gustavo Ordoqui Castilla, não se exige apenas não fazer o mal, senão fazer o bem²⁷³, assumindo um agir positivo e concreto em favor dos interesses comuns enfeixados na relação obrigacional. O credor deve “possibilitar” o cumprimento da obrigação. É o que sustenta Menezes Cordeiro ao fazer referência ao Direito alemão: “A análise atenta da ideia ‘possibilitar o cumprimento’ cedo revelou que estava em jogo, não apenas a abstenção de atitudes impeditivas, mas ainda a necessidade de, por formas activas, facultar a actuação do devedor. Chegou-se, assim, aos deveres de colaboração por parte do credor. A boa-fé estava fadada para intervir, pela impossibilidade de, de tais deveres, dar mais do que uma vectorização geral. O § 242 BGB manda que o devedor realize a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico. Essa disposição joga, também, a seu favor: deve desenvolver o esforço requerido pela boa-fé, mas não mais do que isso ou, se se quiser, não lhe pode ser exigido nada que, da boa-fé, ultrapasse os limites.”²⁷⁴

Pelo dever de cooperação “está a parte obrigada, de um lado, a não criar dificuldades para o cumprimento da prestação do outro contratante, mesmo que não chegue a impedi-la, de outro, impondo-lhe ainda a obrigação de

²⁶⁹ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 25-6. Acrescenta a autora: “Daí o sentido da boa-fé na relação obrigacional, que é o de *nortear o teor geral dessa colaboração intersubjetiva* e o de marcar o giro epistemológico que vai da oitocentista consideração da relação obrigacional pela sua causa (‘o que a gera’, daí surgindo as Teorias da Vontade) à consideração da relação preferencialmente pelos seus *efeitos* (‘o que gera’, daí surgindo a valorização exponencial hoje conferida à *legítima confiança* que despertamos, nos outros, pelos nossos atos, por nossas palavras, enfim, pela nossa conduta).” (Ibidem, p. 27)

²⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 106.

²⁷¹ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 311.

²⁷² *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 593. Explica o autor que “a complexidade intraobrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta” (Ibidem, p. 586).

²⁷³ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Buena fe contractual*. Montevideo: Del Foro, 2005. p. 35. Assim escreveu o autor: “Desde el punto de vista social, significa además responder al bien común, y por tanto actuar con colaboración y solidaridad. No es sólo un no hacer el mal, sino hacer el bien: informar, dar aviso, proporcionar lo necesario para que la contraparte cumpla, etc.”

²⁷⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 594. Menezes Cordeiro registra interessante estudo feito por Henrich Stoll a respeito da violação positiva do contrato, estudo que define e explica o nascimento do dever de cooperação que deve estar presente na relação obrigacional: “Em aprofundamento importante, Hr. Stoll distingue, na obrigação, um interesse de prestação e um interesse de protecção. Ao serviço do primeiro, resultam deveres do contrato, a interpretar e a complementar segundo a boa-fé, que tutela a obtenção efectiva do fim visado pela prestação. O segundo, por via, também, da boa-fé, assenta no seguinte. Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se, com naturalidade, uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos; a boa-fé comina deveres de não o fazer. Esta análise permite constatar a presença na obrigação, de deveres de cumprimento, que visam o prosseguir efectivo do interesse do credor na prestação e de deveres de protecção que pretendam obstar a que, a coberto da confiança gerada pela existência de uma obrigação, se produzam danos na esfera das partes.” (Ibidem, p. 598)

cooperar mesmo para que o contrato chegue a seu melhor termo”²⁷⁵.

Emilio Betti atribuiu ao dever de cooperação na relação obrigacional a devida importância. De acordo com o grande jurista italiano, “o Direito encontra seu fundamento, sua razão de ser, nos próprios laços da vida em sociedade, naquele complexo de relações que liga os homens na realização de suas atividades, relações que dizem respeito a interesses individuais muitas vezes conflitantes, às vezes convergentes, mas reciprocamente limitativos, sempre interesses, de qualquer forma, de que o intérprete não pode prescindir no estudo dos institutos jurídicos e das normas, mesmo porque aqueles, como entidades sociais historicamente determinadas, são nestes refletidos”²⁷⁶.

O problema social das obrigações, de acordo com Betti, “deve deter-se no problema prático que o direito positivo, compreendido como disciplina da vida em comum, resolveu mediante a imposição de normas que representam a solução de um conflito de interesses considerados, cotejados e comparativamente avaliados na sua típica natureza social”²⁷⁷.

E a investigação científica das relações vinculantes deverá ser conduzida, segundo Betti, “à luz de uma ideia: a necessidade de cooperação entre os consociados”²⁷⁸, pois “a ideia de cooperação é o fio condutor que serve para orientar o jurista nas grandes questões do direito das obrigações”²⁷⁹.

É um erro crer, adverte Emilio Betti, que, “no que toca à relação obrigacional, quando se põe em relevo seu aspecto instrumental – e, portanto, o momento funcional do ‘dever ter’ que cabe ao credor –, se

²⁷⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 80.

²⁷⁶ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 29.

²⁷⁷ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 29.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 29.

²⁷⁹ BETTI, Emilio. Op. cit., p. 30. Em outra passagem de sua obra Betti procura fundamento para o dever de cooperação nas exigências de convivência e solidariedade social: “Se procuramos aprofundar essas exigências da convivência, verificamos que se apresentam sob um duplo aspecto, que devemos tanto quanto possível distinguir: a) sob um aspecto meramente negativo, que se revela na máxima romana de *alterum non laedere* (D. 1, 1, 10, 1) e leva a exigir um comportamento de respeito, de conservação da esfera de interesses alheia; b) sob um aspecto positivo, que impõe não apenas um comportamento negativo de respeito, mas uma operosa colaboração com outros consociados, direcionada a promover o interesse deles. Ora, essa diversa orientação das duas diferentes exigências, de respeito recíproco e cooperação ativa entre os participantes de uma mesma comunhão, pode observar-se também no âmbito das próprias relações obrigacionais. Porque essas relações não somente levam a exigir daqueles que delas participam uma conduta de cooperação, segundo as diretrizes em que essa conduta é devida para a satisfação do interesse alheio; levam, além disso essas relações, também a pôr em jogo um interesse da contraparte, um interesse que podemos designar como interesse da integridade da própria esfera jurídica [...]” (*Ibidem*, p. 85-6)

desvaloriza o momento estrutural da obrigação, o dever de prestação que incumbe ao devedor. Esses dois aspectos não são de fatos incompatíveis. A correlatividade do direito com a obrigação do devedor não exclui, com efeito, que a relação, enquanto serve a um fim (que é sempre a tutela, a proteção de interesses da vida em sociedade), sirva também a uma função que não se restringe à pura estrutura formal da relação. Por isso, quando se diz que a relação obrigacional se funda na correlação de crédito e débito, de garantia e responsabilidade, com isso não se exclui que, na relação, se deva considerar também o momento funcional. A relação não é um fim em si própria, é um instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor”²⁸⁰.

A obrigação, hoje, não se identifica com o direito ou com os direitos do credor. De acordo com Perlingieri, “ela se configura cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical da perspectiva a partir da qual focar a disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento pelo devedor”²⁸¹.

Afirma Betti que o credor tem um dever de colaborar para o adimplemento da obrigação, um dever de boa-fé “que a relação obrigacional torna eficiente todas as vezes que uma parte se acha em face de um interesse protegido da outra, que deve ser respeitado e fomentado”²⁸². Não se pode negar, acrescenta o autor, “que o credor se encontra numa posição de sujeição, que se exprime não apenas no dever de boa-fé, de colaborar para a prestação, mas também no ônus dessa colaboração, que é no seu interesse: ônus cuja inobservância resulta em dano seu”²⁸³.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 33.

²⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 912-3. Caio Mário da Silva Pereira destaca na obrigação a existência de um vínculo, um laço entre os sujeitos, que não é de subordinação, porém de coordenação e que sempre encadeia as partes em função da *solutio* que se espera. E diante da visão contemporânea, afirma o autor, “tal vínculo deve se basear na obediência aos valores e princípios constitucionais, inclusive a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Assinalamos, ainda, a indispensabilidade de configurar a obrigação cada vez mais como uma relação de cooperação, não podendo, atualmente, o Direito das Obrigações ser considerado o estatuto do credor, e sim informado pelos valores e princípios constitucionais. Trata-se de adotar a perspectiva dinâmica e funcional das obrigações” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II. p. 7-8).

²⁸² *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 82.

²⁸³ BETTI, Emilio. Op. cit., p. 82-3. O autor anota: “Recentemente, Falzea e Barassi negaram a existência desse ônus, porque, segundo eles, haveria uma incompatibilidade entre tal ônus e o direito à prestação. Afirmou-se: se há um direito, ele é incompatível com uma obrigação e também com um ônus. Admitimos a incompatibili-

A moderna doutrina francesa, anota Giovanni Ettore Nanni, com apoio em Cécile Chabas, vem desenvolvendo o dever de cooperação nas obrigações e “a necessidade das partes agirem de acordo com o dever de cooperação em várias etapas do contrato: no momento de sua formação, em que o dever de cooperação se manifesta principalmente pelo desenvolvimento de obrigações pré-contratuais de informação e pelo corolário dever de conselho; no momento da expiração do contrato, em que o dever de cooperação implica a atribuição a cada parte contratante de facilitar a execução do contrato, mas também de permitir um fim satisfativo da relação contratual e no momento da execução do contrato, quando o dever de cooperação impõe às partes tentarem obter uma execução justa e útil para elas; permitindo-se falar neste caso de *cooperação com o objetivo da melhor execução do contrato*, que incluem, dentre outros, dever de informação, de renegociação, de tolerância”²⁸⁴.

A boa-fé é princípio que tem operabilidade dinâmica e instrumental, pois “como emanção da confiança no domínio das obrigações, os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam defensiva e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos”²⁸⁵.

São instrumentais os deveres decorrentes da boa-fé, explica Judith Martins-Costa, “porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, à vista das concretas finalidades para que foi criado o vínculo; a mesma característica da instrumentalidade se verifica porque auxiliam a densificar a diretriz constitucional da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações”²⁸⁶.

dade com uma obrigação, mas não com um ônus, visto que, dado o princípio da boa-fé, pelo menos um certo resguardo e respeito são devidos por ambas as partes contratantes; sem considerar, ainda, que não é por certo inconcebível que um direito seja acompanhado de um ônus, quando se desejam extrair do exercício do direito as consequências favoráveis que ele acarreta.” (Ibidem, p. 83)

²⁸⁴ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 307-8. Registra Claudia Lima Marques que “a doutrina atual está estudando fortemente os deveres de renegociação, tanto na Alemanha (Norbert Horn, Jürgen Baur, Herbert Kronke, Ernest Steindorff, Gabrielle Fecht, Andreas Nelle etc.) como na Itália (Giovanni de Cristofaro, Giuseppe Gandolfi, Franco Anelli, todos sobre cessão dos contratos) e nos Estados Unidos (seja nos teóricos da Law and Economics – renegotiation –, seja nos internacionalistas, em virtude dos princípios da Unidroit para os contratos internacionais de 1994)” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 222, nota n. 708).

²⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 33.

²⁸⁶ Ibidem, p. 37. Por isso a autora inclui entre os deveres instrumentais “os deveres de colaboração e coopera-

Admitida a obrigação como processo, “todas as facetas que revestem o poder do credor e, correlativamente, os deveres do obrigado são elementos de um mesmo processo, parcelas de uma mesma unidade global, moléculas do mesmo corpo ou organismo”²⁸⁷. Como consequência, escreveu Judith Martins-Costa, “afastado o raciocínio que negava ao devedor a titularidade de interesses relevantes juridicamente (pois só reconhecia um ‘interesse’ traduzido em um *poder em confronto* com o qual o devedor se encontra em uma situação passiva), evidencia-se a interdependência ou conexão necessária, que é de dupla ordem: *externa* (isto é, entre cada um dos dois centros de imputação, credor e devedor), e *interna*, vale dizer, em cada polo, entre a obrigação principal (dever de prestação) e os demais deveres de conduta (anexos, laterais, instrumentais, de proteção), tendo em vista a finalidade concreta da relação e o seu efetivo desenvolver-se no tempo, pois nenhuma relação obrigacional constituiu um fim em si mesma, constituindo sempre um meio, um instrumento técnico-jurídico para a satisfação de certos interesses humanos”²⁸⁸.

O que importa bem sublinhar “é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”²⁸⁹.

A boa-fé, que enseja o dever de cooperação, não se confunde com as regras de “correção” exigidas das partes na obrigação pelo art. 1.175, do Código Civil italiano. Explica Betti que a correção impõe apenas deveres de caráter negativo, enquanto a boa-fé impõe obrigações de caráter positivo²⁹⁰,

ção, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 439).

²⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 64.

²⁸⁸ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 64.

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 439-40.

²⁹⁰ *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 86-7. Betti explica que a correção “é princípio deontológico, e princípio deontológico é também a assim chamada boa-fé contratual; mas, ao passo que a correção se concretiza normalmente numa conduta essencialmente negativa, isto é, como já se disse anteriormente, numa abstenção de ingerências indevidas na esfera de interesses alheia, a boa-fé, no sentido substancial que assume no âmbito das relações obrigacionais, consiste num comportamento de cooperação ativa com o interesse alheio, num comportamento de fidelidade ao vínculo,

pois “consiste não já num estado de ignorância, mas de um comportamento de cooperação ativa no que tange a satisfazer a expectativa alheia com uma conduta positiva própria, em benefício do interesse alheio”²⁹¹.

Como se deve entender o princípio da boa-fé, que governa o adimplemento das obrigações contratuais? Emilio Betti responde: “a boa-fé submete a controle completo o comportamento das partes; não apenas de uma, mas também da outra, nas relações recíprocas, quando também a outra tem de satisfazer uma expectativa. O que é evidente, sobretudo, nas relações contratuais com prestações correspondentes, mas não deixa de se fazer sentir essa exigência de reciprocidade também em relação de outro tipo. A boa-fé poderia caracterizar-se como um critério de conduta que se funda na fidelidade ao vínculo contratual e no ‘empenho’ no adimplemento da legítima expectativa da contraparte: empenho de envidar todos os esforços a serviço do interesse da contraparte, na medida exigida pelo tipo de relação obrigacional de que se trata; empenho de satisfazer integralmente o interesse da parte credora na prestação”²⁹².

Ao final do exame do princípio da boa-fé nas relações obrigacionais Emilio Betti afirmou: “Podemos assim concluir que a boa-fé contratual traz muito clara a ideia de cooperação que constitui o fundamento último das relações obrigacionais e a chave indispensável para lhe entender o funcionamento.”²⁹³

O dever de cooperação da parte se dirige aos fins programados no contrato e não aos interesses privados da outra parte²⁹⁴. O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva “é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato. Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte. Tais interesses individuais

pelo qual uma das partes da relação obrigacional está pronta a adimplir as expectativas de prestação da outra parte” (Ibidem, p. 94).

²⁹¹ BETTI, Emilio. Op. cit., p. 90.

²⁹² *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 121-2.

²⁹³ BETTI, Emilio. Op. cit., p. 124-5.

²⁹⁴ Essa cooperação, assinala Juan Carlos Rezzónico, “derivada del mecanismo natural del contrato y dentro de los límites razonables de sacrificio— ha de servir no solo para alcanzar la finalidad particular de los interesados, sino la meta misma do contrato. [...] El sentido y alcance de la idea de cooperación nos pone en presencia— siempre dentro del mundo de los contratos y, con ello, de la idea de *partes que concurren*— de una acción conjunta de *uno con otro*, encaminada a un fin compartido, establecido previamente de común acuerdo. Ahora bien, en todo momento debemos tener presente que esa movilización de fuerzas dirigidas a la consecución del fin del contrato, no sólo no puede realizar-se *contra* el principio de buena fe, sino que ha de llevarse a cabo *con el auxilio* de dicho principio” (*Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 476).

mostram-se, muitas vezes, antagônicos, o que inviabiliza a cooperação”²⁹⁵.

Há vasto campo de aplicação do dever de cooperação. Giovanni Ettore Nanni anota exemplos interessantes recolhidos alhures: a) nos contratos que dependem de aprovação de uma instância superior, ambas as partes têm o dever de a requerer; b) o dever do lesado de minorar danos; c) o locatário deve impedir danos na coisa; d) o credor deve limitar o mais possível os danos, no interesse do obrigado, e não agravar uma situação de perigo para o devedor, através de exigências injustificadas (caso em que se exigiu a continuação de um transporte em condições perigosas); e) “A”, depois de celebrar com “B” um contrato para a entrega imediata de certa quantidade de petróleo, compra de outra fonte todo o petróleo disponível no mercado. Dessa forma, “A” obstaculiza o cumprimento da obrigação de “B”, o que é contrário ao dever de cooperação entre as partes; f) “A”, uma galeria de arte do país “X”, compra uma pintura do século XVI de “B”, um colecionador privado do país “Y”. O quadro não pode ser exportado de “Y” sem uma autorização especial, e o contrato estipula que é obrigação de “B” solicitar dita autorização. Porém, “B” carece de experiência nestes trâmites e encontra sérios problemas com a tramitação da solicitação de exportação, enquanto que “A” goza de ampla experiência neste tipo de solicitações. Nestas circunstâncias, e não obstante a disposição contratual, é razoável esperar que “A” ofereça ao menos algum tipo de cooperação a “B”²⁹⁶.

Há ainda, segundo Giovanni Ettore Nanni, “o dever de renegociar as dívidas do parceiro mais fraco, por exemplo, em caso de quebra da base objetiva do negócio. Cooperar aqui é submeter-se às modificações necessárias à manutenção do vínculo e à realização do objetivo comum contratual”²⁹⁷.

²⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39. Os autores acrescentam: “Não há dúvida, por exemplo, de que, em uma situação de reajuste de aluguel, o locador terá interesse em chegar ao maior valor possível, enquanto o interesse do locatário será diametralmente oposto. Exigir do locatário que adote uma interpretação do contrato ou que colabore, de algum modo, para a adoção de uma valor superior (que corresponde ao interesse individual e privado do locador) apresenta-se absolutamente irreal e desnecessário, visto que a perseguição de interesses contrapostos não é empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica.” (Ibidem, p. 39-40)

²⁹⁶ O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 313.

²⁹⁷ Ibidem, p. 314. Lembra Claudia Lima Marques “que a doutrina atual germânica considera insito no dever de cooperar positivamente o dever de renegociar (*Neuverhandlungspflichte*) as dívidas do parceiro mais fraco, por exemplo, em caso de quebra da base objetiva do negócio. Será dever contratual anexo, cumprido na medida

E não se afasta a possibilidade de exigir igualmente de terceiro a cooperação necessária à execução da obrigação. Embora tradicionalmente visto como negócio entre as partes, que não beneficia ou prejudica terceiro, o contrato, com esteio no solidarismo, afirma Giovanni Ettore Nanni, impõe uma mudança neste preceito: “o terceiro tem o dever geral de respeitar e não importunar o desenvolvimento e o cumprimento da relação obrigacional. Logo, trata-se do dever de cooperação sob o prisma passivo de não obstar nem dificultar o adimplemento, o qual pode assumir outras variantes, inclusive na forma ativa, dependendo da circunstância”²⁹⁸.

Como resultado da aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações jurídicas pessoais e econômicas, “deduz-se que o dever de cooperação – visualizada a obrigação como processo – é intensificado, adquirindo maior solidez, razão pela qual deve obter maior emprego pelos operadores do direito”²⁹⁹.

do exigível e do razoável para a manutenção do equilíbrio contratual, para evitar a ruína de uma das partes e para evitar frustração do contrato: o reflexo será a adaptação bilateral e cooperativa das condições do contrato” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 236).

²⁹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Op. cit., p. 315. A respeito, o autor anota a doutrina: “consoante Pietro Perlingieri, também o terceiro se encontra comprometido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo sobre o qual manifestamente recaem direitos de terceiros qualificados (pensa-se no usufrutuário no credor pignoratício) e que os terceiros são obrigados a respeitar. Como destaca Luis Renato Ferreira da Silva, no âmbito solidarista, a noção de cooperação entre os contratantes se estende a terceiros, pois os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo das relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela ideia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do art. 421 CC/2002)” (*ibidem*, p. 315).

²⁹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161. O autor destaca, portanto, o reforço que o dever de cooperação nas relações obrigacionais recebeu com a incidência das normas constitucionais e afirma que “esse pensamento sistemático, ainda difundido em escala reduzida, merece o pleno acolhimento pela comunidade jurídica, mormente em função do avanço frente à doutrina clássica e do oferecimento de novas ferramentas para viabilizar a pactuação e conservação de negócios jurídicos justos, comutativos e equilibrados” (*ibidem*, p. 161).

5.3 O DEVER DE COOPERAÇÃO E AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS DURADOURAS

Merecem atenção as relações obrigacionais duradouras, que são aquelas, de acordo com Judith Martins-Costa, “cujo desenvolvimento não se esgota em uma só prestação, imediatamente configurada e extinta tão logo nasce, mas que, diversamente, supõe um período de tempo mais ou menos largo, na medida em que o seu conteúdo implica uma conduta que permanece no tempo ou a realização de prestações periódicas. O traço característico está em que, nas obrigações duradouras, o adimplemento sempre se renova, sem que se manifeste alteração no débito, até o seu término”³⁰⁰.

A relação obrigacional complexa, quando caracterizadora de obrigações duradouras, afirma Judith Martins-Costa, “se apresenta como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem, sendo desenvolvida, no tempo, como um *processo*”³⁰¹.

O prolongado relacionamento das partes impõe deveres diversos que a boa-fé e a confiança adquirida ao longo do tempo e na execução do contrato transformaram em justas expectativas dos contratantes, proibindo-se o comportamento contraditório e o uso de faculdades cuja renúncia o tempo denunciou. O dever de cooperação se acentua na medida em que o projeto contratual das partes é voltado para a consecução de interesses permanentes e está baseado na verdadeira parceria que muitas vezes se caracteriza nesse trato contratual prolongado.

³⁰⁰ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 55-6.

³⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 56.

5.4 O DEVER DE COOPERAÇÃO E A UTILIDADE DA PRESTAÇÃO

A cooperação que é exigida do credor encontra limite na utilidade da prestação, visto que a utilidade é o fator determinante do inadimplemento. Não se pode impor ao credor o dever de receber a prestação em desacordo com o ajuste que a criou quando a modificação do seu cumprimento importar em inadimplemento absoluto da obrigação por falta de utilidade da prestação. Mais uma vez a boa-fé será empregada na avaliação do adimplemento tardio ou parcial. Emilio Betti anota que o princípio da boa-fé “serve para avaliar se se deu, ou não, a satisfação do interesse da contraparte, quando se indaga se a prestação ainda exige ou oferece para o credor aquela utilidade que ela se destina a proporcionar-lhe”³⁰².

É necessário atentar para a existência de um dever de conservação do contrato³⁰³, segundo o fim programado e a sua particular estrutura econômica, o que significa dizer, de acordo com Judith Martins-Costa, “que a boa-fé, ao ensejar a criação de deveres instrumentais, torna efetivamente exigível a prestação e coerentemente exercitáveis os direitos que derivam do contrato”³⁰⁴. Nesse sentido sustenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior que o juiz deve estar atento, na demanda resolutória, também à função econômica do contrato, “inserida no processo de produção e distribuição de bens e serviços, e os reflexos que dela advirão, devem ser motivo de reflexão. Há sempre uma perda ao se desfazer o que estava contratado e incluído em programa de trabalho e criação de riquezas, pois da extinção do negócio defluirão danos que alguém sofrerá, a serem repassados por indenização, sabendo-se que na ponta final está o

consumidor. A resolução seria sempre a evidência de um ‘ponto falho na vida econômica’, do qual só restarão danos”³⁰⁵.

A ideia de conservação do contrato e a de utilidade da prestação estão diretamente ligadas e oferecem interesse especial para a aplicação da boa-fé objetiva e o reconhecimento da existência de deveres de cooperação e auxílio, que poderão impor às partes, especialmente ao credor, do ponto de vista deste estudo, a conformação de seus interesses aos meios necessários ao cumprimento da obrigação.

³⁰² *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 123. Acrescenta o autor: “Aqui, a verificação da importância do inadimplemento fica a cargo da parte interessada; mas ela não é arbitrária, mas controlável. O juiz pode controlá-la; e, sempre à luz da boa-fé, deverá ser avaliado se um adimplemento tardio ou parcial ainda é capaz de aportar uma utilidade, ou se é já incapaz de satisfazer o interesse do credor.” (Ibidem, p. 124)

³⁰³ Georges Ripert, ao seu tempo, já contemplava a possibilidade de o juiz intervir nesse sentido: “O juiz aprecia o grau de inexecução, se se trata duma inexecução parcial, acessória ou tardia; tem o direito de conceder um prazo para o cumprimento, numa palavra tenta salvar o contrato.” (*A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 144-5)

³⁰⁴ *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 443. O princípio da conservação dos contratos consta expressamente do art. 6º, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor, quando reconhece como direito básico do consumidor, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. A regra importa, inclusive, na relativização do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato e dá outro sentido ao velho brocardo *pacta sunt servanda*.

³⁰⁵ *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 234-5.

6 A FUNÇÃO SOCIAL E O NOVO CONTRATO

Ao seu tempo Clóvis Beviláqua já reconhecia no contrato uma função social: “Pode-se, portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato.”³⁰⁶

A sua afirmação decorre da observação do longo caminho percorrido pela humanidade na luta pela posse dos bens. Os grupos primitivos preferiam tomar aquilo que necessitavam a obtê-lo por troca. Esse reinado de lutas, escreveu Clóvis, não poderia perdurar indefinidamente sem sacrificar a humanidade. O contrato, assim, foi um dos fatores, que ocupa lugar saliente, de sociabilidade da vida humana.

Com o avanço do Direito Civil, especialmente em relação aos valores assegurados constitucionalmente, afirma Giovanni Ettore Nanni, “conclui-se que a interpenetração do contrato é ilimitada e não pode ter apenas uma função social de princípio de garantia de circulação de riquezas, mas de proporcionar uma justa relação jurídica obrigacional, equilibrada, que atenda aos primados da relação jurídica fundamental e que seja proporcionalmente sopesada a participação das partes contratantes, de forma comutativa. Nos dias atuais, em que a República assegura a dignidade da pessoa humana e tem o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, não é lícito desenvolver-se uma doutrina contratual que não esteja jungida a esses valores sociais preponderantes, em que exsurge a função social do contrato e o conceito de socialidade que devem reger a circulação jurídica e circunscrever a autonomia privada. A noção de justiça social está ínsita nesta teoria”³⁰⁷.

Se todo direito de crédito visa satisfazer um interesse do credor, patrimonial ou moral, afirma Fernando Noronha, “acima deste sempre estará o *interesse geral*, ou *bem comum*, de que já falavam Aristóteles e São Tomás de Aquino, qualquer que seja o conteúdo dado a estas expressões na sociedade real, dividida por conflitos de interesses e valores e fortemente influenciada pelas ideologias dominantes. Por isso, o seu exercício também

³⁰⁶ *Direito das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1954. p. 130.

³⁰⁷ A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*, Curitiba: Juruá, n. 2, p. 183, 2001.

está sujeito a controle, do ponto de vista de tal interesse geral. Todo direito só pode ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social”³⁰⁸.

Não se pode ignorar a estreita ligação existente entre o contrato e a propriedade. O contrato é o principal meio de circulação da riqueza e da propriedade. Assim, afirma Rodrigo Garcia da Fonseca que “a boa compreensão da função social do contrato dificilmente pode ser atingida sem uma noção razoável do instituto da função social da propriedade. Se a propriedade deve ter função social, também a deverá possuir o contrato. A relação entre contratos e propriedade, do ponto de vista econômico, é íntima, e não pode ser ignorada. Intervir nos contratos terá necessariamente consequências na distribuição das propriedades”³⁰⁹.

É inegável, hoje em dia, “que a economia se estrutura, fundamentalmente, a partir de relações contratuais. Relações que traduzam uma troca de bens e valores a permitir assim a circulação de riquezas. Os contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia moderna. Sua importância e precedência com relação a outros institutos que, em momentos outros da evolução humana tiveram destaque (como a propriedade imobiliária para o Código de 1916, por exemplo), fez com que se percebesse o caráter transcendental dessas relações no que diz respeito ao interesse dos contratantes. Quero dizer que se passou a considerar que o contrato atende ao interesse dos contratantes, mas extrapola a esses interesses na medida em que atinge toda a cadeia econômica em que se insere”³¹⁰.

³⁰⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 84.

³⁰⁹ *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 78-79 e 82. Como afirma o autor, “os contratos influenciam-se uns aos outros, e todos influenciam os direitos de propriedade. Como direitos de propriedade são oponíveis *erga omnes*, o conteúdo dos contratos acaba por ter, reflexivamente, repercussões para toda a sociedade” (Ibidem, p. 90). Não é preciso ser pós-graduado em Economia, anotou o autor, “para saber, por exemplo, que o valor do aluguel de um imóvel, ou de sua compra e venda, é afetado pelos preços praticados no mesmo prédio, ou em prédios similares na mesma região, por outros proprietários. Um contrato novo acaba tendo o seu preço forçosamente balizado por outros contratos parecidos, anteriores ou concomitantes. Assim, vê-se que contratos firmados por pessoas totalmente estranhas, sem nenhuma relação ou interferência direta, acabam afetando indiretamente outros contratos. O preço de um contrato acaba influenciando involuntariamente o preço de outros contratos, independentemente de uma intenção específica das partes” (Ibidem, p. 89-90, nota n. 177).

³¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 136. Acrescenta o autor: “Nestes termos, é viável afirmar que são os contratos que mantêm a agilidade das relações econômicas em uma sociedade de mercado, uma ‘sociedade de direito privado’, na qual o direito privado assume um ‘papel constitutivo’, e que deve conjugar tanto um aspecto utilitarista (de maximização das oportunidades econômicas) quanto um aspecto ético (de comportamento médio de oportunidades e vantagens recíprocas). Assim, mesmo quem adote um ponto de vista mais liberal

A liberdade de contratar³¹¹ será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Esta norma, encontrada no art. 421³¹², do Código Civil de 2002, “constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como *garantia fundamental* dos indivíduos e da coletividade, que está no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento – ou o reconhecimento – de desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais”³¹³.

O artigo 421 do Código Civil “dá vida a um conceito que, embora logicamente decorrente da própria Constituição, vivia em estado de hibernação, captado aqui e ali pelos juristas, esporadicamente, mas sem uma incidência tão clara nos casos concretos como agora passa a ter, servindo sempre, no mínimo, como princípio programático ou diretriz interpretativa a ser obrigatoriamente considerada”³¹⁴.

do direito, afastando intervenções maiores nas atividades privadas, reconhece que há um campo em que o Estado se imiscui para permitir a utilidade e a eticidade das relações contratuais. Por isto, pode-se dizer que o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo às razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta circulação” (Ibidem, p. 137).

³¹¹ A liberdade contratual é, de acordo com Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “a possibilidade conferida pela ordem jurídica a cada uma das partes de autoregular, através de um acordo mútuo, as suas relações para com a outra, por ela livremente escolhida, em termos vinculativos para ambas. A liberdade contratual é a parte mais importante da autonomia privada, enquanto princípio fundamental do Direito das Obrigações” (*Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I. p. 23).

³¹² Anota Rodrigo Garcia da Fonseca que “o artigo 421 do Código Civil é uma típica cláusula geral, um tipo normativo aberto que permite ao intérprete e aplicador do Direito um certo grau de latitude na sua concretização diante dos fatos. O farto uso das cláusulas gerais é uma das características do Código de 2002, compatível com um dos princípios norteadores da sua formulação, o princípio da operabilidade, de modo a facilitar a atuação do magistrado para cuidar adequadamente dos casos concretos” (*A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11-2).

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 351. A autora se referia ao art. 420 do projeto do Código, que se transformou, sem alteração, no art. 421 do Código Civil de 2002. Acrescenta a autora: “Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Desse modo, o princípio da função social, que, proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como ‘letra morta’, transforma-se, como afirmou Reale, ‘em instrumento de ação no plano da lei civil’. Há, portanto, um valor *operativo*, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a *concreção especificativa* da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e a doutrina no apontar de exemplos.” (Ibidem, p. 354)

³¹⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 244.

A dicção do novo artigo 421, como sustenta Luis Renato Ferreira da Silva, pode ser compreendida “como a realização da utilidade e da justiça do próprio contrato. Estabelece-se como critério limitador da expansão contratual o seu desenvolvimento útil e justo. Entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa. A comutatividade contratual importa em ver as partes em equilíbrio, tornando o pacto algo útil (inclusive no sentido econômico do utilitarismo), adotando este como norte objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais. Ela faz às vezes de elemento limitador dos excessos prejudiciais às partes e prejudicial da otimização do contrato, dando-lhe um sentido de utilidade”³¹⁵.

A nova concepção de contrato “é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância”³¹⁶.

A função social do contrato acaba consubstanciando, em rigor, como afirma Claudio Luiz Bueno de Godoy, “tanto um princípio expresso, já não fosse, agora, a explícita redação do novo Código Civil, dimanado do texto inequívoco da Constituição Federal, como, quando menos, um princípio implícito, deles haurido, inferido mesmo do sentido solidarista que marca a Carta Maior, sempre com a potencialidade de concreção”³¹⁷.

É o que afirma Antonio Junqueira de Azevedo: “A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de

³¹⁵ A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 138. É correta, portanto, a conclusão do autor: “Na medida em que a função social é a manutenção de trocas justas e úteis, impõe-se aos contratantes que tratem de colaborar para manter a justiça e a utilidade, sob pena de não se obter qualquer resultado mais satisfatório” (op. cit., p. 138).

³¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210.

³¹⁷ *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 99.

resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.”³¹⁸

O contrato, como assinala Robles, em excerto reproduzido por Teresa Negreiros, “no es solo un medio para la realización de intereses individuales, sino que es además un instrumento que, por realizar funciones de transcendencia supraindividual, ha de responder a las exigencias de la equidad, de la justicia distributiva y social e del interés público, y a tal efecto queda sometido a la posibilidad de intervención del Estado, principalmente a través de SUS órganos legislativo y judicial”³¹⁹.

Na lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, o contrato “deixa de ser somente a autorregulamentação dos interesses das partes, a que subjacente determinada operação econômica que tencionam encetar, fazendo-as dotadas de uma liberdade intocável, porque exercida em pé de igualdade formal de iniciativa. Sobressaem, em novo paradigma, valores impostos pela concepção do Estado Social, de privilégio à igualdade real, ao equilíbrio das partes, tidas em verdadeira posição de cooperação, corolário do solidarismo, em que sua autonomia da vontade se vê, na afirmação de Roppo, relançada em novas bases e para desempenho de um novo papel”³²⁰.

Por meio da função social do contrato, “retira-se o contrato da perspectiva individualista que lhe reservava o Código de 1916, modificando-se seu eixo interpretativo, de sorte a garantir que o ato de iniciativa das partes contratantes seja recebido pelo ordenamento, que lhe dará eficácia, desde que, tal qual vem de se asseverar, cumpra um novo papel, de satisfação dos propósitos e valores que o sistema escolheu e protege, no interesse de todos, no interesse comum. Acrescenta-se: propósitos esses escolhidos, antes de tudo, pelo constituinte, dentre os quais, porém, a dignidade humana, a cujo desenvolvimento serve também a manifestação da liberdade contratual e, com ela, o acesso a bens e serviços”³²¹.

A partir do reconhecimento da função social do contrato, “ele não

pode ser reconduzido à pura vontade dos interessados, seja esta entendida no sentido de vontade psicológica, interna, seja no sentido de vontade declarada. Tanto a teoria da vontade como a da declaração estão apegadas ao individualismo liberal que dominou durante o século XIX e boa parte deste século XX e que não permitiu que se visse que qualquer negócio jurídico obrigacional não é vinculativo apenas por ser produto da vontade das pessoas (e, aliás, é sabido que nem sempre se poderá dizer que os contratos sejam criação livre e soberana das respectivas partes); se o negócio jurídico obrigacional é vinculante, é como fenômeno social, realidade objetiva, que o direito tutela, por se pressupor que os interesses particulares em jogo estão em harmonia com o interesse geral”³²².

A função social do contrato, como concluiu Claudio Luiz Bueno de Godoy, “integra seu conceito, o conceito mesmo de autonomia privada. Ou, se se quer falar em limite, a função social do contrato é um limite interno, constante, e de vertente também positiva, promocional de valores básicos do ordenamento”³²³.

O princípio da função social do contrato não pode ser reconhecido como mera proposição ou programação da vontade das partes. Ele deve encontrar efetividade na intervenção judicial positiva ou negativa da pretensão do contratante. Como afirma Fernando Noronha, “se o contrato tem uma função social, se os direitos reconhecidos a cada parte têm por finalidade não só a satisfação de interesses privativos de cada uma delas, como também a realização de interesses sociais (o interesse geral, ou o bem comum, como quer que estas expressões sejam entendidas em cada sociedade, mas que, em matéria de contratos, sempre serão integradas pela finalidade de assegurar a maximização da riqueza, pelo melhor aproveitamento dos recursos disponíveis), não se vê como seja possível tutelar pretensões de um contratante que, considerando o seu interesse, representem sacrifício manifestamente desproporcional dos interesses do cocontratante”³²⁴.

³¹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. 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 contribuiu para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 141-2.

³¹⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 220.

³²⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7.

³²¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119.

³²² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99.

³²³ Acrescenta o autor: “[...] a função social do contrato não pode ser entendida, na perspectiva de um sistema jurídico voltado à promoção de valores constitucionais fundamentais básicos, simplesmente como um instrumento limitativo, de feição negativa, no caso, do direito de contratar. Trata-se, também, de o contrato, funcionalizado, servir à promoção daqueles valores, das escolhas do sistema” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 190-1).

³²⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 174. O autor, com prudência, afirma que: “É claro que o respeito à autonomia privada e as perturbações inerentes à devassa de contratos desaconselham em princípio a

A função social do contrato “aparece, ainda, num aspecto externo ao contrato, ou aos contratantes. A função social, aqui, no aspecto externo, tem dupla face. Revela-se, de um lado, nos benefícios ou prejuízos que um contrato possa acarretar para terceiros não contratantes. De outra parte, se faz presente com relação aos benefícios ou prejuízos que os terceiros possam carrear aos contratantes”³²⁵.

Se fizer sentido pensar numa função social do contrato na interface dos contratantes com terceiros, observa Rodrigo Garcia da Fonseca, “é mais complicado vislumbrá-la na relação jurídica interna, entre os próprios partícipes do contrato, sem a intervenção de nenhum terceiro. Se a relação em questão é apenas entre os contratantes, onde estaria o elemento social? Ainda, assim, é nesta relação interna do contrato que muitos autores identificam as principais características da função social do contrato. Nesta linha, seriam manifestações da função social do contrato expressas no novo Código Civil, por exemplo, a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva, a figura do estado de perigo, a reintrodução no ordenamento jurídico do instituto da lesão, ou as normas em torno da boa-fé e da repressão ao abuso do direito, dentre outras”³²⁶.

No mundo atual de complexas e múltiplas relações privadas contratuais, entrelaçadas, coligadas e conexas, os contratos fazem parte de uma gigantesca engrenagem social e dela não podem se separar. Qualquer movimento das partes tem reflexos em outras relações. Não fosse o bastante a evidenciar a função social do contrato, a sua natureza de instrumentalização nas relações de trocas e na produção e circulação de riquezas faz recair sobre ele os interesses do Estado promocional e a atenção para a incidência dos valores maiores do sistema nas relações privadas. Conservar e disciplinar o contrato é interesse social.

interferência judicial. Por isso, está só será possível quando exista *manifesta desproporção* entre o interesse prosseguido pela parte atuante e aquele da contraparte que é sacrificado. Esse parâmetro do sacrifício *manifestamente desproporcional* pode ser vago, mas parece ser o único adequado.” (Ibidem, p. 174). É um critério que pode ser utilizado, mas não é o único. Outros elementos poderão ser empregados no exame judicial das pretensões dos contratantes.

³²⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39. Acrescenta o autor que “a oponibilidade do contrato a terceiros, como corolário de sua função social, tem o condão de obrigar os terceiros a aceitarem e respeitarem a existência do vínculo contratual, de forma a prestigiar a conservação do contrato e permitir que este atinja os fins aos quais se destina, a partir dos objetivos perseguidos pelas partes na contratação original” (Ibidem, p. 53).

³²⁶ Ibidem, p. 56. A par da divergência encontrada na doutrina a respeito do trato interno da função social do contrato, reconhece o autor que “o risco na aplicação do conceito de função social do contrato ao aspecto interno é o de ter uma definição excessivamente fluida do que seja o instituto e, ao mesmo tempo, demasiado poderosa, autorizadora de desmandos em nome de uma justiça social indefinível. A imprevisibilidade e a insegurança jurídicas podem se tornar insuportáveis” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. Op. cit., p. 58).

6.1 PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS

Diante da relevância social do contrato, como meio de circulação de riquezas e também de promoção de valores como a dignidade e o solidarismo, deve-se procurar o máximo de eficácia que ele pode produzir, daí a conseqüente preocupação em igualmente preservar o contrato em face das possibilidades de seu desfazimento. Pode-se falar, por isso, em um verdadeiro princípio da conservação dos contratos.

A boa-fé objetiva, ao introduzir no âmbito do contrato o princípio da solidariedade, segundo Giovanni Maria Uda, “fa si che nel conflitto tra interesse alla salvaguardia e alla conservazione del contratto, próprio della parte contrattuale che esige il comportamento conseguente dalla controparte, e l’interesse di quest’ultima a vanificare il contratto rendendolo inidoneo al funzionamento, prevalga l’interesse alla conservazione, tenendo conto degli interesse generali sopra mezionati, ricondotti, nell’ambito della fattispecie contrattuale, rispetto all’interesse della parte contraente”³²⁷.

Aproveitando as palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “considerando que a fluidez do tráfico é fator de especial interesse social, a função social também reforça o princípio contratual da conservação, segundo o qual se deve envidar todos os esforços no sentido de manter a relação, prevalecendo, portanto, entre a revisão e a decretação da invalidade, a revisão. No mesmo sentido e pela mesma razão, a interpretação dos negócios jurídicos deve sempre ter por norte a sua manutenção e não a sua extinção sem adimplemento”³²⁸.

Não se cuida somente de dar ao contrato a interpretação que lhe garanta existência. É forçoso reconhecer, em consonância com a doutrina de Claudio Luiz Bueno de Godoy, “que, mesmo possíveis duas interpretações que resguardem eficácia ao contrato, também aqui tem cabimento espessar-se aquela que potencialize os efeitos do ajuste”³²⁹.

³²⁷ *La buona fede nell’esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 88. Observa ainda o autor: “In base al principio di solidarietà, inteso come superamento dell’individualismo e dell’egoismo contrattualistico e come considerazione degli interessi pubblici, la buona fede attribuisce doverosità giuridica all’atto strumentalmente necessario affinché il contratto funzioni regolarmente e produca i propri effetti, tale atto diviene, così, ‘obbligatorio’ e recade nella sfera degli ‘atti dovuti’ o, più precisamente, degli ‘obblighi contrattuali’. In questo modo la buona fede evita il mancato funzionamento del contratto, conformemente agli interessi generali sopra citati. Sul piano del regolamento contrattuale, questa preferenza verso la conservazione piuttosto che verso lo scioglimento del contratto, si traduce – come si è detto – in uno specifico obbligo che si inserisce nello stesso regolamento.” (Ibidem, p. 88)

³²⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 114.

³²⁹ *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 169. Acrescenta o autor

Se a preservação dos contratos é princípio que deve por todos ser observado, é preciso que não se leve às últimas consequências o sacrifício das partes na preservação do negócio, porque esse sacrifício encontra limite no juízo de utilidade da prestação.

O uso dos princípios e das cláusulas abertas, pela abstração que inserem, pode por vezes receber aplicação exatamente contrária à sua finalidade, moduladas pela sofismática argumentação daquele que procura tirar proveito indevido das suas posições. É válida, portanto, a advertência de Rodrigo Garcia da Fonseca: “Não é digno descumprir o prometido sem uma razão que justifique adequadamente a frustração da outra parte, com a quebra de expectativas legítimas derivadas do contratado. Utilizar o princípio da dignidade para tornar os contratos, via de regra, menos obrigatórios é banalizar aquilo que é o centro da Constituição e favorecer um comportamento oportunista por parte dos agentes econômicos. O princípio da dignidade humana, em matéria de contratos, só pode entrar em cena quando caracterizada a absoluta essencialidade da avença, e um desequilíbrio tal que comprometa a capacidade de ação de um dos contratantes, que fica impossibilitado na prática de defender os seus próprios interesses.”³³⁰

Conservar o contrato significa conservar o programa contratual e preservar o interesse de ambas as partes na obtenção do fim que promoveu a constituição da obrigação. Conservar o contrato significa, de acordo com Giovanni Maria Uda, “salvar a economia do contrato”. Consequentemente, afirma o jurista italiano: “gli obblighi di buona fede diretti a far prevalere l’interesse (di una parte) al mantenimento del contratto sull’interesse (dell’altra parte) allo scioglimento, sono obblighi che si devono determinare tenendo conto degli elementi economici qualificanti il rapporto economico sottostante al contratto, cioè l’afare che il contratto, costituendone il titolo giuridico, disciplina”³³¹.

6.2 RELAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E DO CONTRATO COM A ECONOMIA

Sabemos, escreveu Almeida Costa, “que a economia estuda a aplicação que os indivíduos fazem dos recursos escassos. E fixa-se nas atitudes racionais perante os bens e serviços. Mas estes só adquirem utilidade econômica mercê dos direitos que lhes concernem. Como, inversamente, se pode dizer que as relações jurídicas respeitantes a bens e serviços assentam numa apreciação econômica da respectiva utilidade. O direito e a economia constituem, assim, dois ângulos de encarar a mesma realidade, duas disciplinas complementares, não obstante as peculiaridades do escopo e da técnica de cada uma delas”³³².

A propósito dessas relações entre o Direito e a Economia surgiu o moderno movimento de análise econômica do Direito, inspirado por juristas norte-americanos e que rapidamente se comunicou a outros países. Consiste, em último termo, de acordo com Almeida Costa, “numa tendência de confronto dos custos e dos benefícios das soluções jurídicas, quer no plano normativo da criação do direito, quer no plano da sua aplicação. Linha de pensamento que conduz, quando seguida até ao limite, a uma radical funcionalização do direito, despojando-o de valores éticos-sociais”³³³.

A escola da análise econômica do Direito, conhecida como o movimento de *law and economics*, considera que a função social do contrato não pode anular a sua função econômica³³⁴. Sustenta-se, nas palavras de Rodrigo Garcia da Fonseca, que “ao aplicar, no direito dos contratos, qualquer norma

que a preservação do contrato “é tendência que, por exemplo, o novo Código Civil revela, no erro, permite a manutenção do negócio desde que o destinatário da vontade aceite executá-la nos moldes em que realmente pensada (art. 144). Idem com relação à lesão, como já examinado (art. 157, § 2º). Ou, cabe ainda a menção – a denotar a preocupação do legislador com o aproveitamento possível da vontade negocial das partes, pelo quanto nela se contém de útil à ordem social – ao instituto da *conversão substancial*, previsto para quando, nulo um contrato, se possa recebê-lo como outro, se seus pressupostos estiverem atendidos” (Ibidem, p. 167-8).

³³⁰ *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 213. Assim, afirma o autor, “numa posição um pouco menos ampliada, e, portanto, mais palatável, certos autores aceitam a função social do contrato como justificativa para o juiz realizar uma justiça contratual, caso a caso, nas hipóteses em que haja o risco de ruína ou aniquilamento de um dos contratantes, em virtude de uma posição concreta de debilidade em relação ao outro” (Ibidem, p. 213). Não concordamos, no entanto, com a ideia de intervenção legitimada apenas nos casos de debilidade de uma das partes em relação à outra. Pensamos que a razão justificadora da intervenção está radicada na boa-fé objetiva.

³³¹ *La buona fede nell’esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 88.

³³² Acrescenta o autor: “Tanto a ciência econômica como a ciência jurídica têm por objecto comportamentos humanos e relações sociais: a economia, preocupando-se directamente com os fenómenos económicos em si mesmos, aponta para a solução que conduza ao máximo de utilidade; a ciência jurídica, contemplando esses fenómenos económicos através dos direitos e obrigações que o seu desenvolvimento implica, procura a solução mais justa. De um equilibrado entrelace de ambas as perspectivas é que há-de resultar em cada caso a disciplina conveniente aos interesses individuais e colectivos. As duas técnicas apontadas nunca devem, portanto, desconhecer-se.” (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 112)

³³³ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 114.

³³⁴ Anota Rodrigo Garcia da Fonseca que “a análise econômica do direito desaconselha a utilização do contrato para a redistribuição de renda, para a equalização social. Os mecanismos de transferência via tributos, e consequentemente a prestação de serviços públicos de qualidade, renda mínima ou seguro-desemprego, são muito mais eficientes, pois numa relação contratual, num grande número de situações, uma das partes é capaz de repassar aos preços os custos que lhe são carregados por normas ou decisões judiciais que buscam forçar uma redistribuição de riqueza nos casos concretos” (*A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 190).

que implique em restrição à livre iniciativa e à propriedade privada, e por extensão à liberdade de contratar, é obrigatório o exame dos prováveis efeitos econômicos que esta aplicação deverá gerar para toda a sociedade. E só se legitimará constitucional e legalmente a interpretação e aplicação da lei que seja razoável e proporcional, congruente com os fins a que se destina, atendendo o primado da economicidade”³³⁵.

É necessário não emprestar a esta corrente, que ganha força nos ideais do neoliberalismo, o valor absoluto que se preconiza. Na verdade, os efeitos econômicos provocados pela interpretação do contrato devem sim compor a pauta de decisões, mas a interpretação não pode se estabelecer ao largo dos valores constitucionais orientadores de todo o sistema.

Assiste razão a Rodrigo Garcia da Fonseca quando afirma: “mesmo que não se concorde com os economistas mais liberais, que entendem o mercado como uma ordem espontânea na qual não se deve interferir, afetar ou contrariar de nenhuma forma, especialmente a pretexto da realização de justiça social, a ciência da microeconomia clássica é toda baseada no efeito multiplicador da interação dos agentes econômicos. Preços, demanda ou oferta de produtos no mercado são determinados essencialmente pela combinação aleatória de cada transação individual realizada. É a soma de todas as operações individuais que dá o resultado final. Ora, a não ser que se rejeite como completamente errada a teoria microeconômica, é forço aceitar que o conteúdo de cada contrato particular desempenha um papel social, na medida em que é uma das peças do quebra-cabeça macroeconômico que engloba toda a sociedade. Assim, o que acontece dentro de uma relação contratual, mesmo que não afete diretamente terceiros, tem o potencial de propagar efeitos por toda a sociedade. Logo, tem repercussões sociais”³³⁶.

A incidência de fatores econômicos sobre o direito pode levar os operadores, intérpretes e legisladores a uma reflexão jurídica subordinada a critérios econômicos voltados para a utilização eficiente e racional dos escassos recursos existentes. Qual a consequência para o Direito?

Almeida Costa responde: “[...] uma coisa é admitir a eficiência como condição da justiça das soluções e coisa diversa é pretender que a simples eficiência substitua a justiça como padrão único da ordem jurídica. Ao fim e ao cabo, está em causa uma absolutização inaceitável de meros critérios pragmáticos, típicos das orientações utilitaristas, com desterro do sentido humano do direito.”³³⁷

Por isso Ricardo Luis Lorenzetti tem razão ao dizer que “não postulamos uma homologação das leis econômicas por parte do direito. O homem não tem só uma dimensão de largura, que é quantificável; também há uma dimensão de profundidade, que é irreduzível a fixações extras; o ponto do normativo é especialmente este último aspecto. O direito tem aspirações, postula um dever ser, e por isso se vale da lógica deontológica, que não é comum em outras ciências descritivas. Por essa razão interagem os modelos do homem racional e do homem razoável, corrigindo-se mutuamente e expressando os âmbitos das leis baseadas no quantitativo e o direito”³³⁸.

A *economic analysis*, como teoria global do Direito conforme a uma racionalidade de mercado, postula que todas as avaliações devam se esgotar no perfil econômico. Não é assim, afirma Pietro Perlingieri: “as soluções jurídicas são adotadas sobretudo com base no consenso político, de forma que o *paneconomismo* é desorientador porque desprovido de parâmetros valorativos próprios do ordenamento jurídico. Não se nega que o emprego de esquemas e critérios microeconômicos seja útil, antes de tudo na elaboração das leis. Todavia, é necessária a consciência de que, se é verdade que a análise-custo benefício contribui para realizar a eficiência, esta sozinha não é capaz de representar a especificidade e a complexidade da ciência jurídica. Portanto, nenhuma postura de exclusão preconceituosa

³³⁵ Ibidem, p. 207.

³³⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71-2. Conclui o autor: “Se assim é, torna-se possível vislumbrar uma função social incidindo também no aspecto interno das relações contratuais, e delas emanando. Esta função social, no entanto, aparece não exatamente no contexto individual de cada contrato, mas naquilo em que cada situação individual afeta o contexto social, ganhando relevo para a coletividade.” (Ibidem, p. 72)

³³⁷ *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 115. Nesse sentido, ainda, as palavras de Cazeaux e Trigo Represas: “Si el derecho de las obligaciones no puede ser un restringido apéndice de los libros sagrados, ni el producto racionalista de las abstracciones de teóricos desvinculados de la realidad, tampoco cabe considerarlo como el dócil e incondicional instrumento de los intereses de las bolsas, la banca, los sindicatos o los mercados.” (*Compendio de derecho de las obligaciones*. 2. ed. La Plata: Platense, 2004. v. 1. p. 28)

³³⁸ *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206. O autor na obra referida provoca importante reflexão sobre os paradigmas da decisão judicial e propõe, em certos casos, cuja solução do conflito pode-se dizer “difícil”, a harmonização desses paradigmas. Entre eles está o paradigma consequencialista, que leva em consideração os efeitos da decisão sobre a organização social e o prejuízo que pode causar a médio prazo aos vulneráveis, sem afastar a análise econômica das suas consequências, embora utilizada para fundamentar a coexistência social. Pensamos, também, que não se pode abrir mão totalmente desse paradigma no processo de formação da decisão.

diante da *new-and-economis literature*, mas nem mesmo uma sua recepção incondicionada e apressada.”³³⁹

Estamos de acordo plenamente com as palavras de Rodrigo Garcia da Fonseca: “O direito não é escravo da economia, e pode atuar diretamente para afetá-la de modo a condicioná-la aos preceitos constitucionais em matéria econômica, mas só será capaz de fazê-lo na medida em que compreender adequadamente os mecanismos econômicos, e respeitá-los.”³⁴⁰

³³⁹ Acrescenta Perlingieri: “O economista deve se esforçar de ler não somente a realizada econômica, mas a fenomenologia complexa à qual essa realidade pertence; o jurista deve se esforçar de ler não somente as leis, mas também a realidade da qual a economia é parte essencial. Todavia, a relação entre direito e economia não se coloca em termos de relação lógica entre forma e conteúdo. O direito não é somente esquema de qualificação, mas, ao avaliar os comportamentos econômicos, é necessário determinar o seu conteúdo. Não é correto, portanto, exaltar o dualismo forma-conteúdo: direito e economia não são e nem podem ser esferas separadas e contrapostas, mas são realidades estreitamente entrelaçadas que se condicionam reciprocamente. Não podem existir bens econômicos e trocas de tais bens, sem regras que estabeleçam os seus pressupostos de utilização e as condições para sua circulação. Os bens econômicos são conformados pelo direito: nenhuma prioridade lógica nem do direito nem da economia, e nenhuma autonomia de um ou outra.” (*O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 107-9)

³⁴⁰ *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 241.

6.3 O NOVO CONTRATO

O exame da doutrina e de boa parte da jurisprudência revela que “continuamos presos a antigas concepções, atados a brocados romanistas, receosos de realmente reconhecer, afirmar e promover uma nova teoria dos contratos, capaz de absorver os anseios solidaristas de nossa época, não apenas em relação aos contratantes em situação de hipossuficiência, mas também no que diz respeito a todas aquelas situações em que, dadas as suas singularidades, uma completa revisão se faz necessária”³⁴¹.

A teoria contratual tradicional de inspiração liberal, que perdurou por mais de dois séculos, afirma Ronaldo Porto Macedo Jr., “ainda permanece influente e forte tanto nos tribunais como nos tratados e manuais de direito no Brasil e no debate jurídico ocidental, a despeito de algumas sólidas tentativas de questionar os seus fundamentos. Não há apenas uma explicação única para tal fenômeno. Por um lado, é certo que a estrutura do sistema judicial e a cultura jurídica favorecem este tipo de domínio. Isto porque a cultura jurídica contratual dominante tende a ser conservadora e pouco preocupada com a compreensão interdisciplinar dos fenômenos associados à teoria contratual, a começar pela mudança da natureza do contrato do ponto de vista econômico. Por outro lado, parece ser ainda mais relevante o fato de que a maneira liberal de entender os contratos (em sua forma clássica ou neoclássica) obtém sua força fundamentalmente de sua capacidade e adequação – ainda que cada vez mais seriamente questionada – de apresentar-se como uma teoria da legitimidade do exercício do poder através do direito. Por fim, o liberalismo ainda encontra condições epistemológicas para se afirmar como um discurso e um saber que correspondem às demandas de racionalidade de diversas práticas humanas, em particular as práticas de mercado”³⁴².

³⁴¹ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61.

³⁴² *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44-5. Afirma o autor, com razão, que as novas exigências de justiça social e as novas formas de organização do mercado, em razão das transformações sociais dos Séculos XX e XXI, importam mudanças diretas na concepção liberal do contrato e “as consequências destas mudanças para as teorias liberais são inúmeras, dentre elas cabe destacar a crise da ideia do mercado pensado como um espaço para escolhas voluntárias e a perda de funcionalidade da concepção do contrato como basicamente um conjunto de promessas também voluntárias. Estas serão as principais mudanças que colocarão em cheque o paradigma contratual tradicional” (Ibidem, p. 47).

Não devem prevalecer, conforme prudente advertência de Arnaldo Wald, “nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista, que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com prevalência da ética mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos”³⁴³.

A crise do contrato, se é que de crise se pode falar, reside no seu modelo clássico-liberal e no valor que se atribuiu à vontade. Por isso tem razão Claudia Lima Marques ao afirmar que “para muitos o que foi denominado de crise do contrato era, em verdade, a crise do dogma da autonomia da vontade. Efetivamente, no mundo atual podemos verificar que o campo de utilização dos contratos tem se ampliado. Não só o número de contratos concluídos é bem maior, em virtude do desenvolvimento da sociedade de consumo, como novos tipos de contratos foram criados (por exemplo, *leasing*, *franchising*, *factoring*, *know-how*, *hedging*, *shopping center*), demonstrando a maleabilidade e a fecundidade deste instrumento jurídico. Certo é que a decadência do voluntarismo do direito privado levou à relativização dos conceitos. O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual”³⁴⁴.

³⁴³ Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93. Surge assim, conclui Arnaldo Wald, “um novo contrato, tão afastado daquele que foi concebido pelo Código Napoleão quando o da lei francesa estava distante do contrato romano. A força das palavras e das instituições e, algumas vezes, a denominação dos institutos jurídicos se mantêm no tempo, mesmo quando sofrem mutações radicais em virtude das quais se poderia considerar que o seu conteúdo foi esvaziado ou até desapareceu. Cabe, todavia, aos juristas, especialmente na fase de transição que atravessamos, adaptar os conceitos e institutos à evolução constante do mundo e da tecnologia, para evitar a revolta dos fatos contra o direito, à qual aludia, há longos anos, Gaston Morin” (o autor se referia à obra de Morin, de 1945, com o título *La révolte du droit contre le code*). (Ibidem, p. 93).

³⁴⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 166-7. Acrescenta a autora que “essa renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança de paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo” (Ibidem, p. 167).

Já se sustentou, inclusive, que o contrato estava morrendo, valendo lembrar a respeito a famosa obra de Grant Gilmore, publicada nos Estados Unidos da América em 1974, justamente sob o título *The Death of contract*. Mas tem razão Fernando Noronha quando afirma: “O que estava morrendo era concepção inadequada, que considerava como sendo contratual unicamente uma determinada relação jurídica, que teve o seu apogeu em certo período histórico e que pressupunha que as partes fossem, por sua própria natureza, *iguais* – ‘igualmente livres’, poder-se-ia talvez dizer. Faltando este pressuposto, que era condição necessária para a realização de uma justiça contratual, era, evidentemente, necessário procurar o caminho que restituísse ao contrato a justiça.”³⁴⁵

É importante que as trocas sejam justas e úteis, pois se não o forem, afirma Luis Renato Ferreira da Silva, “os contratantes, certamente, deixarão de cumprir os contratos firmados, e isto resultará em uma quebra da finalidade da liberdade contratual. Com isso entendo que o contrato cumpre sua função (razão pela qual foi acolhido no ordenamento jurídico) sempre que permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas. Estas, porém, só serão mantidas enquanto as partes (e ambas as partes, pois trata-se de um negócio jurídico bilateral) retirem vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utilidade e justiça nas relações contratuais”³⁴⁶.

Tendo em vista que não mais prepondera o mero individualismo, encontrando-se superado o dogma da vontade, “o contrato assume novas feições, relativizando-se os tradicionais conceitos da força obrigatória dos contratos, do *pacta sunt servanda* etc., autorizando-se que por meio de sua função social o contrato seja apreciado voltado não apenas para a vontade individual dos contratantes mas para a sociedade, em que é autorizada a interferência jurisdicional no contrato para adequá-lo aos justos contornos de uma relação jurídica equilibrada. Não prevalece com a força de outrora a impossibilidade de ruptura ou revisão da relação contratual quando se demonstre extremamente desfavorável, desvantajosa ou injusta a uma das partes contratantes, ganhando espaço, nesse diapasão, as figuras da revisão dos contratos como a lesão, a teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva,

³⁴⁵ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 78.

³⁴⁶ A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 137.

dentre outras, em prol da equidade, voltado ao social e não apenas à vontade individual³⁴⁷.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por *normas imperativas*. São as palavras de Claudia Lima Marques que vê nessa passagem uma nova concepção de contrato no Estado social, “em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o *interesse social*”³⁴⁸.

Vivemos efetivamente um momento de mudanças, assinala Claudia Lima Marques, “não só legislativas, mas políticas e sociais. Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, de igualdade e de fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realmente realizáveis – momento em que se desconfia da força e suficiência do direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas, atualmente em um capitalismo neoliberal bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social”³⁴⁹.

As transformações do direito contratual moderno, de acordo com a correta e objetiva observação de Ronaldo Porto Macedo Jr., “ocorrem em três planos básicos: (a) o plano da inclusão de novos valores de bem-estar e justiça

distributiva (*welfarismo contratual*); (b) o plano das mudanças do mercado e das formas de articulação da produção e da distribuição de bens; e (c) o plano da mudança da racionalidade jurídica dominante que permite articular e conferir sentido às duas mudanças anteriormente mencionadas”³⁵⁰.

No modelo contemporâneo dos contratos, “cada um dos princípios clássicos é confrontado com um novo princípio, capaz de moldar-lhe a aplicação e redefinir-lhe a abrangência. A liberdade contratual é informada pela boa-fé, considerada em seu viés objetivo, a incidir em todas as fases da relação negocial, qualificando a conduta das partes e orientando a interpretação do contrato; o vetusto *pacta sunt servanda* é mitigado pela necessidade de se assegurar o equilíbrio entre prestação e contraprestação, evitando-se contratações iníquas ou execuções desarrazoadas de obrigações inicialmente razoáveis; a relatividade dos efeitos do contrato é abrandada pelo reconhecimento e afirmação da sua função social”³⁵¹.

O contrato tem outra importante função, pouco estudada e desenvolvida na doutrina. Ele é um instrumento de pacificação social. Mais do que criar, auxiliar e promover trocas econômicas, “os contratos conformam as relações entre os homens, aparando arestas, prevenindo conflitos e satisfazendo necessidades não apenas econômicas, mas também existenciais. Em um mundo que se pretende solidário e humanizado, tributário da pessoa humana, entender-se o contrato apenas sob o viés objetivo, desconsiderando os inúmeros matizes subjetivos envolvidos na contratação, parece um equívoco preocupante. De fato, afirmar a despatrimonialização do direito civil (como, decerto, de todo o direito privado) e raciocinar o contrato apenas sob o aspecto econômico é um contrassenso. Mais do que nunca, se impõe uma leitura complexa da relação obrigacional, afastando-se a interpretação meramente econômica ou pecuniária para abraçar novos conceitos, privilegiando-se, sempre que possível, os aspectos pessoais envolvidos na negociação e no cumprimento do vínculo”³⁵².

O que a função social do contrato impõe, em conjunção com a boa-fé objetiva, de acordo com Rodrigo Garcia da Fonseca, “é que as partes

³⁴⁷ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2001. p. 183-4.

³⁴⁸ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210-1.

³⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 172-3. Acrescenta a autora: “Vivemos um momento de mudança de estilo de vida, da acumulação de bens materiais passamos à acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar para os contratos de fazer, do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da realização contratual, da contratação pessoal direta para o automatismo da contratação a distância por meios eletrônicos, da substituição, da terceirização, das parcerias fluidas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse social ou público.” (Ibidem, p. 173) A autora registra a importante doutrina de Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, que a orientou no doutorado, a respeito dos reflexos da pós-modernidade no direito: “Na teoria de Jayme, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento guia, os direitos fundamentais seriam as novas ‘normas fundamentais’ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o Direito Civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. A teoria elaborada por Jayme é coincidente com a de muitos autores do primeiro mundo. O mestre de Heidelberg ensina: o instrumento reequilibrador (repersonalizante, diria eu) do atual direito são os direitos humanos. Iremos reconstruir a abalada ciência do direito através da valorização dos direitos do homem, da igualdade e dignidade da pessoa humana, que está nessa ideia.” (Ibidem, p. 177)

³⁵⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

³⁵¹ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPELINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52.

³⁵² COSTA, Pedro Oliveira da. Op. cit., p. 67.

contratantes se unam para o bom funcionamento da relação contratual, numa parceria em que não se eliminam os interesses individuais, mas na qual tampouco há espaço para deslealdades ou atitudes contrárias à lógica econômico-social que presidiu a própria contratação, servindo o contrato como instrumento de colaboração na satisfação dos interesses legítimos de cada parte. Nesta dimensão, a função social do contrato e a boa-fé objetiva extraem sua força dos princípios da socialidade e da eticidade”³⁵³.

E a propósito da diminuição do Estado que tanto preconiza a atual corrente do que se convencionou chamar neoliberalismo, ou por conta da crise do Estado Social, que também está na pauta de discussão política, social e científica no mundo moderno, escreveu Antonio Junqueira de Azevedo em parecer datado de 1997, mas absolutamente atual: “Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer *tabula rasa* de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção, conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de *harmonia social*. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social*. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros.”³⁵⁴

O contrato hoje é, de acordo com Paulo Nalin, “relação complexa solidária”³⁵⁵. A solidariedade, que irradia efeitos na esfera subjetiva de deveres da relação obrigacional, é o valor maior que deu ao contrato de hoje outra conformação e importância, inserindo-o na ordem de interesses metaindividuais e valorizando o ser humano como parte das relações obrigacionais.

³⁵³ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 246-7.

³⁵⁴ 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 contribuiu para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

³⁵⁵ *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 253.

6.4 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS DOMÍNIOS DO CONTRATO

Nesse novo contexto em que se insere o contrato, o juiz é o protagonista da solução dos conflitos e impasses dos contratantes e o operador das cláusulas gerais e princípios que caracterizam o sistema aberto. Ao juiz cabe intervir na relação contratual para salvá-la, procurando dentro do sistema solução capaz de assegurar o cumprimento do contrato com equilíbrio e respeito ao interesse das partes. A atuação judicial não tem forma previamente definida, como não poderia ter em face das infinitas variações de conflitos contratuais que se lhe apresentam, assim como são infinitas as potencialidades de solução que pode encontrar no sistema à luz dos valores constitucionais. Cabe ao juiz concretizar a solução diante das circunstâncias do caso, mas não tem liberdade absoluta e não é discricionária a sua decisão.

As decisões jurisdicionais que se afastam aparentemente da observância da legalidade e revelam o que muitos denominam de ativismo judicial ou “Estado da Justiça”, designação que não esconde o inconformismo e a crítica a uma atuação mais efetiva dos juízes, dá causa a um debate muito atual e que foi bem percebido por Pietro Perlingieri quando destacou o desejo do civilista de que a magistratura tenha uma presença forte sob a perspectiva da garantia dos direitos e do controle da legalidade, numa correta e autônoma relação com a opinião pública, a sociedade civil e as instituições: “O debate tende, assim, a radicalizar uma distinção entre ‘Estado de Direito’ e ‘Estado da Justiça’, quando, na verdade, não se deve deixar de reconhecer que o discurso, proposto em termos históricos e positivos, deve estar em consonância com os ‘valores da Constituição’, entre os quais indiscutivelmente o princípio da legalidade, entendido certamente, não como uma subserviente interpretação e aplicação de uma lei particular isolada, mas como dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais, como a obrigação da correta motivação e argumentação.”³⁵⁶

Num sistema aberto o juiz é chamado cada vez mais a realizar, em suas decisões, os valores constitucionalmente definidos, fazendo efetivamente valer a proeminência deles sobre as leis infraconstitucionais. É o que dá

³⁵⁶ *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

vida ao sistema e permite resgatar a justiça das relações que se perdeu em algum momento no Liberalismo.

Como afirma Pietro Perlingieri, impõe-se uma reconsideração do método de reflexão do jurista: “Esta não se exaure na textualidade da lei, ou de qualquer outro documento juridicamente relevante para a busca da vontade ali contida, mas consiste na busca, em um contexto histórico e, portanto, socioeconômico e, em sentido amplo cultural, da solução mais adequada à *quaestio facti*. O momento da factualidade é absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes não historiográficos ou filosóficos, mas aplicativos. [...] Logo, a adequação relacionada ao objeto na sua concretude histórica não se pode exaurir em se medir com um objeto predisposto como o texto e, portanto, com a mera *voluntas legis* – em uma acepção de legalidade formal baseada em um positivismo meramente legislativo –, mas deve ser avaliada com um objeto mais complexo que inclui a contextualidade cultural e a realidade factual.”³⁵⁷

As restrições do Liberalismo à intervenção no contrato em razão do valor absoluto que tinha a autonomia da vontade não encontra no Estado Social base de sustentação, porque o contrato não é visto mais como espaço livre e reservado às relações privadas. O interesse do Estado, traduzido na função social do contrato, autoriza a sua intervenção. Não há cláusula alguma que se possa dizer absoluta. Essa nova realidade confronta com a cultura clássica do Direito Civil e atrai a crítica dos conservadores. Enquanto no passado deitava a doutrina os seus esforços sobre a autonomia da vontade no sistema fechado, hoje a atenção deve ser voltada para as cláusulas gerais e princípios que impõem ao juiz, no sistema aberto, uma nova forma de atuação, como protagonista da solução do conflito contratual. Essa mudança de paradigmas deve ser apreendida pelo civilista moderno, pois a renovação e atualização do sistema não é trabalho exclusivo do legislador, incapaz de criar no texto estático da lei solução para os conflitos que a imaginação não pode alcançar.

³⁵⁷ Acrescenta Perlingieri: “O jurista ‘permite ou exclui a construção do sistema’, não apenas pensando ‘a realidade em razão da disciplina estabelecida’, mas também individuando a normativa a ser aplicada em razão da realidade. Esta construção tendencial, a bem ver, é o único e necessário caminho a percorrer; e não é possível excluí-la. A interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação. A interpretação, portanto, é necessariamente expressão do sistema e, ao mesmo tempo, concorre a formá-lo em um processo cognoscitivo-aplicativo sem fim. Um sistema, se for fundado sobre princípios, só pode ser fundado sobre valores. O perfil axiológico, quanto aquele lógico, é inerente a qualquer ordenamento jurídico.” (*O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 133)

7 O ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO

7.1 O ADIMPLEMENTO COMO FASE AUTÔNOMA DO PROCESSO OBRIGACIONAL

As obrigações nascem para ser cumpridas e nesse exato momento se extinguem. O adimplemento é o modo natural de extinção de toda relação obrigacional³⁵⁸. É o exato cumprimento da obrigação pelo devedor.

Para o estudo do adimplemento como fenômeno extintivo da relação obrigacional não se deve esquecer a lição de Clóvis do Couto e Silva no sentido de “que a obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos”³⁵⁹.

Consequentemente, deve ser admitida a separação do processo em planos. Não seria possível “definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o plano do adimplemento. A distância que se manifesta, no mundo do pensamento, entre esses dois atos, e a relação funcional entre eles existentes, é que permite definir-se a obrigação como fizemos”³⁶⁰.

No Código Civil de 2002, como reconhecido pela doutrina³⁶¹, o adimplemento ganha autonomia em relação ao processo que representa a obrigação. É que o legislador distinguiu, criando títulos próprios, os planos do adimplemento e inadimplemento, separando-os, no trato legislativo, do processo de criação da obrigação (Títulos III e IV do Livro I da Parte Especial).

Essa nova estrutura destaca a relação interna da obrigação, acolhendo, sem dúvida, a doutrina que vê na obrigação um “processo”, doutrina que

³⁵⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105. Para designar o efetivo cumprimento da prestação, observa o autor, o vocabulário jurídico tem diversas expressões: *solução, cumprimento, pagamento, execução*. O vocábulo *adimplemento* expressa melhor a ideia de execução satisfatória, evitando confusão, por não ser palavra corrente na linguagem comum (Ibidem, p. 106).

³⁵⁹ *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 167.

³⁶⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit., p. 167.

³⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

foi defendida no Brasil, especialmente, por Clóvis do Couto e Silva. Essa nova estrutura propõe o reexame das regras relacionadas ao adimplemento da obrigação, porque a ideia de adimplemento como fase autônoma do processo obrigacional autoriza soluções diversas na execução do contrato, desfazendo-se a concepção clássica de que o adimplemento está ligado à vontade que originariamente constituiu a relação. Destacada da obrigação a fase de cumprimento, é mais fácil aceitar como relativo o princípio da intangibilidade da obrigação³⁶².

³⁶² Orlando Gomes, a propósito da crise do contrato, identificada no abalo que vem suportando o princípio da força obrigatória, já assinalava que “o princípio da intangibilidade dos contratos nas relações patrimoniais não resiste aos solavancos de novas concepções, já se admitindo alteração dos efeitos do contrato, no curso de sua execução, teorizada na doutrina da imprevisão ou da base do negócio jurídico, que abalam a regra *pacta sunt servanda*” (*Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 80).

7.2 A RIGIDEZ DAS REGRAS DO ADIMPLEMENTO

Orlando Gomes sustenta que a *satisfação* está sujeita a regras comuns a todas as obrigações: 1ª – O devedor só se desobriga se satisfizer rigorosamente a prestação; 2ª – o devedor não pode exigir do credor que receba por partes uma dívida que deve ser paga por inteiro; 3ª – a prestação deve ser satisfeita ao destinatário da obrigação pelo modo devido, pontualmente, no lugar determinado³⁶³.

O autor acrescenta: “A satisfação da prestação devida é indispensável ao cumprimento exato da obrigação. Se consiste em dar coisa certa, há de entregar precisamente essa coisa, e não outra. Nas obrigações de fazer, está adstrito a prestar o serviço ou praticar o ato a que estritamente se obrigou. E assim por diante. Nas obrigações de dar o devedor não pode substituir a coisa por outra, somente por acordo entre as partes se admitindo a substituição, mediante *dação em pagamento – datio in solutum* –, que produz o mesmo efeito, como ocorre quando o devedor, não podendo saldar uma dívida pecuniária, oferece ao credor, em troca, um bem imóvel. Se este aceita a substituição, a obrigação extingue-se. No Direito moderno não se admite a dação em pagamento coativa que, sob a forma de *benefício*, era aceita no *Direito Romano*. O *beneficium dationis in solutum* consistia na faculdade de substituição concedida ao devedor que não possuísse dinheiro ou móveis. Permitia-se que pagasse dívida pecuniária, transmitindo ao credor bem imóvel, para o qual não houvesse encontrado justo preço. Não se tolera, outrossim, o pagamento parcelado da dívida exigível por inteiro, ainda que a prestação seja *divisível*. A execução há de ser integral.”³⁶⁴

Percebe-se nitidamente na doutrina uma interpretação rigorosa a respeito do adimplemento da obrigação, o que se explica pelo valor que sempre se deu à autonomia da vontade nos Códigos Liberais. Pautados no racionalismo e na concepção do Direito como sistema, sujeito a um método dogmático e conceitual, “os códigos oitocentistas eram ordens fechadas e rígidas, impermeáveis a qualquer forma de integração às inovações econômicas e sociais. O formalismo jurídico se caracterizava por uma atividade axiomático-dedutiva, na qual, pela aplicação da técnica

³⁶³ *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112.

³⁶⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112.

regulamentar, o magistrado praticava uma atividade lógico-formal de subsunção do fato à norma, restringindo-se à pura exegese. Certamente, havia um receio quanto ao arbítrio e à parcialidade dos juizes, fruto de séculos de privilégios da nobreza. Por trás dessa ideologia, porém, ocultava-se a intenção da burguesia emergente da estabilização de regras que não perturbassem o comércio jurídico e o desenvolvimento da atividade capitalista. Aliás, parece-nos que a técnica da subsunção – imbuída de proposital rigidez – servia perfeitamente como autoritário modelo de imposição de ideais de determinada classe³⁶⁵.

O rigor se reflete particularmente em dois dispositivos do Código Civil. No art. 313 a lei estabeleceu a impossibilidade de substituição do objeto da prestação (*O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa*) e no art. 314 a lei firmou o princípio da indivisibilidade ou integridade da prestação (*Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou*)³⁶⁶. Ambos os dispositivos representam o princípio da *intangibilidade* da obrigação.

Na doutrina a aplicação dessas regras não encontra maior dificuldade, porque são aceitas sem contestação. Clóvis Beviláqua escreveu a respeito do art. 889, do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 314, do Código atual, que “o conceito é simples e as normas legais nenhuma obscuridade oferecem”³⁶⁷.

Exemplo característico da rigorosa e inflexível interpretação que a doutrina

clássica faz das regras de adimplemento da obrigação pode ser encontrado nas palavras de Antunes Varela ao se referir à *regra da pontualidade* como a mais importante a ser observada no cumprimento da obrigação. Afirma que o devedor “não pode exigir a *redução* da prestação estipulada, com fundamento na precária situação econômica em que o cumprimento o deixaria. Nem sequer ao tribunal é lícito facilitar as condições de *cumprimento* da prestação, autorizando, *v.g.*, o pagamento escalonado da dívida (como permite, por exemplo, depois do aditamento da Lei de 20-8-1936, o art. 1244 do *Code Civil*) ou concedendo ao devedor o que os autores franceses chamam *um terme de Grace*. Terá de cumprir, ainda que a realização da prestação o deixe na miséria, privando-o dos meios necessários à sua subsistência ou ao sustento dos seus. Esse facto não lhe servirá de fundamento para obter a redução da dívida, continuando *todo* o seu património a responder pelos danos que a *mora* ou a falta de cumprimento cause ao credor”³⁶⁸.

Esse rigor foi menor no Direito Romano³⁶⁹. José Carlos Moreira Alves anota: “quando a obrigação é divisível, existe a possibilidade de a obrigação ser cumprida por parcelas: no direito clássico, o cumprimento parcelado da obrigação se admite se o credor concordar com ele; no direito justiniano, se a obrigação é divisível, o credor tem o dever de consentir no seu cumprimento parcelado”³⁷⁰. E acrescenta: “No período

³⁶⁸ *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. I. p. 15-6.

³⁶⁹ O direito das obrigações é sem dúvida a parte mais importante do Direito Romano, afirmam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, “sobretudo por sobreviver substancialmente no direito moderno, mais que qualquer outra. Os direitos reais, os de família, os de sucessão ficaram sempre jungidos ao tronco do direito arcaico, não obstante o seu progressivo desenvolvimento. Os direitos obrigacionais, pelo contrário, consolidaram-se, ao longo dos séculos, num mais perfeito corpo doutrinário. Por isso, sofreu o sistema tal renovação que, pela sua absoluta correspondência com as mais adiantadas exigências sociais, pôde ser absorvido pelas legislações modernas” (*Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1953. v. I. p. 227). E para melhor situar os direitos obrigacionais no Direito Romano vale reproduzir o registro dos autores referidos: “[...] todo esse processo formativo não foi repentino; realizou-se por uma força interna conforme as transformações do clima social. Donde o poderemos distinguir-lhe as fases em natural correlação com os períodos mais característicos do desenvolvimento do direito romano. (I) No período do direito quiritário, antes das guerras púnicas, o sistema obrigacional foi estritamente formalístico, estrito, peculiar a uma sociedade primitiva sem variedade de relações. As figuras de obrigações nesta fase, o *nexum* e a *sponsio*, refletem fielmente o estado primitivo do direito. (II) No segundo período, desde as guerras púnicas até ao fim da República, o sistema sofreu grandes modificações que o adequaram às exigências sociais profundamente transformadas em consequência da expansão do domínio romano e do alargamento das relações comerciais. Nesta fase manifesta-se a ação do *ius gentium*, do *is honorarium*, e o trabalho dos juriconsultos foi mais intenso e produtivo. (III) No período clássico os juriconsultos aperfeiçoam seus meios de análise e síntese e a *cognitio extra ordinem* forma as bases do direito novo, provocando as primeiras fusões entre institutos jurídicos do *ius civile*, *ius gentium* e *ius honorarium*. (IV) No período do Baixo Império, enfim, com a disparição das formas solenes e a consequente fusão dos diversos institutos jurídicos, a estrutura das obrigações veio a simplificar-se, as várias figuras se unificaram e todo o sistema se orientou para a nova corrente, valorizadora ao máximo da vontade das partes.” (Ibidem, p. 227-8)

³⁷⁰ *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II. p. 20.

³⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 157.

³⁶⁶ São disposições iguais aos arts. 863 e 889 do Código Civil de 1916, com pequenas modificações de redação que não alteraram o conteúdo. Antes do Código Civil de 1916 preceitos semelhantes eram encontrados na Nova Consolidação das Leis Cíveis de Carlos Augusto de Carvalho (arts. 867, 1.046 e 888, § 2º). O famoso *Esboço* de Teixeira de Freitas previa: “O credor não pode ser obrigado a receber uma coisa por outra, a pretexto de ser de igual ou maior valor” (art. 1.046). A respeito do parcelamento do pagamento a regra de Teixeira de Freitas era clara: “Art. 1.049. Ou a obrigação seja de pagar quantidades, ou somas de dinheiro, o credor não pode ser obrigado a receber em parcelas o que lhe deve ser pago por inteiro; salvo: 1º Se expressamente constar do título creditório, ou de outro posterior, que o pagamento deve ser feito em prestações parciais; caso em que nem o credor pode exigir mais, nem o devedor pode pagar menos, do que a quantidade ou soma de cada prestação. Antes porém do pagamento da prestação anterior, o credor não pode ser obrigado a receber a posterior. 2º Se a dívida for ilíquida em parte, caso em que o credor pode exigir, e ao devedor incumbe fazer, o pagamento da parte líquida. 3º Se o credor falecer, e o pagamento se fizer em proporção das cotas de cada um dos co-herdeiros, quando a obrigação é divisível. 4º No caso de compensação, quando uma das dívidas é menor.” Constatou do *Esboço*, ainda, no art. 975: “Se as obrigações divisíveis tiverem um só credor e um só devedor, nem aquele (salvo o caso de compensação) pode ser obrigado a receber pagamentos parciais, nem este pode ser obrigado a fazê-los. A obrigação em tal caso, se as partes não acordarem o contrário, deve ser paga por inteiro, como se fora uma obrigação indivisível.”

³⁶⁷ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1984. v. II. p. 29.

justinianeu, admitia-se o *beneficium dationis in solutum*, que era uma dação em pagamento (*datio in solutum*) coativa, pela qual o devedor, independentemente do consentimento do credor, se eximia da obrigação; esse *beneficium* se concedia a devedor de quantia certa que, possuindo apenas imóveis, não encontrasse comprador que lhe oferecesse preço justo com que pagasse o débito, motivo por que podia, então, desobrigar-se com a entrega ao credor de um ou de alguns dos imóveis, pelo valor da avaliação por autoridade competente. Por outro lado, alguns devedores somente podiam ser condenados *in id quod facere possunt* (naquilo que podem fazer), em virtude do *beneficium competentiae*, cuja função variou no direito clássico e no direito justinianeu.³⁷¹

O devedor, de acordo com José Carlos Moreira Alves, não poderia ser condenado a pagar mais do que seu patrimônio permitia. E o autor registra: “No direito justinianeu, modifica-se a função do *beneficium competentiae*: o devedor que dispõe dele contra o credor não pode ser privado, para o cumprimento integral da obrigação, dos meios indispensáveis à sua subsistência”³⁷².

³⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 41. A respeito da cessão de bens que o devedor poderia fazer em favor do credor nas condições admitidas pelos romanos, cuja aplicação no Direito brasileiro foi debatida pela doutrina, em face das Ordenações do Reino, registre-se a antiga opinião de M. I. Carvalho de Mendonça: “Nos tempos que passam, em que a opressão do capital quase justifica os excessos do proletariado; em que a usura, não satisfeita com arrancar o pão do devedor, compraz-se em macular-lhe a honra e o nome, é essencial que o direito venha auxiliar a moral, fornecendo ao oprimido o extremo alívio de patentear sua boa-fé e seu infortúnio. Se a cessão dos bens não existisse realmente em nossa legislação, era o caso de a propagarmos como um instituto a constituir.” (*Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. I. p. 737-8)

³⁷² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II. p. 41-2. No mesmo sentido, Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 313-4), que acrescenta: “O *beneficium competentiae* tinha, a princípio, o escopo de evitar o despauperamento do patrimônio e a infâmia ou ignomínia resultantes da execução. No direito clássico admitiu-se, mais amplamente, embora sob controvérsias, ou a dedução do necessário ao sustento (*deductio ne egeat*), ou a dedução dos débitos (*deductio aeris alieni*), ou ambas. Justiniano, movido por sentimentos de humanidade, estende a *deductio ne egeat* a todos os devedores que gozam do benefício de competência”. Também é o registro de A. Santos Justo que, ao se referir à obrigação de pagamento integral da dívida, escreveu: “Mais tarde, determinado pela *humanitas*, Justiniano reconheceu a eficácia do cumprimento parcial, cf. D 12, 1, 21” (*Direito privado romano – II* (direito das obrigações). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 185, nota 11). Clóvis Beviláqua lembra que os Códigos do Chile e da Argentina estabelecem o “benefício de competência”, sob o fundamento do Direito Romano, “em virtude do qual se deixam a certos devedores, cujo passivo cobre o ativo, o necessário à sua subsistência, sob condição de devolução, quando melhorarem de fortuna. [...] Falam em prol deste instituto valiosas razões de equidade e nobres sentimentos fundamente arraigados na *psyché* humana. Mas o nosso direito atual não o reconhece” (*Direito das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1954. p. 121). Atualmente carece de razão de ser este benefício, observa o jurista argentino Luis Moisset de Espanés, porque há outros remédios para evitar a miséria absoluta do devedor, como ocorre com a impenhorabilidade de certos bens, móveis e imóveis, em razão do essencial à existência digna e da natureza alimentar que tem o salário e outras rendas, de modo que este benefício está desaparecendo das legislações de todos os países (*Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Zavalia, 2004. t. 3. p. 45).

Aquelas regras rígidas encontradas no Código Civil representam a aplicação de dois princípios nas relações obrigacionais. O princípio da *identidade* ou *correspondência* e o princípio da *indivisibilidade* ou *integridade*³⁷³. Pelo primeiro, explica Celso Quintella Aleixo, “deve haver um ajustamento integral da conduta do devedor à prestação efetivamente devida, sem que haja qualquer modificação, ainda que mais vantajosa para o credor. O credor pode até receber prestação diversa da que é realmente devida, mas neste caso não estará diante de adimplemento, e sim de uma dação em pagamento (art. 356 do Código Civil)”. Pelo segundo, cuja regra está definida no art. 314 do Código Civil, ainda que a prestação comporte fisicamente divisão, sendo naturalmente fracionável, explica Celso Quintella Aleixo, “o cumprimento tem que ser feito por inteiro, a não ser que o credor aceite receber por partes”³⁷⁴.

Ambos os princípios são decorrentes de outro princípio maior, o princípio da *intangibilidade*, segundo o qual a obrigação é uma relação jurídica bilateral e não pode ser modificada unilateralmente por alguma das partes ao dar outra coisa ou parte da coisa devida em pagamento.

³⁷³ Há quem sustente distinção entre a integridade e a indivisibilidade. Concordamos com a opinião de Ramón Daniel Pizarro e Carlos Gustavo Vallespinos, segundo a qual não há proveito em fazer esta distinção, porque uma implica a outra. De acordo com os juristas argentinos, “todo fraccionamiento de la prestación en partes (cuando ella es materialmente posible), conduce también a un fraccionamiento temporal em dicha ejecución. Por lo tanto, no se justifica la *utilidad* de un tratamiento dissociado. El principio de integridad resulta conculcado, de tal modo, cuando el deudor no cumple en forma total la prestación adeudada, situación que necesariamente engloba y comprende el supuesto en que pretenda pagar la totalidad de lo que se debe pero mediante pagos parciales” (*Instituciones de derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. v. 2. p. 135). No mesmo sentido, entendendo que a ideia de indivisibilidade está compreendida na integridade é a doutrina de Ernesto C. Wayar (*Derecho civil: obligaciones*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. t. I. p. 361).

³⁷⁴ ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 280. Esses dois princípios, de acordo com o autor, “podem na verdade ser considerados subprincípios do primeiro que considera o pagamento apenas em sentido estrito, que é a realização da prestação exatamente como convencionado, por inteiro, na forma, no local e no momento devidos” (Ibidem, p. 281).

7.3 A INDIVISIBILIDADE DO OBJETO E A INDIVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

O nosso Código Civil, escreveu Serpa Lopes, “apartou-se do sistema do Código Civil francês. Obedecendo ao critério dos Códigos modernos, não conceituou a distinção entre obrigações divisíveis e indivisíveis, limitando-se a ditar os efeitos de uma e de outra, no caso de pluralidade de credores ou na de devedores”³⁷⁵. A observação se refere ao código de 1916, mas continua atual.

Clóvis Beviláqua explica: “A divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações só tem interesse jurídico havendo pluralidade de credores ou devedores; porque, se o credor é um só e um, também, o devedor, a obrigação é, em regra, indivisível, desde que, salvo a estipulação em contrário, nem o credor é obrigado a receber o pagamento por partes, nem o devedor a fazê-lo. Havendo pluralidade de credores ou devedores, o interesse avulta porque, se divisível a obrigação, cada credor tem direito a uma parte, como cada devedor responde por uma parte: e, sendo indivisível, cada credor pode exigir o cumprimento integral, e cada devedor responde pela totalidade; ou todos os concredores exigem, simultaneamente, a solução ou todos os condevedores a ela são sujeitos.”³⁷⁶

A indivisibilidade da qual se cuida é aquela que diz respeito à prestação e não ao objeto da prestação. Explica Pontes de Miranda: “Nenhuma coisa entra no mundo jurídico como objeto da obrigação: o que é objeto da obrigação é a *prestação*. Quem diz prestação obrigacional diz ato ou não ato (abstenção), do devedor. Quando se fala de objeto da prestação em verdade se alude ao que se há de prestar.”³⁷⁷ Por isso adverte: “Reduzir-se a indivisibilidade ou a divisibilidade das obrigações à indivisibilidade ou divisibilidade da *prestação*, foi a trilha que tomou quase toda a doutrina. Às vezes fala-se do *objeto*, e não da *prestação*. Mas, a cada passo surge a advertência de não corresponderem, em todos os casos, indivisibilidade do objeto e indivisibilidade da obrigação.”³⁷⁸

³⁷⁵ *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II. p. 103.

³⁷⁶ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1984. v. II. p. 29.

³⁷⁷ *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 183.

³⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 184.

É de observar-se “que a divisão do objeto da prestação não implica que se divida a relação jurídica pessoal, ou a obrigação; de modo que a obrigação divisível não se divide em duas ou mais obrigações. A divisão, de que aqui se cogita, é divisão *interna* da prestação, a prestação é que se divide. Obrigação divisível é obrigação que se pode cumprir em partes, obrigação que não se divide a si mesma mas permite que o seu adimplemento *se divida*. Se a prestação é faticamente divisível, mas juridicamente não o é (= incide o Código Civil, art. 314), o adimplemento não pode ser por partes da prestação”³⁷⁹.

7.3.1 A INDIVISIBILIDADE MATERIAL (OBJETIVA) E A INDIVISIBILIDADE JURÍDICA (SUBJETIVA)

A indivisibilidade pode resultar de limitação fática, quando o objeto da prestação não comporta fracionamento, mas resulta, também, da vontade das partes, quando a limitação entra no plano jurídico. A vontade das partes, e não a natureza do objeto, impede o parcelamento da prestação³⁸⁰.

O nosso Direito, pelo art. 314, do Código Civil, estabeleceu como regra a indivisibilidade ou integridade da prestação, pois exige ajuste das partes em sentido contrário³⁸¹.

Serpa Lopes, filiando-se à classificação de Scuto, define bem a questão da divisibilidade da obrigação considerando-a sob o aspecto objetivo e subjetivo. “Do primeiro ponto de vista (objetivo), a individuação de uma e de outra deve partir do estudo do conteúdo da prestação: *dare, facere* ou *non facere*; do ponto de vista subjetivo, a divisibilidade ou indivisibilidade, pode ser a resultante de um elemento convencional ou de uma declaração unilateral e, acrescentamos nós, da lei, pois é a vontade do legislador que as

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 184-5.

³⁸⁰ Se o objeto tal qual (objeto fático) é divisível, afirma Pontes de Miranda, a vontade do figurante ou dos figurantes pode estabelecer a indivisibilidade da prestação, o que se tem por assente, no sistema jurídico brasileiro, se nada se dispôs (MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 185).

³⁸¹ No sistema jurídico brasileiro, afirma Pontes de Miranda, “que fez depender da vontade manifesta a divisibilidade da obrigação, não se pode dizer que a obrigação de dar *quantitas* de coisa fungível (cem toneladas de vinho, trinta automóveis Ford 1960) seja divisível, *por sua natureza* (aí confundido com o seu objeto). É o que resulta do Código Civil, art. 314” (*Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 188). Vale lembrar, ainda, o que dispõe o art. 88 do Código Civil: “Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.”

determina, quando a indivisibilidade, assim prescrita, não resulta, de seu turno, da própria natureza da prestação.”³⁸²

Não há divergência na doutrina a respeito da divisibilidade objetiva da obrigação de dar, pois ela importa na obrigação de transmitir a propriedade e, de acordo com Serpa Lopes, “ela é sempre divisível, na transmissão de um direito de propriedade, ainda que indivisível seja a coisa objeto desta transmissão, por isso que o domínio é suscetível de divisão por quotas intelectuais”³⁸³.

As obrigações de fazer, seguindo a lição de Serpa Lopes, “são, em regra, indivisíveis, atento exigirem, comumente, a realização integral da prestação, pois, do contrário, não atingiriam a sua finalidade econômica. Nelas, é impossível haver uma parte qualitativamente igual ao todo. O adimplemento parcial não proporcionaria ao credor a utilidade pretendida na obrigação. O exemplo vulgar é o da construção de uma casa (*tota domus construenda*)”³⁸⁴. As obrigações de não fazer, como regra, igualmente, são indivisíveis. O inadimplemento total ou parcial produz sempre uma perda para o credor. Objetivamente, portanto, é obrigação indivisível³⁸⁵.

A indivisibilidade subjetiva decorre da vontade das partes. Embora divisível objetivamente a prestação, não pode o credor ser obrigado a receber, como o devedor não está obrigado a pagar, por partes, se assim não se ajustou. Essa é a regra no Direito brasileiro, estabelecida no art. 314, do Código Civil.

A proibição do fracionamento da prestação, como regra absoluta de adimplemento da obrigação, foi inspirada nos ideais do Liberalismo e reflete a força da autonomia da vontade. O que foi contratado deve ser cumprido a qualquer custo, pois é intangível a vontade das partes que formou o vínculo contratual. Essa é a regra.

Todavia, verificado que a rigidez do referido dispositivo do Código foi determinada em favor da autonomia da vontade, que não sobreviveu às transformações sociais do último século, a regra não pode mais ser considerada inflexível e absoluta, admitindo-se novas soluções para o exame das questões concernentes ao adimplemento da obrigação, pois a vontade

não tem mais a força do passado diante da moderna concepção da relação jurídica obrigacional definida principalmente pela boa-fé e a função social do contrato. Outros valores do sistema estão presentes nessa relação privada, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, a determinar a relativização dos rigores do princípio da integridade. Afinal, cuida-se apenas de dar à vontade das partes no negócio obrigacional o valor que ela tem hoje no Estado Social intervencionista.

A questão da indivisibilidade da obrigação não pode ser vista somente a partir do exame abstrato do objeto da obrigação. Necessário se faz observar, de acordo com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “a relação obrigacional concreta, ao longo de sua evolução e à luz dos interesses envolvidos. Em outras palavras, a divisibilidade ou indivisibilidade não se determina com base em critério puramente material, mas sim a partir de um critério econômico-jurídico. A indivisibilidade reflete o pressuposto de que as frações ou atos que poderia decompor-se a prestação não equivalem proporcional e homoganeamente ao todo”³⁸⁶.

7.3.2 A INDIVISIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO E A PLURALIDADE DE CREDITORES OU DEVEDORES

Uma parte da doutrina vê no art. 257 do Código Civil uma exceção à regra da indivisibilidade da obrigação estabelecida no respectivo art. 314, quando ocorra pluralidade de devedores ou credores em obrigação cujo objeto é divisível. Não parece ser a melhor interpretação. A divisibilidade da obrigação referida no art. 257 é a divisibilidade jurídica, ou seja, aquela decorrente da vontade das partes ou da lei. Não se refere o dispositivo legal à divisibilidade objetiva, fática, que impede o fracionamento do objeto da prestação.

Não fosse assim, o art. 257 teria estabelecido uma presunção contra a regra do art. 314, admitindo-se como divisíveis as obrigações com pluralidade de partes desde que divisível o objeto da prestação. Pontes de Miranda, ao

³⁸² *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II. p. 105.

³⁸³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit., p. 105.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 105.

³⁸⁵ Serpa Lopes anota observação de Scuto no sentido de que podem existir “casos especiais em que a obrigação de não fazer comporta o conceito de divisibilidade – quando a obrigação de fazer consiste, v.g., numa cláusula de concorrência, em que é possível um adimplemento parcial” (*Ibidem*, p. 106).

³⁸⁶ *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 94. Acrescentam os autores: “[...] cumpre ao intérprete verificar os interesses e expectativas das partes envolvidas, em uma análise dinâmica da obrigação, no caso concreto e ao longo de sua evolução particular, para, diante disso, definir a natureza divisível ou indivisível do seu objeto” (*Ibidem*, p. 95).

conferir interpretação literal ao art. 257, afirma: “primeiro se tem que apurar se, conforme o art. 314, a obrigação seria divisível, o que só a vontade do figurante, ou dos figurantes, poderia estabelecer, ou, excepcionalmente, a lei. Então o art. 257 não seria exceção ao princípio da indivisibilidade das obrigações, mas sim regra jurídica explicitante de não haver *solidariedade* e sim *distintividade e igualdade das obrigações*”³⁸⁷.

Assim, explica Pontes de Miranda: “Se a obrigação – aplicado o art. 314 do Código Civil – é divisível (não ‘se só é divisível o objeto fático’) – e há pluralidade de devedores, a obrigação é múltipla, plural: ‘dividiu-se’ com a pluralidade de devedores; seria *divisível*. Se, conforme o art. 314, a obrigação é indivisível, não há pensar-se no art. 257. O art. 257 somente incide se a obrigação é *divisível*, conclusão a que só se chega aplicando-se o art. 314.”³⁸⁸

7.3.3 A INDIVISIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO E O ADIMPLEMENTO

A questão da indivisibilidade da prestação, quando a natureza do objeto admite fracionamento (divisibilidade objetiva), está diretamente ligada à vontade das partes ou da lei, o que determina outra visão sobre o problema e atenua o rigor com o qual sempre se tratou a possibilidade de modificação do cumprimento da obrigação originariamente constituída.

Na verdade, a indivisibilidade ou divisibilidade da prestação está ligada ao adimplemento. São divisíveis as obrigações que podem ser cumpridas em partes. É, portanto, o adimplemento que se divide ou não³⁸⁹.

E o rigor com o qual a doutrina sempre tratou a questão da divisibilidade da obrigação é bem percebido nas palavras de Pontes de Miranda: “Não se afasta a invocabilidade do art. 314 com alegação de má-fé, de abuso do direito”³⁹⁰ (G. Planck, *Kommentar*, II, 1, 143), ou de ser sem relevância para

o credor prestar-se por partes ou por inteiro (O. Warneyer, *Kommentar*, I, 445). Se o credor acordou em prazo de graça, com isso não se submeteu a receber prestações parciais. Nem tem o credor de justificar porque recusa receber a prestação parcial.”³⁹¹

Clóvis do Couto e Silva tem razão quando afirma que “a ciência do direito atual ainda não avançou muito, nem libertou-se dos postulados que nos legou o século precedente e está como que jungida ao princípio da autonomia, ao ponto até de pervertê-lo, pois tudo se procura deduzir de uma vontade, muitas vezes inexistente. Certo, como já se frisou neste trabalho, a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não a única. Ademais, sabe-se que a vontade representa, do ponto de vista de nossa concepção de direito, o ‘círculo de poder do indivíduo’ perante o poder do Estado e, abolindo-se essa, aluir-se-á o próprio conceito de pessoa, pelo menos o conceito de capacidade negocial”³⁹².

A vontade não é hoje fonte absoluta das obrigações, tanto que o princípio da autonomia da vontade que reinou no passado liberal hoje recebeu novas luzes que puderam aclarar os limites da vontade no campo da autonomia privada e até mesmo legitimar a sua substituição por outra, emanada do Estado Social em proveito dos interesses que transcendem as relações privadas. Vencer a indivisibilidade jurídica da obrigação a partir do reexame que deve ser feito sobre a vontade das partes na formação dos vínculos já não é impossível, o que abre novos caminhos para resolver impasses resultantes do adimplemento da obrigação.

morosas, aos efeitos da rígida estrutura das normas legais. Ocorrerá tal figura de abuso quando um determinado direito – em si mesmo válido – seja exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante na comunidade social. E, então, apresentam-se duas possíveis soluções sancionatórias: ou a ordem jurídica trata o titular do direito cujo exercício se mostra abusivo como se esse direito não existisse; ou estatui consequências menos enérgicas, designadamente condena-o a simples indenização dos danos sofridos pelo prejudicado, mas mantendo-se o acto abusivo que os produziu” (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 64). Por isso o atual Código Civil português estabeleceu no art. 334: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.” O art. 187 do Código Civil brasileiro tem semelhante redação, definindo o abuso do direito como ato ilícito. Almeida Costa acrescenta: “Cada direito possui uma função instrumental própria, que justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício. Em não raros preceitos do Código Civil transparece a importância reconhecida, na disciplina dos diversos institutos, ao *fim social e econômico* que lhes confere. A mesma ideia sobressai aqui. O titular de um direito deve exercê-lo nos limites do seu fim social e econômico. Ultrapassadas essas fronteiras, o exercício será abusivo.” (Ibidem, p. 69-70).

³⁹¹ *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 197.

³⁹² *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 105.

³⁸⁷ *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 199.

³⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 200.

³⁸⁹ Nesse sentido também é o comentário feito por Judith Martins-Costa: “Isto está a significar que a indivisibilidade, ou divisibilidade, é do adimplemento, e não do objeto (indireto) da prestação.” (*Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 184)

³⁹⁰ Explica Mário Júlio de Almeida Costa que “o princípio do abuso do direito constitui um dos expedientes técnicos ditados pela consciência jurídica para obtemperar, em algumas dessas situações particularmente cla-

7.4 O INTERESSE SOCIAL NO ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO

Lembra Clóvis Beviláqua que “é o interesse da sociedade, harmonizando-se com o dos indivíduos, o fundamento último das obrigações”. E para comprovar a sua afirmação, Clóvis escreveu: “É o interesse de cada um que o induz a realizar suas compras, vendas, empréstimos, locações, e é porque essa vantagem se torna ponto de convergência de muitos interesses que é possível a realização desses atos. Sem tal convergência, o egoísmo de cada indivíduo agitar-se-ia no vácuo, impotente, inútil. Verificada ela, porém, como a sociedade tem o máximo interesse na produção dessa troca de serviços, nas combinações desses esforços, nessa divisão de trabalho, presidida e guiada pela teleologia social, intervém pelo órgão do poder público e pelo da opinião dominante, para tornar efetivos e producentes atos, de que dependem, evidentemente, a sua vida e cultura, e pela quantidade dos quais se pode aferir a sua opulência”³⁹³.

O cumprimento da obrigação, portanto, não se encontra na esfera exclusiva de interesses das partes envolvidas, porque transcende os limites individuais.

Assinala Almeida Costa que está superada a concepção tradicionalmente aceita do absolutismo dos direitos e da irresponsabilidade no seu exercício³⁹⁴. Hoje em dia “entende-se que os poderes do titular de um direito subjectivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo que se alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social (*direito-função*). Sintetizando: é corrente na ciência jurídica moderna a distinção entre os direitos subjectivos de tipo tradicional e os poderes funcionais”³⁹⁵.

Por isso escreveu Judith Martins-Costa, diante da nova realidade das relações obrigacionais, que “a conjugação entre o tema da necessária

concretude da noção de sujeito de direito com a nova racionalidade econômica da sociedade contemporânea – sociedade do risco, como quer Beck, sociedade programada, na definição de Touraine, caracterizadora de um ‘*taylorismo* de serviços’, como percebe Bourdieu – tem conduzido a evidenciar a fratura existente entre a realidade prática e o método jurídico tradicional, centrado na consideração de um atomizado sujeito de direito como elemento geral e abstrato de referência à aplicação das normas jurídicas e na análise meramente externa do fenômeno obrigacional”³⁹⁶.

É necessário, para atender às novas formas de relações econômicas do mundo moderno, abandonar o desgastado modelo liberal que concentrava todos os seus esforços na vontade das partes envolvidas na obrigação para ver nessa relação outros interesses a justificar a sua funcionalização. Ao dilatar o campo de visão se pode entrever uma complexa trama de infinitas relações sociais implicadas tangentemente ao interesse individual ligado ao contrato. Não é preciso mais para reconhecer que o adimplemento da obrigação não pertence exclusivamente ao interesse particular do credor e do devedor.

³⁹³ Acrescenta o autor: “Consentisse a sociedade em que o egoísmo fugisse, dolosamente, às consequências de seus atos, sem prendê-lo por eles fortes à satisfação do prometido, dependesse, exclusivamente, do livre-arbítrio de cada um saldar os seus débitos, e o comércio seria quase inconcebível, ajoujado nas angusturas de um círculo de ferro, e até a coexistência humana se conservaria amarrada ao poste de uma barbárie invencível. Para poder subsistir e desenvolver-se, tem, forçosamente, a sociedade de garantir a execução dos contratos, de tornar consistentes as ofertas, que, canalizando as procuras em uma certa direção, solicitando-as para um dado ponto, se tornariam fatores fecundos de prejuízos, de lesivos abusos, se conservassem a faculdade de recuar a cada momento.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1954. p. 20)

³⁹⁴ O jurista português se refere à antiga concepção de que: “o dever jurídico que incumbe ao devedor encontra-se na disponibilidade do credor, no duplo sentido de que só ele pode exigir ou não exigir o seu cumprimento e de também só ele pode solicitar, na hipótese de inadimplemento, a intervenção do mecanismo coercitivo do estado” (*Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 62).

³⁹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 62-3.

³⁹⁶ *Comentários ao novo Código Civil: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 6-7. A autora se refere a uma nova *racionalidade* que preside as relações econômicas na sociedade pós-industrial, fenômeno que tem como exemplos: “certos contratos que não servem mais para fazer circular as coisas, mas *tout court*, para fazê-las, e em especial para criar produtos financeiros; tem-se a própria moeda, que resta desmaterializada em um número transmitido por impulso eletrônico; e tem-se, ainda, que as ‘condições ideais’ de certas relações negociais são aquelas em que o vendedor não é sequer proprietário do bem que promete vender, não tendo o comprador, da sua parte, sequer o dinheiro necessário para pagar o preço, sem falar da expansão, em escala mundial, das relações obrigacionais que se desenvolvem em um meio-ambiente cultural inteiramente novo – o mundo dos *e-mails*, dos relacionamentos *on line*, do *telemarketing*, da TV a cabo, dos *home-bankings*, etc. –, que estão a exigir dos juristas não apenas uma reconstrução conceitual, mas, verdadeiramente, uma nova gramática” (Ibidem, p. 5-6).

7.5 A OBRIGAÇÃO VISTA A PARTIR DA SUA ESTRUTURA INTERNA E A FLEXIBILIDADE DAS REGRAS DE ADIMPLENTO

A análise externa, centrada no método tradicional, explica Judith Martins-Costa, “percebe a relação obrigacional tão somente como um vínculo estruturado sobre dois polos (credor e devedor), ligados pelos correspectivos direitos e deveres. Para uma tal análise, o mais relevante é descrever os ‘elementos constitutivos’ da relação, visualizados *in abstracto*: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (a prestação, o dar, fazer ou não fazer), os requisitos legais e os elementos acidentais, quando ocorrentes. Porém, não se ocupa em visualizar *como* tais direitos e deveres se estruturam, muitas vezes em *diferentes graus de intensidade*; nem como podem, alguns deles, nascer depois de criada a relação, ou como se desenvolvem no tempo; ou como podem parcialmente cessar, ou subsistir, ou modificar-se, consoante as vicissitudes da realidade, sem que se perca, por isso, a unidade finalista da relação”³⁹⁷.

Se na Codificação oitocentista, escreveu Judith Martins-Costa, “a ficção da igualdade era o suporte ideológico dos próprios atributos das regras codificadas, quais sejam, a sua generalidade e abstração – a primeira designando ‘o caráter anônimo dos destinatários’, a segunda, ‘o caráter hipotético da ação disciplinada’ – hoje em dia essa ficção não mais remanesce nas normas agora codificadas, polarizadas que estão pela *diretriz da concretude*, que significa a observância da ‘ética da situação’. Por isso o apelo, tantas vezes feito na nova Lei Civil, inclusive em tema de adimplemento e inadimplemento, a conceitos flexíveis ou ‘fórmulas ordenadoras’, tais como ‘usos do lugar’, ‘circunstâncias do caso’, ‘natureza da situação’, ‘equidade’, ‘desproporção manifesta entre as prestações’, ‘premente necessidade’, ‘boa-fé’, ‘utilidade da prestação’, ‘fins econômicos e sociais’ do direito subjetivo, para permitir ao aplicador do Direito descer do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto”³⁹⁸.

O papel da análise interna, afirma Judith Martins-Costa, “centrada na noção de adimplemento como atuação concreta do programa obrigacional,

tem presente a *concretude das circunstâncias nas quais se desenvolve a relação*. A análise interna considera o fenômeno obrigacional em sua *totalidade concreta*, isto é, como aquela composta por um dinâmico ‘todo’ de direitos, deveres, faculdades, ônus, expectativas legítimas, etc., finalisticamente interligados ou coligados. O método centrado na análise interna pode, por isso, auxiliar a normatização das relações sociais, tendo presente um conteúdo o mais coerente possível com as peculiaridades das pessoas e com os valores expressos pelo Ordenamento. Daí a importância dos antes aludidos conceitos flexíveis ou ‘fórmulas ordenadoras’ que ensejam a concreção. São esses conceitos que permitirão, ao aplicador da lei, visualizar a *pessoa concreta em suas concretas circunstâncias*, descendo do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto”³⁹⁹.

A análise interna “vislumbra o princípio da concretude no adimplemento do programa obrigacional. Para tanto, o fenômeno obrigacional será examinado como uma totalidade, em que direitos, deveres, faculdades e ônus estão finalisticamente interligados. Assim, não há mais espaço para uma tutela jurídica baseada em juízo de plena subsunção. Devemos investigar as peculiaridades das pessoas que vivenciam a relação, a materialidade da hipótese e os diferentes graus de intensidade de atuação do ordenamento diante da riqueza de situações existenciais que concretamente serão detectadas”⁴⁰⁰.

Esse exame interno da estrutura obrigacional permite encontrar nessa relação outros deveres, não implícitos, que as partes estão obrigadas a cumprir em favor do programa definido no contrato, porque devem dirigir os seus esforços conjuntos à realização dos fins desejados com a formação do vínculo em face das circunstâncias de cada caso. Permite exigir das partes movimentos que elas devem e podem produzir em favor dos interesses comuns depositados no adimplemento da obrigação.

³⁹⁷ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9.

³⁹⁸ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 8.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 9.

⁴⁰⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 74.

7.6 UM NOVO CONCEITO DE ADIMPLEMENTO

No adimplemento, de acordo com Emilio Betti, há dois momentos, um subjetivo e outro objetivo. A conjugação desses momentos, escreveu Judith Martins-Costa, “conduz ao *adimplemento*, finalidade da relação, que tem, por sua própria natureza, caráter transitório, nascendo para extinguir-se. A utilidade, momento objetivo, diz respeito ao ‘programa contratual’, isto é, à relação econômica de base que se apresenta como a causa objetiva do ajuste. Já a cooperação, momento subjetivo porque ligado à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal, antes se espraiando pelos deveres secundários, anexos, colaterais ou instrumentais, que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal, ou em cláusula contratual, ou no *princípio da boa-fé*”⁴⁰¹.

Um novo conceito de adimplemento se impõe diante do princípio da boa-fé e das características que a relação obrigacional assumiu em nossos dias, porquanto não estão em jogo exclusivamente os interesses do credor. O adimplemento está relacionado com o conjunto de interesses envolvidos na relação finalisticamente considerada numa espécie de programa que as partes estabeleceram ao constituir a obrigação. Por conjunto de interesses envolvidos na relação entende-se, explica Judith Martins-Costa, “não apenas os vinculados direta ou indiretamente à prestação principal, mas também os derivados dos demais deveres de conduta, de modo especial os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda a relação envolve, como assentou Stoll. Daí o conceito de adimplemento como ‘a realização da prestação devida’, mas não só: propomos encará-lo como, o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas”⁴⁰².

⁴⁰¹ *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24.

⁴⁰² *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 66-7. Anota a autora: “Esta noção é compatível com o nosso sistema. Primeiramente, por derivar de intuito expresso da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, assentada que foi nas ‘exigências de concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato’, bem como no ‘espírito de compreensão ética da realidade

O adimplemento deve ser entendido, portanto, como o fim a ser perseguido pelas partes, porque representa a utilidade e a finalidade da obrigação contratada. O adimplemento representa o fim programado na relação obrigacional e para alcançá-lo exige-se das partes esforços e o cumprimento de deveres que não foram escritos, mas estão presentes desde a formação do vínculo. São deveres que exigem cooperação e solidarismo, afastando o excessivo individualismo da relação que tem reflexos diretos nos interesses sociais. É o que legitima a interferência na relação privada contratual para impor as condições necessárias e remover obstáculos ao cumprimento da obrigação.

O adimplemento não se encontra mais na esfera privada de interesses do credor, o que resulta em profunda modificação nas regras legais de cumprimento da obrigação.

O estado atual do direito das obrigações, assinala Roberto Senise Lisboa, “exige um novo posicionamento sobre o assunto do pagamento das dívidas, que não pode fundamentar-se, lembra D’Aguanno, tão somente sobre uma ótica apriorística, estagnada na simples equação do descumprimento da obrigação e da sanção a ser aplicada em desfavor do devedor. O estudo da obrigação jurídica e seu alcance deve-se pautar por uma análise crítica obtida após a percepção dos elementos, antropológicos, históricos, políticos e religiosos, que possam contribuir para a determinação de meios alternativos da satisfação dos interesses do credor por prejuízos provados pelo devedor”⁴⁰³.

Uma vez “ultrapassada a noção absolutista do elemento volitivo para a conformação do contrato, impõe-se reconhecer não repousar na vontade dos contratantes, real ou declarada, a razão de ser da obrigatoriedade de suas estipulações. O contrato não deve ser cumprido apenas porque os contratantes assim o quiseram, mas porque a manutenção do vínculo e o cumprimento de suas estipulações interessam a toda a coletividade”⁴⁰⁴.

socioeconômica’ norteadora dos contratos, sua formação, desenvolvimento, revisão e equitativa execução. Em segundo lugar, a compatibilidade resulta da própria *littera* do Código, do seu espírito e estrutura. E, por fim, deriva da necessária interconexão entre o Código e a Constituição Federal, notadamente o seu catálogo de direitos fundamentais.” (Ibidem, p. 67)

⁴⁰³ SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

⁴⁰⁴ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 58.

Interessante comparação é elaborada por Nelson Rosenvald: “Traçando um paralelo, da mesma forma que um passageiro só alcançará o seu destino se as condições materiais da aeronave o permitirem, temos que a relação obrigacional parte da vontade dos seus partícipes (estrutura formal), mas apenas atinge o seu plano funcional pelo adimplemento, desde que respeitada a premissa material de boa-fé, legitimando o intuito dos parceiros.”⁴⁰⁵

O adimplemento ocorre pela execução da prestação promovida à luz da boa-fé e dos deveres a ela inerentes. A boa-fé funciona como vetor das prestações, orientando a atividade das partes em favor do fim perseguido e exigindo delas o atendimento de outros deveres, não explícitos, para a consecução do programa contratual. O cumprimento da obrigação está ligado diretamente à observância e atuação dos deveres que o comportamento leal, a confiança, a probidade, a solidariedade e a cooperação impõem a ambas as partes.

⁴⁰⁵ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

8 A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE DA OBRIGAÇÃO E AS REGRAS DO ADIMPLENTO

8.1 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO PRESSUPOSTO DE JUSTIÇA CONTRATUAL E CUMPRIMENTO EXATO DA OBRIGAÇÃO

A autonomia da vontade, que no passado liberal representava valor absoluto no direito contratual e sustentava a afirmação de que o contrato faz lei entre as partes, passou a ser considerada de outra forma na passagem para o Estado Social. Os limites da ordem pública a impor os efeitos ao negócio jurídico geraram uma nova concepção e agora se fala em autonomia privada. Este conceito novo, e melhor elaborado, ajustou a vontade ao valor que lhe confere o ordenamento jurídico em vigor. A vontade pode dar vida ao negócio jurídico, mas não determina os termos da sua tutela, definidos no sistema. Prevalece sobre a vontade interna a vontade externa e objetivamente considerada diante dos interesses do Estado Social concretizados no sistema jurídico. Essa transformação não é sinal de declínio da força da vontade nos negócios jurídicos, mas o ajuste do seu valor a novos interesses que estão fora da relação contratual.

A autonomia privada, a justiça contratual e a boa-fé são, como afirma Fernando Noronha, os três grandes princípios do direito dos contratos e compõem, de acordo com a sua opinião, a *ordem pública contratual*⁴⁰⁶.

Assim, “em vez de dizer que a liberdade contratual é *limitada* pela ordem pública, como se afirma no âmbito da concepção tradicional, diremos que os contratos estão sujeitos a três princípios de ordem pública, que se autodelimitam reciprocamente, para manterem uma relação de difícil equilíbrio, em permanente tensão: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. Perante esses três princípios, os demais constituirão a *ordem pública externa* dos contratos, já que atuam no âmbito do sistema maior, que é o ordenamento jurídico”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

⁴⁰⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 15.

O pressuposto natural de aplicação de todas as consequências da autonomia privada, especialmente a vinculação das partes ao exato cumprimento do que foi estabelecido no negócio jurídico, é a existência de uma igualdade entre as partes, uma equivalência de forças e poderes negociais, de modo que cada uma delas tenha oportunidade de ditar e influir nas cláusulas contratuais.

Sabe-se, porém, que hoje em dia “essa igualdade jurídica não tem correspondência no plano econômico, dado que em certos contratos uma das partes (como o produtor, ou a entidade patronal) tem maior força econômica e maior domínio da informação do que a outra (o consumidor ou o trabalhador). Nesse caso, a parte mais fraca pode ver-se constringida, por fraqueza negocial ou deficiente informação, a aceitar celebrar negócios em condições que normalmente não seriam por si aceites. Daí que a ordem jurídica tenha que abandonar um paradigma de tutela absoluta da autonomia privada para estabelecer, em certos casos, igualmente uma tutela da parte mais fraca, o que implica aceitar restrições pontuais à liberdade contratual. As razões para o fato de uma tutela da parte mais fraca não surgir nos quadros do Direito Civil clássico prendem-se essencialmente com o ideário liberal individualista, em que se basearam os Códigos, avessos à proteção do contratante débil”⁴⁰⁸.

A justiça contratual encontra-se “justamente na equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes”⁴⁰⁹. É, como afirma Fernando Noronha, “uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a ideia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. E, dentro dos contratos, o seu campo de eleição é, naturalmente, o *contrato comutativo*, que é aquele que pressupõe que uma relação de equivalência entre

prestação e contraprestação – e que, de resto, constitui a mais importante categoria contratual da vida real, e a mais comum”⁴¹⁰.

Se a justiça contratual não está mais na igualdade formal e na vontade declarada, ela está no equilíbrio de forças e no cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé. Não se pode afastar da ideia de justiça contratual, portanto, a exigência de cumprimento do dever de cooperação das partes na execução do contrato, quando a atuação reclamada pode ser atendida razoavelmente pela parte sem a imposição de sacrifício inaceitável, desde que mantida a utilidade da prestação.

Consequentemente, a vontade das partes não tem força absoluta para impor o cumprimento exato da obrigação, porque prevalece sobre ela os imperativos da ordem jurídica, cuja força cogente é capaz de ditar modificações contratuais necessárias ao atendimento dos interesses e valores encontrados no sistema.

A força da vontade das partes está ligada diretamente ao sistema jurídico, que pode dar às obrigações contratadas, guardadas as limitações necessárias, a forma necessária à sua legitimação, impondo deveres que não foram escritos, mas que estão presentes na ordem pública.

Compreendida a vontade no âmbito da autonomia privada, não haverá dificuldade em aceitar modificações no contrato dirigidas a atender aos interesses e valores presentes na ordem jurídica, de modo que a alteração da forma programada para a execução da obrigação, em certas hipóteses, não representa quebra do contrato, porque deve haver certa flexibilidade no princípio do cumprimento exato da obrigação.

Consequentemente, legitima-se a interferência judicial no contrato, não para modificar a vontade das partes ou criar obrigações que não desejaram, mas para salvá-lo do egoísmo, do individualismo e justamente preservar a vontade que foi programada para atingir um fim comum, que só pode ser alcançado juridicamente se observadas as regras imperativas da ordem jurídica.

⁴⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I. p. 25-6. Acrescenta o autor: “Efectivamente, o princípio da igualdade, instituído pela Revolução Francesa, era hostil à protecção de certas categorias de pessoas. Confiava-se, por outro lado, na soberania das partes nas convenções, já que através da negociação elas facilmente alcançariam as soluções mais justas. Assim expressavam as conhecidas fórmulas de Kant: ‘quando alguém decide alguma coisa por outrem é possível que cometa uma injustiça, mas nenhuma injustiça é possível quando se decide por si próprio’, e de Fouillée: ‘toda a justiça é contratual, quem diz contratual diz justo’. Nesse enquadramento, afirmada a plena harmonia de interesses assegurada pelos contratos, eles deveriam ser cumpridos, ainda que, como posteriormente se veio a reconhecer, aparecessem por vezes como instrumento de exploração do mais fraco (o consumidor ou trabalhador) pelo mais forte (o produtor ou a entidade patronal). Para além disso, o liberalismo económico exigia um forte abstencionismo do Estado, que se deveria limitar a assegurar as liberdades de comércio e de indústria, não podendo assim impor restrições baseadas nos direitos do contratante débil (*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*).” (Ibidem, p. 26)

⁴⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 213.

⁴¹⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 215. A ideia de justiça contratual não é aquela que predominou nos últimos duzentos anos, fundada na autonomia da vontade e na igualdade formal das partes. É a ideia, de acordo com o autor, de “*justiça substancial* ou *material*, ou, ainda, como diz Larenz, a *justiça compensatória*, que não se contenta com esta igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam adequadas contrapartida dos sacrifícios que assume” (Ibidem, p. 221).

8.2 A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE DA OBRIGAÇÃO E A FLEXIBILIDADE DAS REGRAS DO ADIMPLENTO

A rigidez no direito obrigacional se situa mais precisamente no princípio que reclama o cumprimento exato da obrigação. Defende-se, a partir da ideia de que a justiça está nos termos do contrato e de que a vontade tem valor absoluto, que a obrigação deve ser rigorosamente cumprida, na forma, tempo e lugar contratados. Qualquer desvio representa inadimplemento e autoriza a parte a resolver o negócio e exigir perdas e danos. Por isso o credor não está obrigado a aceitar em partes o que se convencionou entregar por inteiro, como não está obrigado a aceitar coisa diversa, ainda que de maior valor.

Não há dúvida de que o contrato, por tudo que representa socialmente, está assentado na força obrigatória que deve ter. Contrato que não obriga não é contrato. Não se propõe, por isso, o relaxamento do vínculo obrigacional e por isso não se sustenta a quebra dos princípios que se traduzem na intangibilidade do contrato.

O que se propõe é o reconhecimento de que o princípio que exige o exato cumprimento da obrigação comporta certa flexibilidade, não para descaracterizá-lo, mas, ao contrário, para que se possa encontrar os meios necessários à execução da obrigação, evitando o rompimento do contrato. Conduzir as partes ao cumprimento do contrato, ainda que de forma diversa daquela programada, é reconhecer a força obrigatória que ele tem.

No passado, “o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou flexibilidade, sacrificando-se alguns benefícios eventuais ao interesse comum das partes e ao interesse social”⁴¹¹.

Embora rigorosas as regras de adimplemento nos Códigos liberais, Pothier, a seu tempo, já defendia a possibilidade de pagamento parcial da prestação que se convencionou por inteiro, por decisão do juiz, em consideração da pobreza

⁴¹¹ WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 86.

do devedor. De acordo com a sua doutrina, “a regra que o credor não pode ser obrigado a receber por partes o que lhe é devido, enquanto a dívida não está dividida, recebe uma primeira exceção, quando no contrato há cláusula que a soma devida será dividida em certo número de pagamentos, v. gr. em dous, ou três; ou quando em consideração da pobreza do devedor o Juiz o ordena assim pela sentença condenatória. O credor é obrigado nestes casos a conformar-se ao contrato, ou à sentença de condenação”⁴¹².

Reconhece Orlando Gomes que a regra proibitiva de o devedor pagar em parcelas a dívida não é absoluta e anota duas exceções: a) a que é imposta pelo preceito segundo o qual os herdeiros do devedor, feita a partilha, só respondem, cada qual, em proporção da parte, que na herança lhe coube. b) a que decorre da insuficiência dos bens do devedor executado judicialmente; se não são bastantes, o credor recebe a parte cobrável, remanescendo o crédito na parte restante⁴¹³.

Acrescenta Pontes de Miranda outra hipótese de exceção: concurso de credores. O credor pode cobrar somente parte, embora tenha ação e pretensão pelo todo⁴¹⁴.

O credor tem o direito de exigir o cumprimento exato da obrigação, dada a intangibilidade da relação, da qual decorre o princípio da integridade da prestação. No entanto, há certas situações que a modificação da forma de execução da obrigação não é capaz de prejudicar o fim para o qual ela foi constituída e que representa o interesse de ambas as partes programado no processo obrigacional.

Pode ocorrer, como lembra Larenz, que o credor não tenha um interesse especial em receber a prestação imediatamente, quando se trata, por exemplo,

⁴¹² POTHIER, Robert. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Tradução de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906. t. II. p. 23. Era também, segundo Orosimbo Nonato, a doutrina de Dumoulin, segundo o qual “témoinne avoir vu diviser le payement, de la dette, afin de le rendre plus facile à des débiteurs malheureux et pauvres”. Registra Orosimbo Nonato que os juristas antigos também pensavam assim e lembra Delvincourt, Toullier, Bononne, Rodière, Zachariae, Aubry et Rau e Colmet de Santerre. Anota, ainda, que esses juristas sempre invocavam, entre outras lições, aquela encontrada na Bíblia, no Evangelho de São Mateus, que se refere à “parábola do credor incompassivo” (cap. 18, vv. 23-35). A referida passagem bíblica conta a condenação do servo credor que, tendo sido ouvido e perdoado pelo senhor quando exigido o pagamento de suas dívidas, não foi tolerante e igualmente compreensivo com o seu devedor, que lhe suplicava o pagamento em parcelas (NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações, segunda parte*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. I. p. 130-1).

⁴¹³ *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112-3.

⁴¹⁴ Na execução forçada e no concurso de credores, afirma Pontes de Miranda, “o credor tem de aceitar adimplementos parciais sobre os bens penhorados ou arrecadados (massa concursal). O credor pode cobrar somente parte, embora lhe caibam pretensão e ação pelo todo, ou dispor de parte do crédito” (*Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 196).

da entrega de uma quantidade de grãos, ou de batatas para armazenar ou coisas semelhantes. Nesses casos se permitirá ao devedor, afirma Larenz, à luz do princípio da boa-fé, realizar entregas parciais em curtos intervalos⁴¹⁵.

A boa-fé quebra o rigor da intangibilidade da relação obrigacional, que tem origem nos ideais do Liberalismo de um tempo já passado, e abre a possibilidade de uma nova interpretação para essas regras de adimplemento à luz de valores como a dignidade e solidariedade.

A interpretação moderna de Judith Martins-Costa defende exceções com fundamento na cláusula geral da boa-fé objetiva: “Muito embora a regra do art. 314 fixe a indivisibilidade do adimplemento, deve-se reconhecer que, na sociedade de massa, de indução exasperada ao consumo, na qual o crédito se tornou a principal moeda e a principal mercadoria, o número de casos em que o adimplemento se processa por partes é, quantitativa e qualitativamente, imenso, seja em razão de convenção, seja em razão dos usos. Assim os contratos de fornecimentos de certas mercadorias, como matérias-primas que não são consumidas na sua totalidade senão ao longo do tempo. Também aqui é chamado a operar o *topos*⁴¹⁶ da utilidade para o credor, e o princípio da boa-fé objetiva. Se a recusa em receber parcialmente a prestação se dever a caprichos, a motivos fúteis, de nenhuma importância para a utilidade que, objetivamente, será retirada da prestação, haverá violação ao dever de agir segundo a boa-fé. Também será a regra excepcionada, em atenção ao princípio da boa-fé, na hipótese de adimplemento substancial do contrato”⁴¹⁷.

⁴¹⁵ *Derecho de obligaciones*. t. I. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 254. Acrescenta o autor que o credor também não pode recusar a prestação quando lhe falte parte insignificante.

⁴¹⁶ A autora, ao se referir ao *topos*, indica a disposição do art. 395, parágrafo único, do Código Civil, que autoriza o credor a enjeitar a prestação que se tornou inútil em razão da mora. Explica que “a mencionada regra introduz o que, em metodologia da ciência do Direito, se denomina um *topos*, isto é, um ‘lugar comum’ ou ‘ponto de vista’. Neste caso, o *topos* é o da *inutilidade* da prestação, para o credor, que pode também ser perspectivado (de um ponto de vista positivo), como o *topos* da *utilidade da prestação*” (*Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo II – do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 250-1).

⁴¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 188. Em outra passagem, nos comentários ao art. 304, referindo-se ao *princípio da exatidão*, que assegura ao credor o direito de não receber parcialmente o cumprimento da obrigação, a autora escreveu: “[...] nas prestações derivadas de contratos bilaterais comutativos, conforme o conteúdo especial do contrato ou de sua natureza, se pode admitir a eficácia do cumprimento mediante prestação parcial, o que decorre do princípio da boa-fé, em sua funcionalidade limitativa do direito do credor, para se obstar certos efeitos, quais sejam, a resolução por inadimplemento ou o desapossamento do bem. Assim a hipótese, derivada de criação jurisprudencial no sistema do *common Law*, do adimplemento substancial, ou ‘*substantial performance*’, que vem tendo acolhida na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Cabe brevemente mencioná-la. A *substantial*

A questão da relatividade da regra que impõe a integridade da prestação está diretamente ligada à *utilidade* da obrigação para o credor, o que Agostinho Alvim já havia identificado para distinguir a natureza absoluta e relativa do inadimplemento⁴¹⁸. Judith Martins-Costa avançou ao determinar critérios para o exame da utilidade: “[...] é um interesse objetivado, e uma utilidade objetiva, que devem ser recortados à vista da operação econômica em causa, é dizer: do que as partes dispuseram no comum regulamento de interesses. O juiz deve apreender o interesse e a utilidade com base na natureza da prestação e das regras comuns de experiência (CPC, art. 335). Não há, pois, ‘arbitrio judicial’ (com tudo que essa expressão ressoa de voluntarismo), mas verdadeiramente, um *poder-dever* de detectar, entre os elementos *objetivos* e os elementos *subjetivos* da prestação, a possível inutilidade. Assim, a jurisprudência, ao analisar a totalidade dos interesses em causa e a concreta utilidade que resulta do programa contratual, tem decidido ora pelo ‘adimplemento substancial’ do contrato, rejeitando a resolução, ora pelo seu ‘inadimplemento fundamental’, conduzindo, aí sim, à via resolutória.”⁴¹⁹

8.2.1 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Em outras situações hoje se reconhece a flexibilidade das regras do inadimplemento, como ocorre na aplicação da teoria do inadimplemento substancial, na qual se insere o princípio da boa-fé como limitador da autonomia da vontade.

performance, ensina Couto e Silva, constitui o ‘adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização’, suposta, naturalmente, a execução. Isto significa dizer que o essencial da prestação foi cumprido, sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor que, ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório” (Ibidem, p. 111-2).

⁴¹⁸ Agostinho Alvim afirmou que “o critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica; na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa. [...] A mora converte-se em inadimplemento absoluto, quando a prestação, por causa dela, se tenha tornado inútil ao credor” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 45 e 48).

⁴¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 254-5. A autora se refere, também, com apoio na doutrina de Teresa Negreiros (Teoria do contrato), ao critério da “essencialidade do bem”, estabelecido a partir do “paradigma da essencialidade”, que expressa uma “pauta de valoração a ser considerada na apreciação do bem ou utilidade instrumentalizada pelo contrato”, porquanto “as necessidades humanas não podem ser um elemento ao qual a teoria contratual se mantenha indiferente”. E concluiu: “Esta ‘essencialidade’ há de se refletir, necessariamente, no *topos* da utilidade, servindo como critério auxiliar na configuração da mora ou do inadimplemento definitivo” (Ibidem, p. 262-3).

Afirma Teresa Negreiros, com apoio na doutrina de Anelise Becker: “ainda que o contrato ou mesmo a lei preveja a rescisão, esta pode ser contrária à boa-fé se o adimplemento ‘... consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas’. Neste caso, o prejuízo do credor compõe-se em perdas e danos, já que a comutatividade do contrato não resta maculada. A ‘substancialidade’ do adimplemento, avaliada casuisticamente, deverá ter em vista ‘a função econômico-social perseguida pelo contrato como sua causa’. A fundamentação da teoria do adimplemento substancial no princípio da boa-fé revela, portanto, a projeção desta como um limite ao exercício de direitos subjetivos, na medida em que estes passam a ser vinculados a uma função social, tornando-se por isso, relativos à finalidade, também social, da relação jurídica em causa.”⁴²⁰

A hipótese do adimplemento substancial é solução vista por Nelson Rosenvald contra o desleal exercício de direitos, impedindo o exercício do direito potestativo de resolução do contrato pelo credor em face de um mínimo descumprimento da obrigação, quando o juiz está autorizado a apreciar a gravidade da falta em relação ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato⁴²¹.

Por isso Almeida Costa afirma que “o princípio da boa-fé obstará a que seja lícito ao credor recusar o cumprimento parcial sem um motivo sério. Assim, por exemplo, se a prestação oferecida corresponde praticamente à devida e nenhum dano resulta para o credor do não recebimento imediato da diferença. Caberá invocar a solução paralela do nº 2 do art. 802º, que impede

⁴²⁰ *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 250-1.

⁴²¹ *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 135. A propósito da situação de “inadimplemento substancial” e da faculdade de o credor exigir a resolução do contrato diante de falta de menor relevância, o jurista italiano Cesare Massimo Bianca esclarece que neste caso, o inadimplemento se converte em pretexto para um ato abusivo e preconiza a valoração concreta sobre os efeitos do inadimplemento sobre os interesses do credor. Vale reproduzir as suas palavras: “Más allá de las hipótesis en las cuales a los fines de la resolución del contrato la importancia del incumplimiento haya sido preventivamente evaluada por las partes mediante una estipulación del término esencial o la cláusula resolutoria expresada, es necesaria una evaluación en concreto de la incidencia que el retardo o el incumplimiento ha tenido con respecto al interés del acreedor. La regla del Código Civil que niega la resolución del contrato en presencia de un incumplimiento de escasa importancia (art. 1455) se halla moldeada sobre el principio de la buena fe. Resolver el contrato a causa de un incumplimiento de pequeña entidad significa efectivamente valerse del remedio resolutorio no ya para tutelar el interés lesionado por el incumplimiento sino para liberarse de un contrato considerado ya no conveniente. El incumplimiento se convierte así en el pretexto para un acto abusivo, que penaliza a la parte destinataria sin ser justificado por un interés relevante.” (BIANCA, Cesare Massimo. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo. In: CORDOBA, Marcos M. (Dir.); CORDOBERA, Lidia M. Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: LaLey, 2004. v. 2. p. 203)

o credor de resolver o negócio, ‘se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância’. Afasta-se, em suma, a recusa da prestação que signifique um puro arbítrio ou capricho. A situação aproxima-se do abuso do direito. Mas parece óbvio que, verificando-se tais hipóteses, o devedor não fica exonerado do que resta da prestação”⁴²².

8.2.2 REVISÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA E OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR POR ATO ILÍCITO

Celso Quintella Aleixo também vê exceções ao princípio da identidade ou da correspondência da obrigação lembrando que “é permitida a modificação do objeto da prestação na hipótese de revisão contratual, quando fato superveniente e imprevisível a tornar excessivamente onerosa”⁴²³.

A sentença que acolher o pedido de revisão do contrato determinará uma nova forma de execução da obrigação.

Acrescenta o autor outra situação bem exemplificativa da possibilidade de modificação do objeto da prestação: “Nas obrigações decorrentes de atos ilícitos, a regra geral, prevista no art. 944 do novo Código, é que a indenização deve corresponder à integralidade do dano. O mesmo artigo, todavia, concretizando o princípio constitucional da solidariedade no direito das obrigações, permite que caso haja excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, a indenização pode ser reduzida equitativamente. Esta exceção à regra somente pode ser aplicada pelo juiz em situações realmente diferenciadas, e em uma proporção harmoniosa e comedida.”⁴²⁴

⁴²² *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina. p. 873-4. O autor cita vários exemplos em que o credor é obrigado a receber em parte o seu crédito. Embora referentes ao Direito português, as hipóteses são também pertinentes ao Direito brasileiro e por isso vale anotá-las: a) o art. 39º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças determina que o portador de uma letra não pode recusar qualquer pagamento parcial feito por conta dela. Igual disciplina se estabelece no art. 34º da Lei Uniforme sobre Cheques; b) outra exceção está consagrada pelo art. 784º, n. 2, do Código Civil, em matéria de imputação do cumprimento na hipótese de um indivíduo ser credor de outro por várias dívidas, o devedor possa pagar apenas uma delas sem pagar as outras e se o devedor não designar o pagamento, por força de regras supletivas, a prestação se presumirá feita rateadamente por conta de todas as dívidas, mesmo com prejuízo do princípio do cumprimento integral; c) se as duas dívidas recíprocas a compensar não forem de igual montante, produz-se uma compensação parcial (art. 847º, n. 2) (Ibidem, p. 874-5).

⁴²³ Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 294.

⁴²⁴ ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 294.

8.2.3 O SUPERENDIVIDAMENTO

Há outra situação que tem preocupado a doutrina, especialmente ligada ao Direito do Consumidor, que reclama prevenção e tratamento no âmbito da proteção contratual. Cuida-se do superendividamento, que pode ocorrer de forma *ativa*, quando o devedor contribui ativamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, ou de forma *passiva*, quando circunstâncias não previsíveis, como desemprego, divórcio, doença, acidente etc., prejudicam seriamente a capacidade de pagamento do devedor.⁴²⁵

Especialmente nos casos de superendividamento passivo, as circunstâncias apontadas, como o desemprego, doença na família, queda nas vendas, que não podem ser consideradas para aplicação da teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva, passam a constituir uma causa legítima para impor ao credor o dever de renegociação, fundado nos deveres anexos da obrigação decorrentes da boa-fé objetiva, evitando-se o desfazimento ou rescisão do contrato. O novo, aqui, afirma Cláudia Lima Marques, “é a aceitação de circunstâncias subjetivas passivas, como a perda do emprego, acidentes, divórcios etc., como causas possíveis de inadimplemento sem culpa; o novo aqui é o dever de cooperar e renegociar; o novo aqui é a aceitação da teoria do adimplemento substancial a favor dos consumidores, como tem feito a jurisprudência. Efetivamente, o outro lado da moeda do direito de rescisão pelo consumidor, é a nova imposição da jurisprudência de continuação dos contratos de consumo inadimplidos, se o inadimplemento do consumidor não foi ‘substancial’ ou importante”⁴²⁶.

⁴²⁵ Geraldo de Faria Martins da Costa publicou importante estudo da matéria e faz, a partir da comparação com o Direito francês, a seguinte observação a respeito do superendividamento ativo: “Constatando-se que à realidade do fenômeno do superendividamento ativo – proveniente da acumulação inconsiderada de dívidas – se substituiu progressivamente a de um superendividamento passivo – ligado a uma redução brutal dos recursos devida às áleas da vida –, o legislador considerou ser necessária a busca de uma saída de socorro em favor dos casos mais desesperados, visto que o superendividamento não é mais um fenômeno limitado às cigarras do crédito, envolvidas pelas ondas de consumo dos anos 80, e que levavam um modo de vida acima dos seus meios. Hoje, este tipo de superendividamento – chamado ativo – está em via de desaparecimento progressivo. Ou melhor, o fenômeno do superendividamento mudou de perfil. As comissões departamentais de tratamento das situações de superendividamento recebem um crescente número de dossiês vindos de famílias sem recursos, que não se utilizaram do crédito ao consumo, mas que se encontram impossibilitadas de pagar suas dívidas corriqueiras, tais como, alugueis, contas de energia e impostos: o superendividamento dos últimos anos tornou-se um espelho da exclusão social.” (*Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109)

⁴²⁶ Cláudia Lima Marques escreveu no prefácio à obra *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25), de Geraldo de Faria

Na França, pelo *Code de la Consommation*, o superendividamento de pessoas físicas e por dívidas não profissionais recebe tratamento legal. Tratar as situações de superendividamento⁴²⁷, escreveu Geraldo de Faria Martins da Costa, com apoio em Calai-Auloy e Steinmetz, “é acordar ao devedor prazos de pagamento, até mesmo remissões de dívida, de maneira a evitar a sua ruína completa, e se possível, a restabelecer sua situação. No espírito do legislador, a proteção do devedor é, pois, essencial. Os interesses dos credores não são ignorados, mas eles são tratados de maneira subsidiária. Reencontra-se aqui a finalidade do direito do consumo: proteger aquele que se encontra em situação de fraqueza. Trata-se de estabelecer um plano que permita ao devedor sair da situação de superendividamento e de endireitar a sua situação financeira”⁴²⁸.

Explica Geraldo de Faria Martins da Costa que o plano, de acordo com o art. L. 331-6 do *Code de la consommation*, “pode estabelecer medidas de adiamentos ou de escalonamentos dos pagamentos das dívidas por um período de até oito anos, de redução ou de supressão de taxas de juros, ou até mesmo o perdão de dívidas. O plano pode subordinar estas medidas ao cumprimento, pelo devedor, de atos próprios a facilitar ou a garantir o pagamento da dívida. Ele pode, também, subordiná-las a abstenção pelo devedor de atos que agravariam sua situação financeira”⁴²⁹.

A aplicação das medidas legais de tratamento da situação de

Martins da Costa.

⁴²⁷ Esclarece Geraldo de Faria Martins da Costa que a Lei francesa não estabeleceu uma base mínima a partir da qual um devedor pode ser considerado superendividado. “É a comparação do passivo e do ativo do devedor que permite à comissão – e ao juiz – apreciar as possibilidades deste de fazer face ao conjunto de suas dívidas, sempre se levando em conta as necessidades elementares do interessado e de sua família.” (Ibidem, p. 119)

⁴²⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Op. cit., p. 114-5. Explica o autor que o processo, na França, se abre por iniciativa exclusiva do devedor perante as Comissões de Superendividamento dos Particulares (*Commissions de surendettement*) instituídas em todos os Departamentos da França. A Comissão deve examinar as condições de admissibilidade da demanda, especialmente a boa-fé do devedor. Acrescenta o autor: “A boa-fé é presumida. A carga da prova em contrário pertence aos credores e às comissões. Para que a demanda não seja admitida estes precisam provar a má-fé do devedor. A acumulação de numerosos créditos não abala a presunção de boa-fé, tendo-se em vista que uma situação de superendividamento pressupõe a acumulação de dívidas. A boa-fé deve ser apreciada não somente no momento da apresentação da demanda, mas também na fase anterior à abertura do procedimento de tratamento da situação de superendividamento, quer dizer, para apreciá-la, é preciso voltar ao passado, ao momento no qual o superendividamento aparece e se desenvolve, ou seja, o mais frequentemente, quando da conclusão dos contratos de empréstimo. Paisant precisa que a ausência de boa-fé é ordinariamente ligada a um comportamento deliberado do interessado que continua se endividando mesmo sabendo que não poderá saldar seus compromissos.” (Ibidem, p. 116-7)

⁴²⁹ *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121-122. Acrescenta o autor que “uma cláusula de retorno a uma melhor fortuna é sempre subentendida no plano de recuperação. Isto significa que os credores têm a faculdade de pedir o seu reexame em caso de retorno significativo a uma melhor fortuna do devedor durante a execução do plano” (Ibidem, p. 122).

superendividamento, segundo Geraldo de Faria Martins da Costa, “deve almejar a garantia dos meios essenciais de existência do devedor. A lei (francesa) exige a garantia de que se chama do *reste à vivre*, que se define pela diferença entre os recursos e o que é comprometido pelos pagamentos. Isto quer dizer que o montante dos pagamentos devidos em virtude do plano convencional de recuperação ou em virtude de uma recomendação dotada de força executiva ou, ainda, de uma decisão do juiz competente deverá deixar ao interessado uma parte de recursos ao menos equivalente à renda mínima de inserção a fim de que ele possa fazer face às despesas da vida cotidiana”⁴³⁰.

A ilimitação do comprometimento do patrimônio do devedor como garantia do pagamento das dívidas teve, observa Roberto Senise Lisboa, “efeitos colaterais, suprimindo-se ao devedor e a seus familiares, em vários casos, qualquer perspectiva de subsistência. Não se pode permitir que o direito obrigacional seja utilizado como forma de humilhação pessoal ou atentado aos direitos da personalidade. O superendividamento precisa ser analisado como fenômeno social, adotando-se maneiras de minorar os efeitos funestos sobre credores e devedores em geral”⁴³¹.

8.2.4 A FLEXIBILIDADE DO CONTRATO E OS MODERNOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS EUROPEUS

Em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, sustenta Arnaldo Wald, “conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos seus interesses, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, com maior ou menor densidade, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais”⁴³².

⁴³⁰ *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

⁴³¹ *Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

⁴³² Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 86.

Invocar-se um artigo isolado do Código Civil para sustentar-se um direito, muitas vezes predominantemente individualista ou baseado na ideia de poder absoluto da vontade, afirma Giovanni Ettore Nanni, “pode não mais representar a correta posição hoje preponderante, uma vez que o direito é um sistema global, em que a concepção do direito civil constitucional torna ainda mais clara essa visão do sistema em que o ordenamento jurídico é formado”⁴³³.

Trata-se “de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Essas modificações surgiram tanto na jurisprudência quanto em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão que se deu do conceito de boa-fé e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir”⁴³⁴.

Num mundo em que nada mais é absoluto, assiste inteira razão a Arnaldo Wald quando afirma que o contrato, “para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada”⁴³⁵.

Por isso, no início do terceiro milênio, “é preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige o reconhecimento de uma nova estrutura. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade”⁴³⁶.

⁴³³ A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2001. p. 166.

⁴³⁴ WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 87. O autor acrescenta: “Por outro lado, também exerceram importante influência sobre a nova conceituação do contrato as normas extravagantes e as chamadas leis de emergência, assim como certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor e o desenvolvimento que passou a ter a equação contratual no direito administrativo.” (Ibidem, p. 87)

⁴³⁵ Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87. Continua o autor: “O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira novidade para os juristas clássicos, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje, que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança. Assim autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos se tornaram relativas, pois o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade é mais ou menos extensa.” (Ibidem, p. 88)

⁴³⁶ WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 88-9.

O anteprojecto do Código Europeu dos Contratos, que constitui verdadeira teoria geral dos contratos e que deve orientar a aplicação do direito nos países da comunidade europeia, admite a possibilidade de dilação de prazo para o cumprimento das obrigações, concedido pelo juiz por motivos razoáveis. Está é a redação do respectivo dispositivo: “Art. 96. *Mora del deudor* 1. No puede considerarse que el deudor incurre en mora: a) si no se ha pactado para el cumplimiento ninguna fecha final, ni término constituido por un periodo determinado de días, meses o años, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor, por escrito, el cumplimiento de la obligación fijándole un plazo razonable; b) si el acreedor o el juez han concedido previamente al deudor un plazo adicional para el cumplimiento.”⁴³⁷

O aprazamento está sujeito a certos requisitos: “Si el acreedor o el juez han concedido al deudor la facultad de pagar a plazos la deuda, éste pierde el

⁴³⁷ Em outros dispositivos há regra semelhante: “Art. 92. *Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada*. 1. La obligación de entregar una cosa cierta y determinada se considera incumplida si la cosa no se entrega antes del término y de la manera prevista, o si se entrega pero presenta defectos, o si se entrega una cosa diferente o que pueda ser tenida por tal, a menos que en los distintos casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios: a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término o que ésta le sea concedida por el juez por motivos razonables; [...] Art. 93. *Incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas*. La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas solamente por su género se considera incumplida si no se entrega antes del término y de la manera prevista, si lo entregado es de una calidad o en una cantidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios: a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de las que no han sido entregadas todavía, o que dicha prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables; Art. 94. *Incumplimiento de una obligación de hacer*. 1. La obligación de hacer se considera incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o utilizando cosas o materiales inapropiados, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios, el acreedor o el juez otorguen al deudor un plazo para la finalización de la obra, o para la eliminación de los defectos, o para la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de cosas o de materiales inapropiados que hayan sido empleados, siempre que tales reparaciones y sustituciones puedan considerarse razonables en virtud del contrato, de los usos, o de la buena fe.” (Tradução para o espanhol de Gabriel García Cantero, Catedrático de Direito Civil, Emérito da Universidad de Zaragoza e Membro da Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavia. Disponível em: <www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC>. Acesso em: 06 jan. 2010). É oportuno reproduzir as palavras do jurista espanhol que participou da elaboração do anteprojecto e fez a tradução para o espanhol: “Conviene precisar *ab initio* el valor efectivo que posee *per se* esta Parte General del Código europeo de contratos, también conocido como *Proyecto de Pavia* (por tener en esta bella ciudad su sede la Academia de Jusprivatistas Europeos que lo ha patrocinado y gestado), y también *Proyecto Gandolfi* (por alusión al nombre de su impulsor y coordinador, verdadero *factotum* de esta ambiciosa e ilusionante empresa), y cuya traducción al español ofrecemos a continuación. Ante todo conviene aclarar que ni el Proyecto Gandolfi, ni su paralelo el *Proyecto Lando*, disfrutaron, por ahora, de ningún carácter oficial, perteneciendo más bien a lo que durante el siglo XIX se designó en Alemania como manifestación del *Professorenrecht*. Es verdad que ambos Proyectos, en alguna manera, han sido ‘oficializados’ por los organismos europeos, ya sea por haberlos, en cierto modo, ‘autorizados’ a lo largo de su elaboración, o bien por haber sido ‘presentados’ ante aquéllos, aunque carecen de cualquier mínima fuerza de obligar, por no haberlos hecho suyo la UE; en consecuencia, no poseen más autoridad que la científica de quienes los han elaborado. Pero resulta innegable que ambos Proyectos han surgido, *hic et nunc*, oportunamente, en la presente coyuntura histórica, y no en otra, de modo que cualquiera de ellos, o ambos a la vez, podrían ser adoptados oficialmente por la UE, o servir de base al que, en fecha no lejana, se promulgue definitivamente por aquélla” (Idem).

beneficio del aplazamiento si no efectúa un desembolso superior a la octava parte de la deuda” (art. 110.2)⁴³⁸.

No mesmo sentido a exigência de fixação de prazo adicional de cumprimento da obrigação para a resolução do contrato encontrada no art. 8.106 dos *Princípios de Direito Europeu de Contratos*: “En caso de retraso en el cumplimiento, que no sea sustancial, la parte perjudicada que hubiera notificado la fijación de un nuevo plazo de una duración razonable, puede dar por terminado el contrato al finalizar ese período.”⁴³⁹

Também se vê a relativização das regras sobre a execução da obrigação nos *Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais (2004)*, cujo art. 6.1.3 admite a oferta de cumprimento parcial da obrigação se o credor não tem legítimo interesse para recusá-la⁴⁴⁰.

8.2.5 A RELATIVIDADE DAS REGRAS DE ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO

A relativização das regras de adimplemento é, como visto, um imperativo de justiça nas relações obrigacionais e um fenómeno presente nos movimentos de universalização ocidental do direito privado. Não há mais aceitação no moderno direito contratual das posições absolutas fundadas na antiga autonomia da vontade.

O superamento das vicissitudes da execução das obrigações passa pela razoável flexibilização das regras que, no modelo liberal, enrijeceram para

⁴³⁸ Cuida este dispositivo do prazo suplementar e benefício de pagamento a prazo concedido ao devedor: “Art. 110. *Plazo suplementario y beneficio de pago a plazos* 1. Si el acreedor o el juez han concedido un plazo suplementario al deudor que todavía no ha iniciado el cumplimiento o que sólo lo ha efectuado parcialmente, el acreedor no puede, hasta el vencimiento del término, hacer uso de los remedios previstos en los artículos siguientes, a reserva de la facultad de solicitar al juez medidas cautelares o la suspensión de tal plazo, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios. 2. Si el acreedor o el juez han concedido al deudor la facultad de pagar a plazos la deuda, éste pierde el beneficio del aplazamiento si no efectúa un desembolso superior a la octava parte de la deuda.” (Tradução para o espanhol de Gabriel García Cantero, Catedrático de Direito Civil, Emérito da Universidad de Zaragoza e Membro da Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavia. Ibidem).

⁴³⁹ Tradução para o espanhol de DIEZ-PICAZO, Luis; TRIAS, E. Roca; MORALES, A. M. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002. p. 63.

⁴⁴⁰ Assim está disposto no referido dispositivo: “El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.” (Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-spanish.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2010)

atender interesses que não estão mais presentes no Estado Social. Vencer o egoísmo, o abuso e o individualismo exige a aplicação inteligente das regras de adimplemento, colocadas finalisticamente em proveito não só do interesse das partes, mas da sociedade, num processo de humanização das relações que está hoje amparado e promovido pela Constituição.

O jurista espanhol Díez-Picazo, a propósito da boa-fé objetiva como vetor moralizador das relações econômicas, afirma este movimento humanizador das relações obrigacionais a partir da segunda década do século passado, observando uma corrente de pensamento dentro do direito privado que, em paralelo com a superação do literalismo na interpretação, propugna a introdução de correntes de moralização nos negócios jurídicos com o fim de impedir resultados que de outra forma se consideram contrários aos postulados da justiça⁴⁴¹.

Ainda é oportuno assinalar que a flexibilização das rígidas regras de adimplemento e a possibilidade de criteriosa dilação da execução da obrigação ou divisibilidade da prestação são, nos casos justificados, medida de justiça. A propósito da defesa de solução semelhante, embora por outro fundamento, o jurista argentino Esteban Louge Emiliozzi, ao qual recorreremos diversas vezes, afirmou que justo há de ser o regime humanista, que só o será na medida em que seja tolerante, respeitoso da pessoa humana em sua complexidade e considere a cada homem como um fim em si mesmo e não como um mero meio⁴⁴².

⁴⁴¹ De acordo com Luis Díez-Picazo, “La idea que presidía el ordenamiento tradicional de las relaciones económicas, podía considerarse asentada sobre la regla de que jurídicamente los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos (*pacta sunt servanda*) y de que, en orden al cumplimiento, hay que atenerse ante todo a la letra del contrato. La raíz última de estas ideas se puede encontrar en la necesidad de certidumbres y de seguridad sobre la que debe fundarse el mundo de los negocios. De conformidad con esta línea de pensamiento, los arreglos de intereses privados que son los negocios jurídicos, se rigen por las reglas de derecho por encima y más allá de las concepciones dimanantes de la moral. Desde la segunda década del siglo pasado, sin embargo, puede observarse una corriente de pensamiento dentro del Derecho privado, que, en paralelo con la superación del literalismo en la interpretación, propugna la introducción de corrientes de moralización en los negocios jurídicos con el fin de impedir resultados que de otra manera se consideran contrarios a los postulados de la justicia.” (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 2007. v. I. p. 59)

⁴⁴² LOUGE EMILIOZZI, Esteban. *La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 141. O autor acrescenta: “[...] el instituto propuesto es humanista porque atiende en primer término a los impulsos psicológicos de la persona humana. Como dijo Miguel Unamuno, es necesario abandonar las abstracciones –a las cuales es tan proclive la dogmática jurídica– y pensar nuevamente en el hombre de carne e hueso. Él debe ser el protagonista del derecho, y en Él debemos pensar los operadores del derecho cuando buscamos soluciones que resuelvan con justicia los conflictos. Invocar el principio según el cual ‘el patrimonio es la prenda común de los acreedores’ para pedirle a un hombre que se deje ejecutar mansamente, es como solicitarle a un condenado a muerte que no intente una nueva defensa. El hombre común necesitado de tiempo, hará como Fausto: si es necesario, pactará con el diablo para conseguirlo. ¿Por qué no otorgale ese tiempo desde el derecho procesal, tal como lo hace el derecho de fondo? El derecho se debe pensar desde el hombre, con sus

O princípio da integridade do cumprimento da prestação, portanto, admite exceções. A sua flexibilização está diretamente ligada à boa-fé objetiva e aos deveres de cooperação e solidariedade.

São estas as bases para aplicação de uma nova interpretação que reconhece a relatividade das regras do adimplemento do contrato, especialmente aquela definida no art. 314 do Código Civil, cujo rigor deve ser temperado com a aplicação do princípio da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

À doutrina e à magistratura, nas palavras de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “cabe romper definitivamente com a tradição liberal e individualista, buscando construir um direito obrigacional coerente com a legalidade constitucional, que se proponha não à manutenção neutra e acrítica de uma pretensa submissão do devedor ao credor, mas à proteção de interesses compatíveis com a dignidade humana, com a solidariedade social e com a igualdade substancial, caracterizando a tendência à eticização das relações negociais. A persecução desse objetivo – que corresponde ao ditado constitucional – consiste na premissa metodológica que deve guiar a interpretação do direito das obrigações no Código Civil”⁴⁴³.

Os códigos geralmente não surgem muito bons, observa Renan Lotufo, “mas, pouco a pouco, com o trabalho da doutrina e da jurisprudência, vai-se lendo o que neles não está escrito, deixando-se de ler, muitas vezes, o que nele está e, no final de certo tempo, por força da sua utilização, da comutação dessas lacunas, da eliminação de certos princípios da sua literalidade, o código vai melhorando e, no final de certo tempo, já se considera que é um bom código”⁴⁴⁴.

A mudança de paradigmas incomoda o espírito conservador do civilista e as novas soluções encontradas para antigos problemas se afiguram às vezes teratológicas diante da velha lógica subsuntiva. Por isso, já observava Orlando Gomes que “passando o modo de agir na sociedade a se condicionar a interesses coletivos, vigilantemente defendidos pelo Estado e por grupos de potencialidade social desenganada, a quantidade das ações orientadas nesse

grandezas e sus bajezas, sus angustias, sus impulsos, sus sueños, sus ambiciones, sus temores, sus odios y sus amores, sus anhelos y sus frustraciones. Humildemente, creo que el ‘allanamiento con cumplimiento diferido’ se pensó desde el hombre. Y por eso es justo.” (Ibidem, p. 142)

⁴⁴³ *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 3.

⁴⁴⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 5-6.

sentido converte-se necessariamente em qualidade, isto é, determina novo tratamento, a que se tornaram imprestáveis princípios, construções e conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta. Os juristas acadêmicos, atônitos diante de novos fatos que desacreditam velhos conceitos, encaram como insuportáveis monstruosidades jurídicas as soluções criadas para atender às novas exigências da convivência social, e tentam reduzir os fatos novos aos conceitos tradicionais a que repugnam. Mas o esforço que fazem nesse sentido tem concorrido apenas para avivar a incompatibilidade”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 5-6.

9 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CONTRATO E O ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO

9.1 A POSIÇÃO DO CREDOR NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL E A TENDÊNCIA DE HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS

O modelo clássico-liberal do direito contratual deixou um legado difícil de ser removido na prática dos operadores do Direito. O credor que tudo pode e que não deve satisfação a ninguém, continua no olimpo, protegido pela letra liberal das leis em vigor que lhe assegura, literalmente, o direito de não aceitar o parcelamento da dívida, porque não está obrigado a receber em partes se assim não se ajustou (art. 314, CC), assim como não está obrigado a conceder prazo algum para a execução da obrigação.

O poder absoluto do credor no exercício do direito já trazia inquietações a Georges Ripert, motivando-o a escrever obra clássica intitulada *A regra moral nas obrigações civis*. O credor de posse do seu direito procura esgotar-lhe as prerrogativas; foi adquirindo regularmente um poder sobre o devedor; fez sentir a sua força. Pouco importa, afirmou Ripert, “que na exploração regular do seu direito, venha a lesar a outrem. Tem por si a autoridade das máximas: *neminem laedit qui suo jure utitur*; a lei não se ocupa desta lesão, e porque havia de se ocupar: *nullus dolo videtur facere*, ele não é culpado. Contra a força destas máximas jurídicas tradicionais a moral protesta. Também ela condensa o seu mandamento numa máxima que não conseguiu, sob a forma que lhe foi dada, entrar no mundo jurídico: *summum jus, summa iuria*. É a maior injustiça que se pode cometer, pretender tirar de um direito as vantagens supremas que ele pode comportar. Eis que de novo a lei moral suspende a aplicação lógica e rigorosa da regra jurídica interditando ao titular dum direito positivo servir-se deste direito contra alguém desde que com isso cause ruínas superiores às vantagens que tira”⁴⁴⁶.

Impressionados pela clareza da lei, os operadores do Direito aceitam resignados a negativa do credor ao pedido de fracionamento ou dilação da

⁴⁴⁶ *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 139.

prestação, porque reconhecem nesta negativa direito absoluto do credor. É assim porque o devedor está restrito ao fiel e exato cumprimento do que foi escrito e assinado. E a velha máxima – *pacta sunt servanda* – é frequentemente pronunciada em favor do credor, que tem a palavra final sobre, muitas vezes, trágicas consequências para o devedor, que será levado ao máximo do sacrifício e à perda, não só de bens, mas da dignidade humana, para o cumprimento da obrigação. Tudo em favor de valores liberais que foram seriamente abalados na passagem para o Estado Social e reformulados pela Constituição Federal de 1988.

Não se justifica, de acordo com Roberto Senise Lisboa, “a realização a qualquer custo de uma prestação patrimonial que acarreta uma violação ao direito personalíssimo do devedor. A exigibilidade do cumprimento da obrigação pressupõe a abertura dada pelo sistema jurídico a fim de se obter a satisfação do crédito sem o sacrifício dos *direitos extrapatrimoniais* que, por sua natureza, podem ser encontrados em uma pessoa”⁴⁴⁷.

É necessário repensar a relação obrigacional com base nos valores maiores do ser humano. As relações obrigacionais devem ser, destarte, humanizadas, de acordo com as novas proposições que recentes modificações legais trouxeram a um mundo que foi governado por muito tempo pelos ideais liberais, agora vencidos por uma nova realidade do tráfico jurídico e pelos interesses do Estado Social.

Partindo-se do primitivo Direito Romano ou, para não situar a observação em ponto mais distante, dos Códigos do último século, é fácil perceber essa tendência de humanização do direito das obrigações na instituição do bem de família legal, na impenhorabilidade de certos bens, na lesão, no estado de perigo, na imprevisão, no abuso de direito, na proteção ao consumidor entre outros institutos⁴⁴⁸.

Orienta-se modernamente o direito das obrigações, assinala Orlando Gomes, “no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico. Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na

⁴⁴⁷ *Manual de Direito Civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

⁴⁴⁸ A propósito dessa tendência de humanização das relações obrigacionais e do próprio direito privado, escreveu o jurista argentino Esteban Louge Emiliozzi, que outros institutos propendem à proteção do devedor mediante um mecanismo muito específico que é a *flexibilização do tempo de cumprimento da obrigação*. E lembra, por exemplo, o prazo de graça, os concursos preventivos, as moratórias, a indenização em forma de renda, o benefício de competência e a suspensão do cumprimento das obrigações (*La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 4).

órbita política e econômica o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes”⁴⁴⁹.

O credor não pode se furtar hoje ao dever de cooperação e solidariedade que a Constituição Federal e o princípio da boa-fé objetiva impõem à relação obrigacional. Deve emprestar a sua vontade, cooperativa e solidariamente, à modificação ou renegociação da obrigação que for necessária a dar ao devedor os meios para a execução da obrigação, porquanto o adimplemento do contrato não é um interesse que está submetido inteiramente à sua vontade, visto que a relação contratual e o seu rompimento têm reflexos sociais.

Não se pode deixar de reconhecer que essa tendência de humanização das relações obrigacionais e a imposição de deveres de cooperação e solidariedade somam complexidade e tensão entre credor e devedor. Também não se pode imaginar que essa tendência promova uma mudança unidirecional nesta importante área do Direito. Por isso cabe a advertência de que não se defende o relaxamento do vínculo obrigacional e a anulação dos deveres assumidos pelas partes⁴⁵⁰.

Encontramo-nos, portanto, em uma nova etapa, como afirmam Ramón Daniel Pizarro e Carlos Gustavo Vallespinos, uma etapa “signada por la pérdida de vigencia numerosos criterios imperantes hasta entonces, y por la necesidad de buscar nuevas respuestas. El derecho de las obligaciones experimento, como pocos, los efectos de estas mutaciones. Cambió su espíritu. Mitigó el rigor individualista heredado de la Revolución Francesa abriendo las puertas a principios solidaristas, que procuran un mejor equilibrio de los intereses comprometidos, a partir de una nueva dimensión social y económica”⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 1-2.

⁴⁵⁰ Como afirma Esteban Louge Emiliozzi, há de se notar que esta especial consideração que começou a merecer o devedor nas últimas décadas da evolução do direito das obrigações não implicou o esquecimento da figura do credor. É que a economia de mercado deve proteger o crédito, porque ele supõe confiança na vontade de cumprir uma promessa e convicção na capacidade de pagamento do devedor. E acrescenta que o direito das obrigações, desde seus albores no Direito Romano, esteve dirigido a identificar os meios de que dispõe o credor para constranger o devedor ao pagamento da obrigação assumida, situação esta que se conserva no Direito contemporâneo, já que o efeito normal das obrigações é o pagamento. Por isso não existe ordenamento algum, em nenhuma família jurídica, que não reconheça o princípio *pacta sunt servanda*, elevado sem dúvida à categoria de princípio geral de Direito, seja por uma sistematização das soluções de direito positivo, seja por reconhecimento de uma regra de direito natural. De modo tal que não tem havido um deslocamento senão um alargamento dos valores protegidos pelo direito privado patrimonial, pois se bem começou a considerar-se a figura do devedor com um sentido mais humano, isso não implicou esquecimento da proteção que merece o credor (*La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 4-5, em versão livre).

⁴⁵¹ PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado*. Buenos Aires: Ham-

9.2 A POSIÇÃO DO DEVEDOR NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL E O FAVOR DEBITORIS

A intransigência do credor, que se fortalece na sua posição potestativa diante das regras liberais em favor do seu absoluto poder na relação obrigacional, muitas vezes conduz o devedor a usar dos recursos processuais disponíveis para ganhar o tempo que não lhe foi concedido, gerando fenômeno que se convencionou chamar de “litigiosidade artificial”. No entanto, nem todo devedor, como afirma Esteban Louge Emiliozzi, é um personagem inescrupuloso, que especula friamente com os benefícios econômicos que terá com a dilação do processo. Evidentemente, não se deve cair em excessos, pois se bem nem todos os devedores são anjos, tampouco todos são demônios. Um processo judicial é gravoso, dado que gera custos que agravam notadamente a situação patrimonial do devedor. A imensa maioria dos demandados chega a juízo não porque não queira pagar, senão porque não pode fazê-lo⁴⁵².

O que se propõe é uma nova consideração do devedor na relação obrigacional e o reconhecimento de que as regras de adimplemento, especialmente aquela relacionada à indivisibilidade e integridade da prestação, em situações justificadas, podem sofrer modificações necessárias a dar vida e cumprimento ao contrato, superando a velha doutrina liberal que influenciou a formação das leis no Brasil.

A rigidez nesse tema, não há dúvida, é decorrente da forte influência do Liberalismo, especialmente aquele que dominou os dois últimos séculos em nosso País e que depositou na vontade das partes declarada no contrato a força absoluta, que interessava aos propósitos de um regime que tinha na intangibilidade do contrato um instrumento de realização do ideário liberal. As relações se assentavam na imutabilidade da obrigação, refratária a qualquer movimento de intervenção, que era entendido como ameaça a valores que davam sustentação a um regime no qual a vontade imperava como lei entre as partes.

É necessário e possível resgatar valores que o Direito respeitou no passado. Vale lembrar que entre os romanos, como foi apontado, já havia

solução mais flexível para o adimplemento da obrigação em razão dos meios disponíveis do devedor.

Há situações que importam na modificação da fortuna ou disponibilidade do devedor. São fatores que não podem ser entendidos como fortuito ou de força maior ou como causa liberatória da obrigação, mas que representam dificuldades antes não esperadas para o cumprimento do contrato. O devedor pode ter as contas abaladas em razão de doença na família, acidente, perda do emprego, separação ou divórcio, morte de parente próximo, queda repentina das vendas, falta de pagamento daqueles que lhe são devedores etc. São infundáveis as possibilidades de modificação na situação existente ao tempo da contratação e maiores as ocorrências quando o contrato é contínuo e de longa duração.

Para situações como estas, nas quais a impossibilidade de cumprimento da obrigação não encontra causa legal liberatória, mas está justificada por um evento ou situação que revela a boa-fé do devedor, não há explícita solução no sistema para acomodação dos interesses das partes, porque no Código Liberal as obrigações devem ser cumpridas custe o que custar.

É para estas situações que se propõe uma nova interpretação, a partir da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a exigir do credor a cooperação necessária.

É a boa-fé objetiva reclamada das partes em todo o processo obrigacional que reforça o dever do credor em aceitar o parcelamento da dívida ou a dilação da execução da obrigação em condições razoáveis, modificação da obrigação que pode ser imposta judicialmente em casos de impossibilidade de renegociação, visto que não decorre de um favor concedido pelo credor, senão de um imperativo da ordem jurídica em vigor.

Por certo o espírito liberal dos conservadores encontrará enorme dificuldade em aceitar a modificação do que foi contratado, porque a vontade diante dos Códigos liberais é intangível. Ao devedor que pedir um novo prazo para cumprir a obrigação ou o parcelamento da dívida será imputada a má-fé, porque deve a obrigação ser cumprida exatamente como foi constituída, porquanto o que é contratado é justo.

A esse argumento dos críticos responde Esteban Louge Emiliozzi, ao defender o que chamou de “allanamiento con cumplimiento diferido”, que o devedor que confessa e reconhece a dívida ao pedir o parcelamento da obrigação está agindo de boa-fé, porque abriu mão da resistência que a lei proporciona em casos de execução da dívida. Afirma o jurista argentino:

murabi, 2004, v. 1. reimp. p. 93.

⁴⁵² *La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 36.

“que esta solução se inscreve em linha contrária, já que tende a promover o reconhecimento da pretensão do credor e com ele as condutas leais e honestas. Com efeito, aquele que reconhece o direito do credor é um devedor que atua de boa-fé, já que se afigura moral entregar-se ao autor com razão do que resistir sem ela. Essa conduta do devedor implica tolerância. A atitude de submissão importa a vontade de não litigar que sempre se procurou prestigiar. Nos agrada ou não, a possibilidade de opor-se à pretensão é um direito de que goza todo demandado, a respeito do qual a doutrina processual há elogiado com ênfase a conduta do demandado que renuncia à referida faculdade. Note-se inclusive que o proceder de quem se conforma à pretensão do credor implica um *plus* de atividade e de boa-fé se comparado com o rebelde, já que a rebeldia não implica conformidade com as pretensões da parte contrária. Enquanto este se desinteressa do processo, quem se conforma atua diligentemente, abandonando toda oposição e manifestando sua vontade tolerante.”⁴⁵³

Não se cuida de reanimar o velho *favor debitoris*, do qual se ocupava o Digesto (Lib. XLIV, Tít. VII, L. 47) ao determinar que, quando se trata de obrigar, tendemos à negação; quando se trata de liberar, ao contrário, nos colocamos mais facilmente a favor da liberação. Esta concepção levou ao entendimento de que o devedor é sempre a parte mais fraca na relação jurídica e justificou inúmeras disposições em seu favor⁴⁵⁴.

⁴⁵³ *La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 127, em tradução livre. Defende o autor que o cumprimento diferido da obrigação representa resposta adequada frente ao que se denomina “excessiva litigiosidade artificial”, fenômeno este que, junto com outros fatores, é causa das problemáticas que mais afronta a administração da justiça, como é a demora na resolução dos processos, sua onerosidade, a frustração do direito material reclamado e as múltiplas tensões do sistema (Ibidem, p. 37).

⁴⁵⁴ A partir das novas considerações hoje encontradas na doutrina a respeito do direito das obrigações, Maurício Mota chega a sustentar como princípio geral do Direito a proteção do devedor decorrente do *favor debitoris*, embora tenha conferido ao velho instituto uma visão modernizadora. Afirma que “a obrigação não pode mais ser considerada como tendo por escopo unicamente a prestação e a satisfação do interesse do credor (sujeitando a liberdade do devedor), como no século XIX, mas sim envolver uma totalidade de cooperação que, mais do que salvaguardar a manifestação da vontade expressa (a prestação), possibilite a manutenção do sinalagma obrigacional, com o atendimento simultâneo ao interesse das duas partes e da sociedade (compreensão hermenêutica decorrente da razão totalizadora da função social do contrato). Destarte, a proteção ao devedor avulta como *causa favorabilis* precípua dessa nova ordem de valores. Ao devedor não se pode efetuar uma constrição tal que impossibilite a consecução dos valores existenciais e primordiais da pessoa humana, os quais estão encartados em sede constitucional. Realizar sua proteção, garantir um patrimônio mínimo de subsistência e adequação social não significa, na ordem obrigacional do Código de 2002, conduzir a um estatuto de desigualdade por vantagem exagerada em favor de uma das partes em uma relação jurídica (como era no século XIX na abordagem savigniana), mas sim reconduzir, no reconhecimento material das desigualdades, a obrigação aos seus fundamentos, alavancando os mecanismos protetivos daqueles que, cooperando, são injustamente menos iguais” (A proteção do devedor decorrente do *favor debitoris* como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. *Questões de Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 218-9).

A ideia de favor ou graça no parcelamento da dívida sempre esteve ligada ao dispositivo do *Code* (art. 1.244) que concedia ao juiz o poder de interferir na obrigação para conceder ao devedor o prazo necessário à execução da obrigação. A influência dos romanos, decorrente do velho *favor debitoris*, estava presente na doutrina que via nessa medida um benefício concedido à parte mais fraca na relação obrigacional.

A ideia, no entanto, era falsa e Jorge Giorgi já o apontava ao afirmar que: “el término de gracia parte de una falsa suposición. Supone que la condición del acreedor es favorecida injustamente en detrimento de la del deudor; pero en verdad, esta injusticia no existe porque la obligación de la puntualidad es consecuencia de un vínculo jurídico conforme a la ley; tanto que el exacto cumplimiento de la obligación es un derecho del acreedor o una propiedad suya, por decirlo con frase del día, de la cual no puede ser despojado por capricho del Juez”⁴⁵⁵.

Hoje não é possível falar em *favor debitoris*, porque o devedor não pode ser reputado aprioristicamente como a parte mais fraca na relação. Nesse ponto Jorge Giorgi ao seu tempo tinha razão ao criticar o benefício previsto no *Code*, cuja sustentação não se encontra na fragilidade do devedor. Se algum favor deve ser concedido, deve ser concedido à parte mais débil na relação, seja o devedor seja o credor.

A respeito anotam, com precisão, Ramón Daniel Pizarro e Carlos Gustavo Vallespinos, que “en las últimas décadas se asiste a un fenómeno de profundo replanteo de la virtualidad del principio, que no responde a los imperativos de justicia de nuestro tiempo. La asimilación del deudor a la parte débil de la relación, que constituye su substrato, está hoy superada. Si bien el deudor merece un tratamiento justo y digno, nada justifica en la actualidad otorgarle una tutela privilegiada, que conspira, inclusive, contra la dinámica comercial que caracteriza a la economía moderna. La sociedad de nuestro tiempo muestra asimismo una realidad distinta, no ya de la existente en el derecho romano, sino de la que teníamos tan sólo treinta años atrás. La protección especial que se procuraba alcanzar a través del principio que nos ocupa, ya no debe transitar por la dicotomía acreedor-deudor. El nudo de la cuestión se ha desplazado a otro epicentro: la relación existente entre el fuerte y el débil”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Traduzida da sétima edição italiana pela *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Reus, 1930. v. VII. p. 60.

⁴⁵⁶ PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado*. Buenos Aires: Hamurabi, 1999, v. 2. reimpr. p. 69-70. Os autores se referem à relação entre os mais fortes e mais fracos como

O chamado *favor debilis*, como aponta Ricardo Luis Lorenzetti, “transcende à posição obrigacional para se transportar para a posição contratual, independentemente de se tratar de um crédito ou de um débito”⁴⁵⁷. Essa é a interpretação que está de acordo com as preocupações do Estado Social, que vê na igualdade substancial (e não formal) o ideal de justiça contratual a ser perseguido, igualdade que justifica a intervenção na relação para equilibrar as forças. Na verdade, não é de favor que se deve falar, mas de equilíbrio e justiça nas relações.

Portanto, não se cuida de conferir ao devedor, exclusivamente por conta da posição que ocupa na relação obrigacional, qualquer favor. Essa ideia de favor, graça, benesse, persistente na doutrina clássica quando examina a possibilidade de parcelamento da dívida, embaça a visão do jurista e impede a correta observação do fenômeno que compreende o adimplemento da obrigação, pois qualquer medida promovida em favor da boa-fé, da função social e da conservação do contrato se confunde com a de benefício ou graça concedida ao devedor.

A relativização das regras de adimplemento passa por outra dimensão, na qual se vê a obrigação como um processo que gera para as partes deveres de solidariedade e cooperação decorrentes da cláusula geral da boa-fé. A modificação do contrato, com a concessão de novo prazo para o cumprimento da obrigação ou o parcelamento da dívida, está radicada no dever de agir de boa-fé e em outros valores que transcendem a relação privada obrigacional, valores que impõem a flexibilização dos princípios da integridade e intangibilidade da obrigação como meio de alcançar os fins programados pelo Estado Social.

9.3 A INTERVENÇÃO NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL À LUZ DOS ESTATUTOS ESTRANGEIROS E DA MODERNA TENDÊNCIA EUROPEIA DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DE ADIMPLEMENTO

O Código Civil francês tem regras expressas a respeito da possibilidade de concessão judicial do parcelamento da dívida e dilação da execução da obrigação, regras que, embora definidas como espécie de favor ou graça⁴⁵⁸, contrariando a visão atual da natureza desta medida, podem guiar uma interpretação razoável na solução destas questões.

O juiz está autorizado, de acordo com o art. 1.244 do *Code*, a partir da modificação que sofreu em 1936, a impor o parcelamento da dívida em certas condições. Com a última redação que lhe deu a Lei nº 91-650, de 9 de julho de 1991, o referido dispositivo legal e aqueles acrescidos dispõem:

*Art. 1244. Le débiteur ne peut forcer le créancier en partie le paiement d'une dette, même divisible*⁴⁵⁹.

Art. 1244-1 Toutefois, compte tenu de la situation Du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.

Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux legal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

⁴⁵⁸ A propósito do referido benefício como espécie de *graça* escreveu Louis Josserrand: “El término *judicial* interviene cuando el acreedor há ejercitado su acción contra el deudor, lo que supone que el crédito es exigible, que la obligación era pura y simple; tiene el juez la facultad, si estima que el deudor merece consideración, de concederle uno o varios plazos para liberarse: éste es el término *judicial*, el *plazo de gracia* del artículo 1244, § 2º, que tiene el carácter y la significación de un favor y se opone así al término del derecho, convencional o legal; debe ser concedido por la sentencia misma que resuelve sobre la controversia y está regido por un estatuto especial” (*Derecho civil*. Tradução para o espanhol de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. II. v. I. p. 580). Vale reproduzir a respeito, ainda, o que escreveram Ripert e Boulanger: “Después de titubeos el Código civil (art. 1.244, inc. 2) ha reconocido al juez el poder de conceder al deudor un término de gracia como una excepción a la regla de que el pago no puede ser dividido [...]. Es necesario ver en el derecho así concedido al juez por la ley, una medida de protección adoptada a favor de los deudores infortunados; se trata de evitarles persecuciones demasiado rigurosas por parte de sus acreedores. En el derecho de Justiniano se encuentran ya plazos acordados a favor del deudor entre la condena e la ejecución. Es una especie de *derecho de gracia*, ejercido en materia civil por el poder judicial. Ese derecho no llega hasta la gracia completa, porque eso sería expropriar al acreedor; por lo menos, el deudor obtiene así el beneficio de un lapso que no figura en su deuda.” (*Tratado de derecho civil según el tratado de planiol*. Traducción de la doctora Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1965. t. V. p. 370-1)

⁴⁵⁹ Em tradução livre: *O devedor não pode forçar o credor a receber em parte o pagamento de uma dívida, mesmo divisível.*

“entre el experto y el profano; entre el proveedor profesional de bienes e servicios y el consumidor o usuario; entre quienes unilateralmente disponen el contenido negocial de los contratos y quienes se limitan a tomarlos en bloque o a dejarlos; entre quien impone las condiciones económicas de la contratación y quien sólo puede aceptarlas; entre quien crean riesgos y los que deben mansamente soportarlos” (Ibidem, p. 70). A superação do velho *favor debitoris* encontra fundamento, na verdade, na solidariedade decorrente da boa-fé objetiva. Nas palavras do jurista uruguaio Gustavo Ordoqui Castilla, “Se advierte como vigencia plena del contenido solidarista de la buena fe una evolución notable en lo que fue el pase del denominado principio ‘favor debitoris’ al principio ‘favor debilis’, sea que se trate de una debilidad económica o jurídica, y sea que se trate de un acreedor o de un deudor. No importa tanto proteger al deudor sino al débil, y ello hoy se debe a la tendencia a contemplar soluciones solidaristas posibilitadas por la vigencia plena del principio general de la buena fe” (*Buena fe contractual*. Montevideo: Del Foro, 2005. p. 55).

⁴⁵⁷ *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 253.

*En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments*⁴⁶⁰.

*Art. 1244-2 La décision du juge, prise en application de l'article 1244-1, suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixe par le juge*⁴⁶¹.

*Art. 1244-3 Toute stipulation contraire aux dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 est réputée non écrite*⁴⁶².

Ainda deve ser lembrada a regra que se encontra na parte final do art. 1.184 do *Code*, que confere ao juiz, ao examinar o pedido do credor para resolução do contrato, o poder de conceder um prazo, de acordo com as circunstâncias, para o cumprimento da obrigação⁴⁶³.

Para efeito do chamado “prazo de graça” é considerada a situação econômica do devedor, assemelhando-se a medida ao antigo *favor debitoris*.

Com a disposição do *Code*, já assinalava Josserand, em tom de crítica, que fracassa a regra da indivisibilidade do pagamento e torna cada vez menos sólido o vínculo obrigatório⁴⁶⁴. Entendido o vínculo como absoluto, era

⁴⁶⁰ Em tradução livre: *No entanto, tendo em conta a situação do devedor e em consideração das necessidades do credor, o juiz pode, no prazo de dois anos, aprazar ou escalonar o pagamento das somas devidas. Por decisão especial e fundamentada, o juiz poderá prescrever que sobre as somas correspondentes aos vencimentos adiados incidirão juros a uma taxa reduzida que não pode ser inferior à taxa legal ou que os pagamentos serão imputados primeiro sobre o capital. Além disso, poderá subordinar estas medidas ao cumprimento, pelo devedor, dos atos apropriados a facilitar ou garantir o pagamento da dívida.*

As disposições do presente artigo não se aplicam às dívidas de alimentos.

⁴⁶¹ Em tradução livre: *A decisão do juiz, com base no artigo 1244-1, suspenderá os procedimentos de execução que teriam sido propostos pelo credor. A majoração dos juros ou penalidades devidas em razão do atraso deixa de ser devida durante o prazo fixado pelo juiz.*

⁴⁶² Em tradução livre: *Toda estipulação contrária às disposições dos artigos 1244-1 e 1244-2 é reputada não escrita.*

⁴⁶³ Está é a redação atual do referido dispositivo: “Art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfiera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.”

Em tradução livre: A condição resolutiva é sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, para o caso em que uma das partes não satisfaça o seu compromisso. Neste caso o contrato não fica resolvido de pleno direito. A parte ante a qual o compromisso não foi executado tem a escolha ou de forçar a outra à execução do contrato, quando é isso possível, ou de pedir a resolução com perdas e danos. A resolução deve ser pedida na justiça e pode ser concedido ao réu um prazo de acordo com as circunstâncias.

⁴⁶⁴ *Derecho civil*. Tradução para o espanhol de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. II.

justificada àquele tempo a perplexidade com a relativização das regras de cumprimento da obrigação, hoje admitida diante dos novos paradigmas e valores do direito contratual.

A intervenção do juiz, neste caso, era determinada, segundo Georges Ripert, “para impedir o credor de exercer o seu direito contra o devedor”, e esta intervenção, acrescentou, “se produz nos casos em que o exercício do direito realizaria uma injustiça, ou porque a outra parte não quer ou não pode cumprir (art. 1.184, civ), ou porque o não poderia fazer senão com um sacrifício considerável, ou porque, enfim, demorando o cumprimento ou a rescisão do contrato se melhoraria a situação duma das partes, sem prejudicar gravemente o direito da outra (dilações, moratórias, prorrogações). Sobre todas estas aplicações para a mesma regra moral: *Summum jus, summa iuria*. Se o credor esgota o seu direito, causa à outra parte um grave prejuízo. O contrato tinha previsto sacrifícios equivalentes; uma das prestações não pode mais ser cumprida, ou não o poder ser senão em condições demasiado onerosas, o juiz destrói o contrato que não atinge o seu objetivo e desarma o credor”⁴⁶⁵.

O juiz exerce neste caso de fracionamento da prestação, sustentavam Colin e Capitant, uma espécie de *poder moderador*⁴⁶⁶. Hoje, se em poder moderador ainda se pode pensar, não há dúvida, diante da função social do contrato, de que os interesses em jogo não são exclusivamente do credor e devedor. Há interesses sociais na execução do contrato que prevalecem sobre

v. I. p. 674. Escreveu ainda: “El tribunal – o el juez del procedimiento (L. 25 de marzo de 1936, que modifica el artículo 1244) – puede conceder al deudor perseguido por su acreedor, un *término de gracia* (art. 1244, § 2º), es decir, un plazo para el pago escalonado de la deuda: se ha decidido que el deudor de 3000 francos, pagará 1000 en tal fecha, 1000 en tal otra y el saldo deberá ser pagado en tal época. De esa manera fracasa la regla de la indivisibilidad del pago, ya que el acreedor tiene que contentarse con un pago parcial. El Código civil invitaba al juez a usar de su poder con *gran reserva* y a no conceder al deudor más que ‘plazos moderados’; pero estas fórmulas prudentes han desaparecido en la tormenta económica y social de estos últimos años, y es la ‘situación económica’ lo que el tribunal – o el juez del procedimiento de urgencia – habrá de tomar sobre todo en consideración para relajar el vínculo obligatorio (art. 1244, nueva redacción; L. 20 de abril de 1936), que se hace de ese modo cada vez menos sólido.”

⁴⁶⁵ *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 152. O autor se refere ao artigo do *Code*. A máxima invocada (*summum jus, summa iuria*) significa “perfeita justiça, perfeita injustiça”. Este famoso adágio, de acordo com Renzo Tosi, “adverte que aplicar rigidamente a lei, sem a necessária flexibilidade e sem prestar atenção às situações concretas, leva a cometer graves injustiças: tal formulação, apreciada pela contraposição paradoxal *ius / iniuria*, é referida por Cícero (*De finibus*, 1, 10, 33) como explicitamente proverbial, sendo retomada textualmente na Idade Média. [...] *Summum ius, summa iuria* é fórmula citada com frequência pelos autores modernos (ver, por exemplo, Pascal, *Pensées*, 884, e F. Mauriac, *O caso Favre-Bulle*, que afirma que nada é mais horrível do que a justiça desprovida de caridade). Em todas as línguas europeias estão presentes expressões como a italiana *Gran giustizia gran offesa* (grande justiça, grande ofensa)” (*Dicionário de sentenças latinas e gregas*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 508).

⁴⁶⁶ *Curso Elemental de derecho civil*. Tradução da edição francesa pela *Revista General de Legislacion e Jurisprudencia*, a cargo de Demofilo de Buen. 2. ed. Madrid: Reus, 1943. t. III. p. 390.

aqueles de natureza privada das partes vinculadas na relação obrigacional.

Disposições semelhantes são encontradas também no Código de Obrigações e Contratos do Líbano, de 1932, editado quando o Líbano ainda estava sob o domínio Francês:

Article 300 – Le débiteur ne peut imposer au créancier un paiement partiel; alors même que l'obligation serait divisible, le paiement a, en ce sens, un caractère d'indivisibilité.

Toutefois, cette règle peut être mise en échec par la compensation, ou pour ce qui est des cautions, par le bénéfice de division. De plus le juge peut accorder au débiteur de bonne foi des délais pour le paiement et échelonner ainsi l'exécution de la dette sur une période plus ou moins longue⁴⁶⁷.

O Código Civil da Bolívia, de 1976, embora também defina a regra segundo a qual o credor não pode ser obrigado a receber coisa diversa ou em partes o que se contratou por inteiro, estabeleceu interessante disposição:

Art. 309. (CUMPLIMIENTO DIFERENTE O CON PRESTACIÓN DIFERENTE).

El deudor que no puede pagar conforme a lo estipulado o lo dispuesto por la ley, podrá hacerlo de modo distinto o con una prestación diversa de la debida, mediante autorización judicial⁴⁶⁸.

No Código Civil Uruguaio de 1998 se encontra disposição pela qual poderá o juiz conceder prazo para o cumprimento da obrigação antes da resolução do contrato:

1431. *La condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso.*

En tal caso el contrato no se resuelve ipso jure como cuando se ha pactado la condición resolutoria. La parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención, cuando es posible o pedir la resolución

⁴⁶⁷ Em tradução livre: Artigo 300. O devedor não pode impor ao credor um pagamento parcial; ainda que a obrigação seja divisível, o pagamento tem, neste sentido, um caráter de indivisibilidade. No entanto, esta regra pode ser afastada pela compensação, ou para aquele que é fiador, pelo benefício da divisão. Ademais o juiz pode conceder ao devedor de boa-fé prazos para pagamento e escalonar assim a execução da dívida por um período mais ou menos longo. (tradução livre)

⁴⁶⁸ Em tradução livre: Art. 309. (Cumprimento diferente ou com prestação diferente) O devedor que não pode pagar conforme o estipulado ou o disposto por lei poderá fazê-lo de modo distinto ou com uma prestação diversa da devida, mediante autorização judicial.

con daños y perjuicios.

La resolución debe reclamarse judicialmente y según las circunstancias, pueden los tribunales conceder un plazo al demandado.

De acordo com o jurista uruguaio Gustavo Ordoqui Castilla, “cuando la doctrina analizó el fundamento de este plazo de gracia no faltaron quienes entendieron que el mismo se funda en la buena fe. [...] el plazo de gracia es el otorgado por el juez al deudor incumplidor, pudiendo ser solicitado por la parte o conferido de oficio. Se concede en el ejercicio de una facultad legal excepcional y discrecional fundada en la consideración de las circunstancias del caso: intención y posibilidad de cumplir, buena fe del deudor [...] teniendo en cuenta en lo posible que este plazo no perjudique al acreedor. Si el deudor actuó de buena fe y el no cumplimiento puede ser superado en un plazo que no afecte al acreedor el juez podrá conceder un plazo de gracia⁴⁶⁹”.

Registre-se, ainda, a possibilidade de suspensão do cumprimento das obrigações, prevista no art. 992, inc. 3º, do Projeto Argentino de Código Civil de 1998, em favor do devedor que também não recebeu o pagamento daqueles que lhe são devedores⁴⁷⁰.

Pode ser lembrado, também, o anteprojeto de lei para modificação do Código Processual Civil e Comercial da Província de Buenos Aires, apresentado em 22 de maio de 2002, de autoria de Esteban Louge Emiliozzi, que contempla a dilação de prazo para a execução da obrigação⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Buena fe contractual. Montevideo: Del Foro, 2005. p. 185-186. Acrescenta o autor: “Corresponde aclarar que la buena fe no purga los efectos de la mora ni el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios.”

⁴⁷⁰ A norma inovadora projetada é noticiada por Esteban Louge Emiliozzi (*La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 57).

⁴⁷¹ Este anteprojeto é noticiado por Esteban Louge Emiliozzi (op. cit., p. 93-6), cujo texto projeta dois artigos. Segue a reprodução da parte essencial do projeto: “Art. 307 bis – *Allanamiento con cumplimiento diferido*. Cuando la pretensión deducida en juicio revista carácter patrimonial, fuese susceptible de la fijación de un plazo para su cumplimiento en los términos del art. 163, inc. 7º, de este Código, y no consista en un reclamo de alimentos ni tramite por la vía del juicio sumarísimo o del amparo, el demandado – o reconvenido en su caso – podrá allanarse a la misma dentro del plazo fijado para la contestación de la demanda o de la reconvenición, solicitando que se fije un plazo más extenso para el cumplimiento de la sentencia. Los plazos adicionales, que podrán ser ampliados por resolución fundada, serán los siguientes: 1) De cuatro meses, en los juicios ejecutivos y en los procesos de desalojo. En estos últimos, el demandado no podrá invocar este artículo cuando la causal de desalojo sea la falta de pago por más de seis meses, o cuando la acción se dirija contra tenedor precario o intruso. 2) De seis meses, en los procesos sumarios, con excepción de los derivados de cuasidelitos. 3) De doce meses en los procesos ordinarios, y en los derivados de cuasidelitos.” O autor entendeu que a dilação do prazo para o cumprimento da obrigação é matéria que deve ser tratada pelo direito processual e enfoca todo o seu trabalho a partir de uma observação prática que diz respeito ao uso abusivo dos meios de defesa do devedor que precisa de tempo para cumprir a obrigação. Embora em desacordo com as linhas do nosso estudo, fundado nas bases do direito material e no princípio da boa-fé objetiva, o autor chegou a resultado semelhante e proveitoso para solução dos conflitos gerados a partir do rigor das regras de adimplemento. Seu trabalho é inovador e merece atenção, razão pela qual recorreremos a ele tantas vezes.

A distensão das regras de adimplemento da obrigação é fenômeno presente nos modernos Códigos de Princípios produzidos na Europa que conferem ao devedor prazo razoável para cumprir a obrigação e exige do credor o dever de cooperação e boa-fé. Percebe-se, em face das regras preconizadas nestes documentos (*Os Princípios de Direito Europeu de Contratos, O anteprojeto do Código Europeu dos Contratos, Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais*), aos quais já fizemos referência, um movimento nítido de flexibilização que deve pautar um novo tempo no direito dos contratos e obrigações.

9.4 A INTERVENÇÃO NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Não há no Brasil nenhuma disposição semelhante àquelas encontradas nos estatutos estrangeiros referidos. O Código Civil brasileiro, como já apontado, conserva o texto liberal do século passado a impedir a quebra do princípio da intangibilidade da obrigação nas hipóteses já referidas, vale dizer, naqueles casos de impossibilidade de execução que não encontra causa legal liberatória. É o que se vê, com interesse especial para este estudo, no art. 314 do Código Civil, que impõe ao devedor o cumprimento exato da obrigação, ainda que se faça a custa de sacrifício não aceitável.

No Brasil há uma disposição legal tímida que concede ao devedor o parcelamento da dívida. No art. 745-A, do Código de Processo Civil, por força da Lei nº 11.382/2006, estabeleceu-se que nas execuções de título extrajudicial o devedor, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá requerer seja admitido a pagar o restante em 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

O benefício processual está restrito às execuções de títulos extrajudiciais e oferece ao devedor um pequeno parcelamento, de seis meses, desde que depositada uma parte da dívida (30%). Não exige a lei a prova de qualquer requisito para o deferimento do benefício, tornando regra o que deve ser exceção. Todavia, o referido dispositivo do Código de Processo Civil quebra o rigor do princípio da integridade da prestação e oferece uma nova perspectiva da posição do devedor em relação ao cumprimento da obrigação.

Não há dúvida sobre a conveniência de lei a disciplinar esta intervenção na relação obrigacional, fixando regras de controle da subjetividade judicial na imposição do fracionamento e dilação do cumprimento da obrigação. A definição legal de prazos e requisitos poderia dar ao dever de cooperação os limites necessários, sem anular a mobilidade do juiz na valoração das circunstâncias do caso concreto.

A falta de disposição expressa na lei brasileira para esta situação dificulta, é certo, a operabilidade da medida de parcelamento da dívida ou dilação da execução da obrigação, mas não é impeditiva da aplicação desta medida que

encontra fundamento constitucional nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, assim como encontra fundamento no princípio da boa-fé objetiva, este reconhecido expressamente no art. 422 do código Civil, que gera o dever de cooperação⁴⁷².

Vale lembrar, nas palavras de Pierlingieri, que “a norma constitucional não é um mero recipiente de máximas gerais desprovidas de qualquer força em um setor da vida sobre o qual o Parlamento ainda não emanou uma lei ordinária: a orientação política da maioria concretiza a Constituição, mas não é condição de sua vigência e menos ainda da qualidade de normas dos seus enunciados”⁴⁷³.

Não se afasta do campo do direito das obrigações a incidência das normas constitucionais. Como afirma Perlingieri, “exemplos de uso direto de normas constitucionais não faltam também na teoria das obrigações, onde sem dúvida o juízo de valor se adverte menos do que em outros lugares do direito civil. É necessário preliminarmente excluir que o direito das obrigações, que resta sempre o setor mais árduo por tecnicismo e profundidade de especulação, seja a-histórico e não valorativo. Mesmo uma investigação histórico-comparativa sumária permitiria especificar que, apesar da formal conservação dos institutos clássicos, estes, seja pela mudada estrutura das relações econômicas de

⁴⁷² A respeito dos poderes concedidos ao juiz, em alguns sistemas, para a concessão de um prazo de graça ou uma dilação especial conferida ao devedor, escreveu Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Na falta de regulamentação legal, a prática jurisprudencial brasileira não se inclina por essa alternativa decisória, apesar de conveniente e possível, pois pode o juiz deferir menos do que o requerido; antes de resolver, concede um prazo prudencial, após o qual a resolução se verifica, se persistir o inadimplemento, independentemente de nova manifestação. Essa solução se ajusta às inteiras ao nosso sistema de resolução judicial. Na verdade, o deferimento judicial de um prazo para cumprimento não está proibido na lei e complementa o regime da resolução pelo processo judicializado. A intervenção do juiz não se limita à declaração da resolução legal, nem apenas à verificação formal da ocorrência dos pressupostos legais da resolução, mas consiste na expedição de sentença de natureza constitutiva, fundada em juízo de valor sobre as vicissitudes do contrato, pois não basta que haja o incumprimento e ofensa ao interesse do credor: é preciso qualificar juridicamente todos os fatores que devem estar presentes para a extinção do contrato, a fim de compor suporte suficiente à sentença de resolução.” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 231)

⁴⁷³ *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 572. Acrescenta o autor: “É desnorteador, portanto, buscar no legislador o destinatário exclusivo das normas constitucionais, assim como é estéril discursar sobre a sua natureza política e não jurídica. O princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas no sistema jurídico, no respeito substancial do mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica. [...] A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal. Não se trata de destruir, mas de adequar a interpretação e as técnicas aos valores primários, evitando aceitar como válidas as praxes oficiais” (Ibidem, p. 576-7).

base, seja por uma diversa ideologia do ordenamento jurídico, mudaram radicalmente a função”⁴⁷⁴.

Na verdade, as dificuldades não são maiores do que aquelas enfrentadas na revisão de contratos por onerosidade excessiva ou imprevisão. Também nestes casos o juiz deve encontrar uma nova forma para o contrato sobreviver e não conta com prévia disposição da lei sobre as regras que deve estabelecer para o contrato.

Como afirma Larenz, o princípio da boa-fé opera como um “módulo *necesitado de concreción*, que únicamente nos indica la dirección en que hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál sea la conducta exigible en determinadas circunstancias. No nos da una regla apta para ser simplemente *aplicada* a cada caso particular y para leer en ella la solución del caso cuando concurren determinados presupuestos. Sino que en cada supuesto se exige un juicio valorativo del cual deriva lo que el momento y el lugar exijan. Pero este juicio no se obtiene a través del criterio subjetivo del que hace la apreciación en caso de litigio, por consiguiente, del juez, sino que se tomará como módulo el pensamiento de un intérprete justo e equitativo, es decir, que la sentencia ha de ajustarse a las *exigencias generalmente vigentes de la justicia*, al criterio reflejado en la conciencia jurídica del pueblo o en sector social al que correspondan los participantes (p. ej., comerciantes, artesanos, agricultores), en tanto ello no sea contrario a las exigencias y al contenido objetivo de los valores descritos en las palabras *fidelidad y crédito* (es decir, confianza). A este juicio cooperan los usos y concepciones ya existentes en el tráfico—habiendo de investigarse a su vez si coinciden con aquellas supremas exigencias— y de otra parte el ejemplo y modelo que la jurisprudencia ofrece en la valoración de casos análogos o equiparables”⁴⁷⁵.

Não é possível, portanto, estabelecer um formulário de soluções para as mais variadas questões particulares que podem surgir. Propor soluções exatas

⁴⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 586-7. O autor anota importante decisão da Corte Constitucional italiana, de 3 de fevereiro de 1994, na qual se afirmou: “quando, em relação a um determinado adimplemento, o interesse do credor entra em conflito com um interesse do devedor tutelado pelo ordenamento jurídico ou mesmo pela Constituição como valor preeminente ou, de toda sorte, superior àquele implícito na pretensão creditória, então o inadimplemento, na medida e nos limites em que seja necessariamente coligado ao interesse de valor preeminente, resulta juridicamente justificado” (Ibidem, p. 587, nota n. 70).

⁴⁷⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 143. Adverte o autor que a decisão, segundo a boa-fé, não deve ser adotada pelo critério de equidade ou sentimento jurídico daquele que é chamado a pronunciar a sentença do caso. É uma resolução “tomada siempre según una medida necesitada de concreción, pero ampliamente determinable em sentido objetivo, que también permite desde luego la consideración de las particulares circunstancias del caso” (Ibidem, p. 144).

e definitivas representa contrariar a própria essência da cláusula geral da boa-fé e fechar o sistema que encontra nela a abertura necessária à modulação de soluções para o caso concreto.

Assim, por exemplo, não se pode afirmar aprioristicamente que o devedor tem direito à dilação de prazo ou parcelamento da prestação ou que não tem. Não se pode afirmar que o devedor que já obteve a intervenção judicial nesse sentido está impedido de uma nova modificação da obrigação. São as particularidades do caso concreto que serão examinadas pelo juiz para determinar se a boa-fé está presente e se ela pode impor um dever de conduta ou uma restrição de direitos ao credor.

Também nas circunstâncias do caso o juiz deve encontrar, objetivamente, todos os elementos necessários para determinar a necessidade de intervenção e em que medida ela deva ser feita. Ao operar com cláusulas gerais e abertas não se pode esperar soluções descritivas, analíticas e definitivas. O que se pode fazer é investigar a natureza dessa medida para a proposição de limites e fatores de orientação das decisões.

9.5 OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL E O INADIMPLENTO RELATIVO DA OBRIGAÇÃO

É inevitável reconhecer que os Códigos e Leis são incapazes de solucionar os complexos conflitos que a moderna sociedade pode produzir. A solução para esses conflitos encontra-se no ordenamento, mas não está disposta analiticamente. Deve ser construída a partir de valores e do uso de ferramentas que o próprio sistema coloca à disposição do juiz, destinatário das normas abertas e cláusulas gerais e que está investido de poderes para interferir nas relações privadas.

A intervenção judicial é cada vez mais necessária à solução de conflitos para os quais não há formulação legal de regras. O juiz integra ativamente o sistema ao criar soluções a partir dos valores que estão positivados no ordenamento e impõe medidas que podem abalar seriamente o valor que tem a vontade na formação dos vínculos obrigacionais.

Por isso não se fala hoje em autonomia da vontade, mas em autonomia privada, que representa o poder de autorregulamentação dos interesses privados, respeitados os limites da ordem pública do Estado Social. Não há cláusula ou direito no contrato, como afirmou Keynes, que se possa dizer absoluto diante dos interesses defendidos pelo Estado Social.

O papel do juiz nesse cenário não encontra precedente no Estado Liberal. Na medida em que avança o poder do juiz de interferir nas relações privadas, especialmente patrimoniais, maior é a perplexidade daqueles que não se deram conta da transformação pela qual passou o Estado. Continuam presos a antigas concepções assentadas e consolidadas nas bases de um Estado Liberal que não deveria interferir em assuntos particulares.

Esse crescente poder de intervenção, que caracteriza o Estado Social, se revela também através da atividade jurisdicional e tem levantado a preocupação com os excessos ou com o que se convencionou chamar pelos críticos de “ativismo judicial”. A intervenção do juiz, porque pouco sondável e subjetiva em certo grau, tem instigado a definição de limites.

É certo que não se pode previamente formular uma pauta de soluções para as mais variadas situações que se apresentam. Tentar fazê-lo seria contrariar a natureza e a própria lei, que abriu o sistema pelas cláusulas gerais justamente para que se encontre a solução do caso concreto. Embora reclamada cada vez mais a intervenção do juiz pelas cláusulas gerais do

sistema aberto, é possível defender o respeito a um limite minimamente definido para a intervenção judicial no contrato.

Há certos elementos estruturais da relação obrigacional que não podem sofrer modificação. A alteração substancial da relação de utilidade definida no vínculo importa em verdadeira anulação da relação, porque a medida de interferência representaria efetiva expropriação de direitos, insustentável em face da ordem econômica estabelecida na Constituição brasileira.

Com efeito, não se pode impor ao credor a modificação da obrigação que torne inútil o seu cumprimento. O limite do parcelamento da dívida ou qualquer outra modificação do contrato, portanto, encontra-se na *utilidade* da obrigação.

Assim, não se pode conferir ao devedor prazo maior para a entrega de coisa que deve ser embarcada pelo credor em navio com viagem apazada, ou prazo para entrega de insumos para a plantação que deve ser feita em tempo certo. Já não haverá nesses casos utilidade para o credor na prestação contratada.

Nas obrigações pecuniárias o exame da utilidade exige maior atenção, pois o pagamento em dinheiro presume-se sempre útil ao credor. O parcelamento da dívida nestes casos deve ser determinado de acordo com as condições do negócio original. Contratos de longa duração, por exemplo, podem sofrer modificações adequadas ao tempo da relação e da execução das obrigações.

A relação contratual estabelece uma equação econômica de custo-benefício, de vantagem e desvantagem para as partes⁴⁷⁶. A aplicação da boa-fé objetiva para modificar a obrigação deve respeitar os termos dessa equação e não impor à parte desvantagens que não tinha quando contratou e que se mostram excessivas e não razoáveis. Em outras palavras, a intervenção judicial na relação de obrigação deve procurar manter as bases do contrato, preservando a sua economia interna, pois não se justifica criar, pela aplicação

⁴⁷⁶ Explica Giovanni Maria Uda que: “[...] il contratto assume una connotazione riconducibile ad un rapporto costi-profitto. Questo rapporto è dotato di una dinamicità indipendente dalla struttura del contratto e, per certi versi, dal programma economico predisposto dalle parti. La dinamicità del rapporto costo-profitto è determinata, pur a fronte della eventuale staticità dell’assetto contrattuale che le parti si sono date, dalla correlazione che questo ha con gli eventi del mercato. In altri termini, con riguardo alla figura giuridica del contratto è opportuno distinguere la “disciplina contrattuale”, che è costituita dalle disposizioni poste dalle parti per disciplinare l’affare; il “rapporto economico sottostante” o, se si vuole, il programma economico (o, ancora, l’economia contrattuale), al quale si riconnette l’aspetto strettamente economico del rapporto interpersonale; e infine il “rapporto costi-profitto” che riguarda la maggiore o minore vantaggiosità economica del contratto.” (*La buona fede nell’esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 102-3)

da boa-fé, que atua em favor da conservação do contrato, uma causa contrária e justificadora do seu desfazimento (desequilíbrio).

Como afirma Giovanni Maria Uda: “[...] la buona fede non può portare ad un aumento dei costi sino al limite della eccessiva onerosità, poiché in tal caso si verrebbe al risultato che la buona fede, intervenuta per salvaguardare il sinallagma contrattuale, sia causa della risoluzione del contratto per una anomalia sinallagmatica funzionale a cui la stessa buona fede ha dato causa. Sarebbe illogico, in altre parole, spingere l’efficacia d’un mezzo di salvaguardia del contratto, qual è la buona fede, sino farlo diventare causa della sua estinzione.”⁴⁷⁷

Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte⁴⁷⁸. O que se exige das partes é a cooperação para alcançar os fins comuns estabelecidos no programa contratual.

As disposições do *Code*, que reproduzimos, são resultantes de uma longa experiência na aplicação do parcelamento da dívida ou dilação de prazo para o cumprimento da obrigação na França e oferece subsídios importantes para a intervenção judicial em face do Direito brasileiro.

Corretamente a lei francesa afastou a aplicação da medida nas obrigações de natureza alimentar e o fez em razão da premência da prestação para o credor. As particulares características dessa obrigação não permitem a modificação do que foi estabelecido, salvo nos casos admitidos de revisão.

Essa intervenção só deve ser admitida nas relações jurídicas disponíveis, de natureza patrimonial, suscetíveis de transação ou renúncia, e afastadas, destarte, dos direitos considerados indisponíveis, sobre os quais as partes, e por certo o juiz, não tem poder de modificação. Não se pode interferir,

⁴⁷⁷ Giovanni Maria Uda conclui o seu estudo sobre a objetivação da boa-fé dizendo: “[...] si conclude il processo di oggettivazione della buona fede che per tramite del richiamo al principio generale di solidarietà sociale, e agli interessi generali connessi, trova la ragione giustificativa del suo intervento di salvaguardia del contratto e, più precisamente, del rapporto economico sottostante, ponendosi strumentalmente per la realizzazione della economia del contratto mediante obblighi accessori. Tali obblighi, pertanto, vista la loro funzione, non possono determinare uno stravolgimento dell’economia contrattuale, vanificando la propria natura strumentale e determinando l’estinzione del contratto.” (*La buona fede nell’esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 106-7)

⁴⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39. Justamente, afirmam os autores, “por não exigir a proteção aos interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente a colaboração para aqueles interesses objetivamente extraídos da própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais” (Ibidem, p. 40).

portanto, em obrigação de natureza alimentar, cujo prazo de cumprimento não comporta dilação.

A dilação do prazo para o cumprimento da obrigação ou o parcelamento da dívida só pode ser concedido pelo juiz, nos termos do referido dispositivo do *Code*, em razão da situação em que se encontra o devedor. Esta situação justificadora do benefício, para os franceses, está ligada à ideia de *grâce* e, portanto, de falta de recursos e possibilidades para o cumprimento da obrigação. Embora não aceitável essa definição para a natureza da medida, porque entendemos que não se cuida de um favor ao devedor, assinala a norma francesa a correta necessidade de justificativa para a intervenção no contrato.

Essa justificação deve ser encontrada nas circunstâncias da obrigação que o juiz deve conhecer. Cumpre ao órgão judicial, para não privilegiar a má-fé do devedor, investigar os antecedentes da obrigação e verificar se o devedor encontrou depois da constituição vínculo o impedimento que alega para pedir a modificação das condições que ajustou. Deve perquirir sobre o motivo que impede a execução exata da obrigação e aceitar somente aquela justificativa que se afigure razoável em face da boa-fé que dá sustentação à medida.

Impossível definir previamente um catálogo de motivos aceitáveis, porque cabe ao juiz valorar cada situação. É certo que não o faz subjetivamente, porque está vinculado aos valores encontrados no ordenamento, mas não menos exato é que somente o caso concreto poderá trazer os elementos necessários a essa valoração.

A intervenção judicial deve ser medida de natureza sempre excepcional, porque a possibilidade de dilação ou parcelamento da prestação não pode ser entendida simplesmente como uma nova oportunidade para o cumprimento da obrigação. Deve haver motivação consoante a boa-fé, preceito ético que não pode ser afastado do exame da medida.

O devedor deve comprovar a situação em que se encontra, bem como as causas que modificaram a possibilidade de cumprimento da obrigação, tudo a ser considerado mediante a proposta que deve levar ao juiz em ação própria ou na defesa da ação promovida pelo credor.

A decisão judicial do pedido apresentado pelo devedor deve ser precedida da tentativa de conciliação das partes, sempre respeitado o contraditório. Deverão ser examinadas as circunstâncias nas quais foi celebrado o contrato e contraída a obrigação, como também se o devedor tem uma justificativa aceitável para pretender a modificação dos termos da obrigação.

O juiz deve estar atento e considerar a posição do credor e a utilidade da prestação⁴⁷⁹. Formado este quadro, poderá o juiz decidir pela imposição do dever de cooperação, com base na boa-fé objetiva, assim como a respeito dos limites do sacrifício do devedor no cumprimento da obrigação, tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸⁰. Não pode o devedor ser compelido a dispor do mínimo necessário à existência digna para a execução do contrato.

O controle da correta interpretação da relação obrigacional e da concretização da boa-fé deve ser feito a partir do dever de motivação racional. Nesse sentido é a doutrina de Jorge Tosta: “O controle sobre a juridicidade da concreção judicial das normas abertas é obtido, destarte, por meio da *fundamentação* desenvolvida pelo juiz até a fixação da *norma de decisão*. Relevante, pois, a exposição racional e objetiva dos *critérios* e *parâmetros* utilizados na concreção judicial das normas abertas. Não se pretende, obviamente, que o juiz exponha o *método hermenêutico* empregado, o que seria até mesmo uma heresia. O que se legitimamente exige, no entanto, é que no *decisum* constem as razões objetivas pelas quais se chegou a determinada conclusão ao se proceder à concreção judicial de uma norma aberta, inclusive com a indicação dos *standards* e *princípios jurídicos* que orientaram a decisão judicial.”⁴⁸¹

⁴⁷⁹ A propósito da concessão de prazo adicional ao devedor para o cumprimento da obrigação, prevista nos *Princípios de direito europeu de contratos*, Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias e A. M. Morales oferecem alguns critérios para que o juiz possa determinar um prazo razoável: “Tiene especial importancia, en primer lugar, el período de tiempo originariamente concedido al deudor para el cumplimiento; si tal período es corto, el período adicional puede serlo también. Importa, además, la necesidad del acreedor de que se produzca un rápido cumplimiento, la naturaleza del cumplimiento y los preparativos o complejidad que el mismo encierre. Por fin, la naturaleza de la causa que provoca el incumplimiento.” (*Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002. p. 358)

⁴⁸⁰ Em vista da magnitude que pode ter a boa-fé objetiva nas relações contratuais, assume relevância a atuação do juiz na decisão dos casos que lhe são levados a julgamento. Por isso afirmou Juan Carlos Rezzónico que “el juez de nuestro tiempo debe también ser un *juez fuerte* (*strong judge*), según la opinión de Pound. Es claro que no se trata de un *superhombre* ni tampoco de un *iluminado*; menos aun de alguien que ejerce poderes omnímodos, sobre la base de preceptos extremadamente abiertos a la discrecionalidad. La fortaleza del juez radica en el criterio ético de sus fallos, en la adecuada ponderación y equilibrio de los intereses en juego y en la oportuna aplicación de los principios que informan el derecho de contratos” (*Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 536).

⁴⁸¹ *Manual de interpretação do Código Civil*: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 148. O juiz não pode, acrescenta o autor, “apenas dizer que está presente ou não a *boa-fé* objetiva na discussão de um contrato; também que há ou não *função social* da propriedade ou da posse em ação em que se discute a legitimidade de um decreto expropriatório. [...] É necessário que ele *fundamente* sua conclusão com base em elementos extraídos da realidade fática que se lhe apresenta, em cotejo com os *Standards* e *princípios gerais do direito* existentes no ordenamento jurídico” (TOSTA, Jorge. Op. cit., p. 148-9).

9.6 EFEITOS DA MODIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO QUANTO AO PARCELAMENTO DA DÍVIDA OU DILAÇÃO DA EXECUÇÃO

O devedor, ao pretender a modificação da obrigação, está em mora e sujeito, destarte, a todos os efeitos da mora, inclusive à obrigação de indenizar os prejuízos moratórios sofridos pelo credor, pagando juros, multa e correção monetária.

Ao deixar de cumprir a obrigação no tempo, lugar e forma estabelecidos o devedor é inadimplente. Poderá haver situações de inadimplemento antecipado da obrigação, quando o devedor, antes do vencimento, reconhece que não poderá executá-la.

Se a prestação ainda tem *utilidade* para o credor, o inadimplemento é relativo e a mora pode ser emendada. Essa é a antiga lição de Agostinho Alvim.

Portanto, está ligada diretamente à *utilidade* da obrigação a questão da intervenção judicial em favor do prazo ou parcelamento para o cumprimento da prestação. Esse é o limite maior que deve ser observado para impor ao credor qualquer medida, pois, não havendo utilidade na prestação, o devedor já não tem oportunidade para cumpri-la, porquanto se está diante de inadimplemento absoluto.

Logo, a modificação da obrigação com a dilação ou parcelamento da prestação não libera o devedor dos efeitos da mora, que efetivamente ocorreu. O reconhecimento do devedor da impossibilidade de cumprir a obrigação na forma e no tempo ajustados, ainda que motivada por doença, acidente, desemprego e outros fatores aos quais já nos referimos, não importa em uma causa legal liberatória ou de exclusão da responsabilidade pela mora. Trata-se de impedimento que, embora justificado pela boa-fé, não altera o dever de cumprir a obrigação, cuja execução deverá ser levada a efeito, ainda que de forma ou em tempo diverso da contratação.

Esta premissa é indispensável para assentar as bases da intervenção judicial que defendemos, porque qualquer medida de modificação da obrigação deve levar em conta que o devedor está em mora.

Também reconheceu o Código Civil francês efeito importante na concessão do parcelamento da dívida, que se refere à suspensão das ações de execução e cobrança promovidas contra o devedor. É consequência lógica do deferimento da medida.

A medida suspende igualmente a possibilidade de resolução do contrato enquanto sujeito ao prazo dilatado ou ao parcelamento concedido. É que a obrigação, uma vez concedida a medida, está sujeita ao cumprimento diferido e, portanto, não se pode falar em inadimplemento absoluto a justificar a resolução do contrato.

A lei francesa cuidou da questão dos juros moratórios no curso do prazo concedido para o pagamento da dívida. Não havendo semelhante disposição na lei brasileira, deve o juiz aplicar os juros legais, pois o devedor beneficiado com o parcelamento da dívida está sujeito à indenização dos prejuízos sofridos pelo credor com a mora.

Todos os demais efeitos da mora devem ser aplicados no deferimento da medida, inclusive aqueles referentes aos riscos sobre a coisa, porque responde o devedor em mora pela perda ou deterioração (art. 399 do CC).

CONCLUSÃO

1. O Liberalismo dos séculos XVIII e XIX, que defendia a liberdade do homem contra as interferências do Estado nas relações privadas, influenciou diretamente o direito privado que se organizou nos Códigos dos dois últimos séculos. O que mais caracterizou o Liberalismo e deixou suas marcas na organização jurídica do Ocidente foi, sem dúvida, esse excessivo valor da liberdade que cegou o homem para as desigualdades que em nome dela se praticou.

2. Nos ideais do Liberalismo encontra-se a base da autonomia da vontade, como o poder do indivíduo de produzir efeitos jurídicos sem a intervenção do Estado, e pressupunha uma separação entre o Estado e sociedade e a justiça do contrato.

3. A vontade dos contratantes, na concepção clássica e liberal do contrato, é o elemento principal do contrato, e todos os esforços para a solução dos conflitos entre os contratantes são dirigidos à autonomia da vontade. A função da ciência do Direito será de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes.

4. A partir do século XIX e do Liberalismo, quando se defendeu a ideia de que o Estado deve interferir o mínimo possível na vida das pessoas, a justiça dos contratos passa a ser identificada pelo respeito ao acordo firmado, não importando as desigualdades entre as partes.

5. Com as transformações sociais que o mundo assistiu no último século, o Liberalismo perdeu as suas características de origem, e a autonomia da vontade dá lugar à autonomia privada. Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firmar-se uma relação jurídica obrigacional. A vontade deixa de ser elemento essencial do negócio e determinante da sua validade.

6. O fim do *laissez-faire* inaugura um movimento de intervenção do Estado na vida privada. Esse intervencionismo foi transportado para o mundo jurídico. As bases do pensamento de Keynes estão vivas no Estado Social, que interfere cada vez mais na vida privada para alcançar resultados desejados do ponto de vista social, coletivo e da ordem pública. Não há distinção significativa entre a intervenção dos dias de hoje que os governos

promovem na economia e aquela realizada no campo jurídico da vontade, que se manifesta de forma variada, seja no chamado dirigismo contratual, seja na tutela de certas categorias de pessoas, seja em certos negócios com implicações diretas nos interesses do Estado. Essa intervenção constitui um instrumento indispensável nas mãos do Estado Social para a realização das suas políticas e se revela nas relações jurídicas contratuais em decisões judiciais, que cada vez mais penetram na esfera privada dos contratantes para regular o contrato, salvá-lo das injustiças e funcionalizá-lo.

7. Surge uma nova fase do Estado Social na qual se procura superar a insuficiência das normas de ordem pública para assegurar a material igualdade, controlar os efeitos perversos da massificação contratual, definir melhor a responsabilidade civil, inclusive pelo risco da atividade, e conferir novas bases para a mudança que se verificou na estrutura familiar. Essa fase, para alguns, chamada de *pós-modernidade* tem se caracterizado no mundo jurídico pela flexibilização do direito e a ampliação dos poderes do julgador na aplicação de regras e princípios ao caso concreto, abrindo o sistema a interpretações moldadas pelos princípios.

8. O Código Civil de 1916 representava os ideais do Liberalismo brasileiro de seu tempo, cujo interesse maior era construir um sistema de normas de direito privado capaz de assegurar o regime capitalista de produção. O Código Civil de 2002 tem como base o Código que o antecedeu e, embora modernizado pelo trabalho da Comissão de juristas presidida por Miguel Reale, guarda traços fortes do Liberalismo brasileiro. O novo Código nasceu das antigas concepções do final do século XVIII e conserva rigores inconciliáveis com as novas tendências do Direito vigente no Estado Social. A aplicação adequada do Código Civil vigente reclama o trabalho permanente da doutrina e da jurisprudência para manter vivo o direito privado à luz dos novos paradigmas, trabalho que tem o caminho aberto graças às cláusulas gerais e aos princípios encontrados no texto renovado dos seus dispositivos.

9. Remover as bases de uma cultura jurídica que reconhecia valor absoluto nas declarações de vontade das partes e as obrigava ao cumprimento do que foi prometido a qualquer custo, sempre invocando o velho e desgastado aforismo *pacta sunt servanda* para justificar iníquas soluções, é o trabalho do jurista de hoje para a construção de uma nova doutrina do direito obrigacional.

10. A concepção clássica da obrigação e do contrato, que empresta à vontade força absoluta e vê a prestação como um fim, na qual se esgota

a relação, ignora a existência de outros deveres secundários e laterais das partes. Deve, portanto, ser superada a partir do reconhecimento de que a relação obrigacional não está restrita ao direito de exigir e o dever de cumprir a prestação. A obrigação é um processo que não se encerra com a prestação, cuja finalidade não está limitada ao interesse das partes e a respeito da qual deve haver uma funcionalização social. Nesse processo, as partes não assumem posições antagônicas e devem se interessar e colaborar na realização do programa contratual que é comum.

11. A relação jurídica obrigacional deve ser vista como um todo, compreendendo uma série de deveres de conduta. Deve ser vista como um vínculo dinâmico, que envolve todas as vicissitudes e problemas, e dirigida a uma finalidade.

12. A situação subjetiva do devedor não se traduz somente num simples dever ou obrigação de uma parte diante da outra, assim como não se pode ver na relação obrigacional relevância exclusiva nas situações ativas e nos poderes do credor. Outros direitos e deveres são coligados e estão presentes nesta relação.

13. A boa-fé objetiva, que impõe um comportamento honesto, leal e de colaboração, faz nascer novos deveres acessórios e coligados à relação obrigacional.

14. A obrigação não pode ser vista como instrumento técnico-jurídico criado em favor do interesse do credor. O interesse que está em jogo na relação obrigacional não é exclusivamente do credor. A relação obrigacional envolve um programa estabelecido pelas partes para alcançar uma finalidade comum, e a repercussão social desta relação transcende seus limites subjetivos.

15. No Código Civil de 2002, o adimplemento ganha autonomia em relação ao processo que representa a obrigação. É que o legislador distinguiu, criando títulos próprios, os planos do adimplemento e inadimplemento, separando-os, no trato legislativo, do processo de criação da obrigação (Títulos III e IV do Livro I da Parte Especial). A ideia de adimplemento como fase autônoma do processo obrigacional autoriza soluções diversas na execução do contrato, desfazendo-se a concepção clássica de que o adimplemento está ligado à vontade que originariamente constituiu a relação. Destacada da obrigação a fase de cumprimento, é mais fácil aceitar como relativo o princípio da intangibilidade da obrigação.

16. Percebe-se nitidamente na doutrina uma interpretação rigorosa a respeito do adimplemento da obrigação, o que se explica pelo valor que sempre se deu à autonomia da vontade nos Códigos liberais. O rigor se reflete particularmente em dois dispositivos do Código Civil. No art. 313 a lei estabeleceu a impossibilidade de substituição do objeto da prestação (*O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa*) e no art. 314 a lei firmou o princípio da indivisibilidade ou integridade da prestação (*Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou*). Essas regras rígidas encontradas no Código Civil representam a aplicação de dois princípios nas relações obrigacionais: o princípio da *identidade* ou *correspondência* e o princípio da *indivisibilidade* ou *integridade*. Ambos os princípios são decorrentes de outro princípio maior, o princípio da *intangibilidade*, segundo o qual a obrigação é uma relação jurídica bilateral e não pode ser modificada unilateralmente por alguma das partes ao dar outra coisa ou parte da coisa devida em pagamento.

17. A indivisibilidade da qual se cuida é aquela que diz respeito à prestação e não ao objeto da prestação. Portanto, se a prestação é faticamente divisível, mas juridicamente não o é, incide o art. 314 do Código Civil e o adimplemento não pode ser por partes da prestação. Essa é a solução que se mostra inflexível no Código.

18. Verificado que a rigidez do art. 314 do Código Civil foi determinada em favor da autonomia da vontade, que não sobreviveu às transformações sociais do último século, a regra não pode mais ser considerada inflexível e absoluta, admitindo-se novas soluções para o exame das questões concernentes ao adimplemento da obrigação, pois a vontade não tem mais a força do passado diante da moderna concepção da relação jurídica obrigacional definida principalmente pela boa-fé e a função social do contrato.

19. A indivisibilidade ou divisibilidade da prestação está ligada ao adimplemento. São divisíveis as obrigações que podem ser cumpridas em partes. É, portanto, o adimplemento que se divide ou não.

20. Outros valores do sistema estão presentes na relação obrigacional, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, a determinar a relativização dos rigores do princípio da integridade. Cuida-se apenas de dar à vontade das partes no negócio obrigacional o valor que ela tem hoje no Estado Social intervencionista.

21. É necessário, para atender às novas formas de relações econômicas do mundo moderno, abandonar o desgastado modelo liberal que concentrava todos os seus esforços na vontade das partes envolvidas na obrigação para ver nessa relação outros interesses a justificar a sua funcionalização.

22. É necessário dilatar o campo de visão para ver quantas outras relações estão implicadas na obrigação contratada pelas partes e que há uma trama complexa de infinitas relações sociais girando tangentemente ao interesse individual ligado ao contrato. Não é preciso mais para reconhecer que o adimplemento da obrigação não pertence exclusivamente ao interesse particular do credor e do devedor.

23. O adimplemento ocorre pela execução da prestação promovida à luz da boa-fé e dos deveres a ela inerentes. A boa-fé funciona como vetor das prestações, orientando a atividade das partes em favor do fim perseguido e exigindo delas o atendimento de outros deveres, não explícitos, para a consecução do programa contratual. O cumprimento da obrigação está ligado diretamente à observância e atuação dos deveres que o comportamento leal, a confiança, a probidade, a solidariedade e a cooperação impõem a ambas as partes.

24. Não se pode afastar da ideia de justiça contratual a exigência de cumprimento do dever de cooperação das partes na execução do contrato, quando a atuação reclamada pode ser atendida razoavelmente pela parte sem a imposição de sacrifício inaceitável, mantida a utilidade da prestação.

25. O princípio da integridade do cumprimento da obrigação admite exceções. A sua flexibilização está diretamente ligada à boa-fé objetiva e aos deveres de cooperação e solidariedade.

26. A relativização das regras de adimplemento é, como visto, um imperativo de justiça nas relações obrigacionais e um fenômeno presente nos movimentos de universalização ocidental do direito privado. Não há mais aceitação no moderno direito contratual das posições absolutas fundadas na autonomia da vontade. O superamento das vicissitudes da execução das obrigações passa pela razoável flexibilização das regras que, no modelo liberal, enrijeceram para atender interesses que não estão mais presentes no Estado Social. Vencer o egoísmo, o abuso e o exacerbado individualismo exige a aplicação inteligente das regras de adimplemento, colocadas finalisticamente em proveito não só do interesse das partes, mas da sociedade, num processo de humanização das relações que está hoje amparado e promovido pela Constituição.

27. A forte tensão que se criou entre a busca por respostas adequadas e a rigidez do sistema fechado acabou por impor um novo modelo que abre à interpretação do juiz e da doutrina um espaço indefinível para a criação de soluções moldadas na realidade dos conflitos. Ao inserir no sistema cláusulas gerais, de conteúdo aberto, o juiz passa a operar com liberdade para fazer o diálogo e estabelecer todas as conexões entre as fontes do Direito, valorando e ponderando cada uma delas para encontrar a solução correta para a demanda.

28. O modelo jurídico aberto, desapegado de valores formais abstratos, modula no Código soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, recolhendo em conceitos integradores, como a boa-fé, presentes no ordenamento, preceitos que permitem a construção de novas possibilidades para as relações obrigacionais. O legislador, nesse modelo, usa de verdadeiras *cláusulas gerais* como técnica legislativa, comuns em Códigos modernos.

29. O contrato deixou o modelo liberal do passado, visto que não há direito absoluto que decorra dos termos do ajuste das partes, porque implícita neste ajuste está a cláusula geral da boa-fé que autoriza o juiz a intervir na relação jurídica e ditar regras que não estavam escritas, mas compreendidas no dever de proceder de boa-fé.

30. A intervenção no contrato não gera insegurança jurídica. A insegurança está ligada muito mais ao domínio e operação de novos instrumentos do direito privado do que propriamente à ideia de instabilidade nas decisões. A insegurança, portanto, está radicada essencialmente nos operadores, que encontram dificuldade para vencer uma cultura que, influenciada fortemente pelos conceitos do Liberalismo, desconfia do poder conferido aos juízes para criar soluções adequadas às relações obrigacionais e atribui comodamente a responsabilidade pelas decisões ao legislador. É necessário, portanto, uma mudança de conceitos e valores para que a velha concepção do direito privado não anule os benefícios de um sistema mais aberto com interpretações restritivas e conservadoras.

31. O juiz deve buscar orientação nos valores e princípios encontrados no sistema, atento especialmente à ordem constitucional na qual estão definidos. Há valores expressos na Constituição suficientes a informar a melhor interpretação e aplicação da boa-fé objetiva no caso concreto. É o caso da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, princípios que aparentemente estão distantes da relação privada de obrigação, mas que desempenham papel relevantíssimo no preenchimento da cláusula geral da boa-fé.

32. A figura do abuso do direito sempre teve vocação para um conceito residual, de modo a autorizar sua invocação quando outra solução não é encontrada no ordenamento. É certo que, em face das novas preposições inerentes à boa-fé objetiva, o campo de incidência do abuso do direito é reduzido em relação aos contratos e obrigações, mas não está determinado o seu desaparecimento.

33. O papel da jurisprudência hoje na construção de novas regras é incontestável em face da importância que o ordenamento reconhece às súmulas e precedentes jurisprudenciais. Representa o quanto o sistema se abriu a novas interpretações e à imprescindível atuação judicial integradora e criativa na solução dos conflitos. A jurisprudência ainda é sinalizadora, através da tendência verificada nos julgamentos, de novas percepções que são capazes de reorientar a doutrina e a atuação das partes e dos agentes econômicos e sociais. Uma jurisprudência voltada à concretização dos valores constitucionais e dos princípios extraídos do sistema é o que se espera a partir das cláusulas gerais.

34. A Constituição deixou assentado como princípio geral da ordem econômica assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), o que representa a socialização do direito privado que impede que as relações intersubjetivas possam ser compreendidas sem uma contextualização sistemática e constitucional. A dignidade da pessoa humana aparece, neste contexto, como um princípio unificante que vem ligado à ideia de respeito e de solidariedade.

35. Os deveres acessórios ou laterais de conduta não podem ser determinados previamente. A incidência da boa-fé nas relações obrigacionais representa uma fonte indeterminada de deveres que serão definidos concretamente. É da própria essência da cláusula geral que o seu conteúdo seja determinado em cada caso, sem que se possa criar surpresa para as partes, porque na verdade a boa-fé se traduz em um comportamento ou modelo de conduta social que a consciência social exige em cada caso conforme um imperativo ético dado. Ocorre nesse caso uma espécie de alargamento da noção de inadimplemento contratual.

36. A cooperação que é exigida do credor encontra limite na utilidade da prestação, visto que a utilidade é o fator determinante do inadimplemento. Não se pode impor ao credor o dever de receber a prestação em desacordo com o ajuste que a criou, quando a modificação do seu cumprimento importar em inadimplemento absoluto da obrigação por falta de utilidade da prestação.

37. É necessário não emprestar à análise econômica do direito, corrente que ganha força nos ideais do Neoliberalismo, o valor absoluto que se preconiza. Os efeitos econômicos provocados pela interpretação do contrato devem compor a pauta de decisões, mas a interpretação não pode se estabelecer ao largo dos valores constitucionais orientadores de todo o sistema.

38. O contrato tem outra importante função, pouco estudada e desenvolvida na doutrina. Ele é um instrumento de pacificação social. Mais do que criar, auxiliar e promover trocas econômicas, os contratos conformam as relações entre os homens, aparando arestas, prevenindo conflitos e satisfazendo necessidades não apenas econômicas, mas também existenciais.

39. As restrições do Liberalismo à intervenção no contrato em razão do valor absoluto que tinha a autonomia da vontade não encontra no Estado Social base de sustentação, porque o contrato não é visto mais como espaço livre e reservado às relações privadas. O interesse do Estado, traduzido na função social do contrato, autoriza a sua intervenção. Não há cláusula alguma que se possa dizer absoluta. Essa nova realidade confronta com a cultura clássica do Direito Civil e atrai a crítica dos conservadores. Enquanto no passado deitava a doutrina os seus esforços sobre a autonomia da vontade no sistema fechado, hoje a atenção deve-se voltar para as cláusulas gerais e princípios que impõem ao juiz, no sistema aberto, uma nova forma de atuação, como protagonista da solução do conflito contratual. Essa mudança de paradigmas deve ser apreendida pelo civilista moderno, pois a renovação e atualização do sistema não é trabalho exclusivo do legislador, incapaz de criar no texto estático da lei solução para os conflitos que a imaginação não pode alcançar.

40. O credor não pode se furtar hoje ao dever de cooperação e solidariedade que a Constituição Federal e o princípio da boa-fé objetiva impõem à relação obrigacional. Deve emprestar a sua vontade, cooperativa e solidariamente, à modificação ou renegociação da obrigação que for necessária a dar ao devedor os meios para a execução da obrigação, porquanto o adimplemento do contrato não é um interesse que está submetido inteiramente à sua vontade, visto que tem reflexos sociais.

41. Há situações que importam na modificação da fortuna ou disponibilidade do devedor. São fatores que não podem ser entendidos como fortuito ou de força maior, mas que representam dificuldades antes não esperadas para o cumprimento do contrato. O devedor pode

ter as contas abaladas em razão de doença na família, acidente, perda do emprego, separação ou divórcio, morte de parente próximo, queda repentina das vendas, falta de pagamento daqueles que lhe são devedores etc. São infundáveis as possibilidades de modificação na situação existente ao tempo da contratação e maiores as ocorrências quando o contrato é contínuo e de longa duração. Para situações como estas, nas quais a impossibilidade de cumprimento da obrigação encontra uma justificativa, não há explícita solução legal para acomodação dos interesses das partes, porque no Código Liberal as obrigações devem ser cumpridas custe o que custar. É para estas situações que se propõe uma nova interpretação, a partir da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a exigir do credor a cooperação necessária. É a boa-fé objetiva reclamada das partes em todo o processo obrigacional que reforça o dever do credor em aceitar o parcelamento da dívida em condições razoáveis, parcelamento que pode ser imposto judicialmente em casos de impossibilidade de entendimento das partes, visto que ele não decorre de um favor concedido pelo credor, senão de um imperativo da ordem jurídica em vigor.

42. Não se cuida de conceder um benefício àquele que atua de má-fé ao pretender modificar o que foi contratado. O devedor que reconhece a dívida e renuncia à faculdade de se opor a ela, ao contrário, revela agir de boa-fé. Não se cuida, também, de reanimar o velho *favor debitoris*, porque é falsa a concepção de que o devedor é sempre a parte mais fraca na relação jurídica. Não se cuida de conferir ao devedor, exclusivamente por conta da posição que ocupa na relação obrigacional, qualquer favor. A relativização das regras de adimplemento passa por outra dimensão, na qual se vê a obrigação como um processo que gera para as partes deveres de solidariedade e cooperação.

43. Deve haver respeito a um limite dessa intervenção judicial no contrato. Não se pode exigir do credor a modificação da obrigação que torne inútil o seu cumprimento. O limite do parcelamento da dívida ou qualquer outra modificação do contrato, portanto, encontra-se na utilidade da obrigação para o credor.

44. Devem ser respeitados os limites da função criadora da boa-fé objetiva como cláusula geral. Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte. O que se exige das partes é a cooperação para alcançar os fins comuns estabelecidos no programa contratual.

45. Não há dúvida sobre a conveniência de lei a disciplinar esta intervenção na relação obrigacional, fixando regras de controle da subjetividade judicial na imposição do fracionamento e dilação do cumprimento da obrigação. A definição legal de prazos e requisitos poderia dar a esse dever de cooperação os limites aceitáveis do ponto de vista do legislador, sem anular a mobilidade do juiz na valoração das circunstâncias do caso concreto. A falta de disposição expressa na lei brasileira para esta situação dificulta, é certo, a operabilidade do parcelamento da dívida, mas não é impeditiva da aplicação desta medida que encontra fundamento constitucional nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, assim como encontra fundamento no princípio da boa-fé objetiva que gera o dever de cooperação.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Torino: UTET, 1997.

_____. La buena fe integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las cláusulas generales. In: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.); CORDOBERA, Lidia M. Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: LaLey, 2004. v. 2.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1954.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1984. v. II.

BIANCA, Cesare Massimo. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo. In: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.); CORDOBERA, Lidia M. Garrido; KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: LaLey, 2004. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert R.; MEACHEM, Standish. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. 43. ed. Tradução de Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 2005. v. 2.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Buena fe contractual*. Montevideo: Del Foro, 2005.

CAZEAUX, Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Compendio de derecho de las obligaciones*. 2. ed. La Plata: Platense, 2004. v. 1.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. *Curso Elemental de derecho civil*. Tradução da edição francesa pela *Revista General de Legislacion e Jurisprudencia*, a cargo de Demofilo de Buen. 2. ed. Madrid: Reus, 1943. t. III.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Tratado de direito civil português – 2º v.: direito das obrigações, 1º t.: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1953. v. I.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis; TRIAS, E. Roca; MORALES, A. M. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas, 2002.

_____. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 2007. v. I.

DILLARD, Dudley. *A teoria econômica de John Maynard Keynes*. 6. ed. Tradução de Albertino Pinheiro Júnior. São Paulo: Pioneira, 1989.

ESPANÉS, Luis Moisset de. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Zavalia, 2004. t. 3.

FARO, Frederico Kastrop de. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 3-39, 2009.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FLORENZANO, Modesto. *As revoluções burguesas*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*. Padova: Cedam, 2009. 2º v.

GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto. Torino: UTET, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno*. Traduzida da sétima edição italiana pela *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*. Madrid: Reus, 1930. v. VII.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito).

_____. *Obrigações*. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HEILBRONER, Robert L. As heresias de John Maynard Keynes. *A história do pensamento econômico*. Tradução de Therezinha M. Deutch e Sylvio Deutch. São Paulo: Nova Cultural, 1986. (Os Economistas).

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Tradução para o espanhol de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. II. v. I.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano – II* (direito das obrigações). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. São Paulo: Ática, 1978.

_____. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Os Economistas).

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Derecho civil – parte geral*. Versão espanhola de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Atualizado por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. *Código civil comentado: parte geral (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

LOUGE EMILIOZZI, Esteban. *La colaboración del deudor en el proceso*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

MACEDO, Ubiratan Borges de. O Liberalismo doutrinário. *Evolução histórica do Liberalismo*. In: PAIM, Antonio (Coord.). Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: volume V, tomo I – do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. _____.: volume V, tomo II – do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: _____.; BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação da tradução de João Ferreira. 7. ed. Brasília: UnB, 1995. v. 2.

MAYO, Jorge A. *Estudios de derecho civil: parte general – obligaciones – responsabilidad civil – contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. I.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII.

MOTA, Maurício. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOZOS, José Luis de Los. La buena fe en anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. In: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.); CORDOBERA, Lidia M. Garrido;

KLUGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. v. 2.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2001.

_____. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: _____. (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações, segunda parte*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. I.

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

PAIM, Antonio. A formulação inicial do Liberalismo na obra de Locke. In: _____ (Coord.). *Evolução histórica do Liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

_____. Emergência da questão social e posição anterior a Keynes. O keynesianismo. *Evolução histórica do Liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. Obligaciones, v. 2.

_____. _____. 2004, v. 1. reimp.

POTHIER, Robert. *Tratado das obrigações pessoais e reciprocas*. Tradução de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906. t. II.

PRYCHITKO, David L. Laissez-Faire. In: OUTHWAITE, William; BUTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

_____; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de planiol*. Traducción de la doctora Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1965. t. V.

RODRIGUEZ, Ricardo Velez. A crítica do Keynesianismo. In: PAIM, Antonio (Coord.). *Evolução histórica do Liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. v. 1: teoria geral do direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. v. 3: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

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

_____. *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. I.
_____. _____. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. v. II.

WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. t. I.

WALD, Arnaldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Coordenação Editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento
Art Printer Gráficos Ltda.

Capa
Clara Miguez Amil

Revisão
Ana Lúcia Moraes

Formato Fechado
150 x 210 mm

Tipologia
A. Garamond, Frutiger

Papel
Capa: Cartão Revestido 250 g/m²
Miolo: Offset Branco 75 g/m²

Acabamento
Cadernos de 16 pp.
costurados e colados-brochura

Tiragem
3.500 exemplares

Fevereiro de 2014