

**SOLIDARISMO ÉTICO E LIBERDADE NEGOCIAL: A LIVRE INICIATIVA A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

*Solidarism ethical and negotiating freedom: free initiative from the 1988
Constitution*

MARCELO DE SOUZA SAMPAIO

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual pela Universidade Tuiuti do Paraná. Professor na FANEESP. E-mail: pachoctba1@gmail.com.

LEONARDO SANCHES FERREIRA

Bolsista do CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa “Cidadania Empresarial”, liderado pela Prof. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, registrado no CNPq. Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: sanchesf.leonardo@gmail.com.

RECEBIDO EM: 29.09.2013

APROVADO EM: 04.11.2013

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a boa-fé objetiva e seu papel marcante, desde a sua aceção como regra social de conduta até a sua consolidação como cláusula geral e como vetor da nova ordem contratual, notadamente trazendo para o bojo dos acordos de vontade privatísticos o valor fundante da Constituição Federal de 1988, a saber, o solidarismo ético, a delimitar o exercício regular da autonomia privada, da liberdade negocial e da livre iniciativa. De acordo com a pacificação da opinião jurídico-científica a boa-fé objetiva é uma figura jurídica desenvolvida com base na construção doutrinária e jurisprudencial, sendo ambas as fontes de relevada importância. A metodologia adotada consiste na pesquisa bibliográfica de livros, artigos e obras que versam acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. BOA-FÉ. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.

ABSTRACT

The present work analyzes the objective good faith and his role striking, since its meaning as a social rule of conduct until its consolidation as a general clause and as a vector of the new contractual order, notably bringing the bulge of the agreements will privatísticos founding value of the Constitution of 1988, namely the solidarity ethical, to establish regular exercise of personal autonomy, freedom and free enterprise bargaining. According to the pacification of the legal opinion the scientific objective good faith is a legal developed based on doctrinal and jurisprudential construction, being both sources of high importance. The methodology consists in the literature of books, articles and products that deal on the subject.

KEYWORDS: SOCIAL FUNCTION OF CONTRACT. CONTRACTUAL OBLIGATIONS. GOOD-FAITH. PRINCIPLE OF TRUST.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Função social do contrato e efeitos das obrigações contatuais. 2. A boa-fé e o princípio da confiança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Como dever de conduta e como elemento da responsabilidade civil, notadamente contida na Teoria do Abuso de Direito, a boa-fé objetiva se manifesta no meio ambiente contratual não apenas na fase de execução dos pactuados, mas também na fase de pré-contrato e, ainda antes, na fase de negociação ou de tratativas, quando tecnicamente nem contrato ainda haveria.

Uma vez encerrada a relação contratual, algumas obrigações remanescem operantes entre as partes e, até mesmo em alguns casos, surtindo efeitos para terceiros. Por essa razão, a boa-fé objetiva também será aplicada à etapa pós-contratual.

A responsabilidade civil aquiliana pode se manifestar em qualquer uma dessas etapas negociais, não sendo exclusividade da violação positiva dos contratos. A atuação da boa-fé objetiva em cada uma das fases do itinerário contratual será vista, agora, de maneira pontuada.

1. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES CONTATUAIS

Visto que da Idade Média para a contemporaneidade, especialmente o mundo ocidental migrou de um modelo econômico baseado nos feudos, nas feiras, nas trocas, indo para as aquisições dos bens da vida por dinheiro, até que se estru-

turou o modelo capitalista econômico, a partir da Revolução Industrial no Século XVIII e experienciando a evolução do capitalismo moderno para os diversos modelos operacionais contemporâneos, adequados à realidade de cada país, sendo uns mais protecionistas e, em outros, liberais, não regulados, sem atritos jurídicos sobre a economia.

O contrato esteve presente em todas essas etapas da vida, garantindo a formalização das trocas entre os particulares. As diversas espécies de obrigações restaram regradas desde os instrumentos mais rudimentares, antes mesmo da Lei das XII Tábuas, que é um dos marcos principais do Direito Romano, e a qual já aludia aos direitos creditícios e possessórios de maneira expressa, inclusive cominando penas para os possuidores e para os depositários de má-fé³¹.

Da mesma forma como o modelo econômico se adaptou à evolução dos tempos, também o Direito e mais especificamente as obrigações e os contratos se transformam, adequando-se à necessidade social, uma vez que ambos existem em favor e pela sociedade, para regular e dar vazão segura às relações sociais. Não é a sociedade que existe por causa, ou em função do Direito e sim o inverso. E assim o meio ambiente econômico depende do Direito e dos contratos – do seu tempo – para se estabelecer de maneira ordenada. Nesse sentido, Mônica Yoshizato Bierwagen³²:

Por efeitos de um novo panorama político, econômico e social que se instaurou no Século XIX, com a consolidação de Estados liberais fundados na ideologia individualista pregada pela Revolução Francesa e o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução Industrial, os contratos revelaram-se instrumento de grande valia no desenvolvimento da vida econômica da época: garantiam a regulação de interesses individuais com igualdade entre as partes contratantes, ao mesmo tempo que atendiam à necessidade premente de ampliação e difusão das relações de troca.

Da concepção clássica emergem também os princípios clássicos orientadores do contrato, a saber, a igualdade formal das partes, donde se extrai que “todos são iguais perante a lei”, a força obrigatória dos contratos, donde se tem que o contrato faz lei entre as partes e, de maneira socialmente excludente, mantendo sua eficácia distante de terceiros, bem como, a supremacia da vontade individual, sobrepondo-se a regulações de ordem pública ou de cunho social:

Formou-se a partir dessa ideologia liberal aquilo que hoje se denomina

³¹ Vide tábuas sexta, sétima e oitava. Disponível em: <http://solatelie.com/cfap/pdf/leiXIIItabus.pdf>. Acessado em: 04.04.2013.

³² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 25.

modelo clássico de contrato, assentado nas concepções de ampla liberdade de contratar e de total submissão a seus termos, como se fosse lei entre as partes. Os princípios da igualdade das partes, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade (liberdade contratual), da relatividade dos contratos (efeitos restritos às partes), e da intangibilidade destes, se por um lado foram concebidos para garantir ampla e total liberdade entre os contratantes, para dispor de seus interesses da forma como bem desejassem, por outro, o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor. (BIERWAGEN, 2003, pp. 25-26).

Esses princípios basilares ganharam um novo colorido – não anacrônico – com sua situação na contemporaneidade hermenêutica. Desta forma, acima do interesse exclusivamente egoístico, prevalece o interesse social do contrato, sua interação e potenciais reflexos para toda a comunidade, advindo daí a relativização da vontade individual e também a compreensão da eficácia do contrato perante terceiros. A isonomia passa a ser entendida da perspectiva substancial, e não mais meramente formalista.

Todas essas noções coadunam com as lições anteriormente apresentadas de Norberto Bobbio, tanto relativas à funcionalização das figuras jurídicas, quanto à esquematização do estudo da Era dos Direitos, que culmina na Fraternidade atual, extraindo-se de ambos o valor ético como princípio fundante da Constituição Federal.

Constitucionalmente, o valor ético – e não somente normativo – da funcionalização social do contrato, resta atrelado ao preâmbulo da Carta Magna, donde emerge a Fraternidade como paradigma axiológico. E a concepção de contrato também ganha, portanto, o colorido das transformações jurídicas do governo das relações privadas, à luz da Fraternidade. Ainda se abordará mais amiúde a relação entre a ética e o Direito, conquanto fundamental a toda a construção desta pesquisa, passando pelo solidarismo ético, a função social do Direito e culminando com a materialização da boa-fé objetiva nas etapas contratuais.

Como já anotado, o Código Civil, em seus artigos 187 e 421, prescreve a função social como elemento norteador da licitude e do equilíbrio do exercício do direito regular e da liberdade de contratar.

O enunciado 539 da V Jornada de Direito Civil apresenta maiores digressões interpretativas a respeito do abuso de direito:

ENUNCIADO 539 – O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano. Artigo: 187 do Código Civil. Justificativa: A indesejável vinculação do abuso de direito a responsabilidade civil, consequência de uma opção legislativa equívoca, que o define no capítulo relativo ao ato ilícito (art. 187) e o refere especificamente na obrigação de indenizar (art. 927 do CC), lamentavelmente tem subtraído bastante as potencialidades dessa categoria jurídica e comprometido a sua principal função (de controle), modificando-lhe indevidamente a estrutura. Não resta dúvida sobre a possibilidade de a responsabilidade civil surgir por danos decorrentes do exercício abusivo de uma posição jurídica. Por outro lado, não é menos possível o exercício abusivo dispensar qualquer espécie de dano, embora, ainda assim, mereça ser duramente coibido com respostas jurisdicionais eficazes. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil. Será rara, inclusive, a aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar, sendo mais útil admiti-lo como base para frear o exercício. E isso torna a aplicação da categoria bastante cerimoniosa pela jurisprudência, mesmo após uma década de vigência do código. O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil.

O artigo 187 do Código Civil Brasileiro seguiu os moldes do artigo 334º do Código Civil Português. Sobre seu teor, explica Antonio Menezes Cordeiro³³ que o preceito se refere à boa-fé objetiva, porque não contempla vetores diretamente ligados ao sujeito, “mas antes elementos que, enquadrando o seu comportamento, se lhe contrapõem.” E nessa esteira o sujeito transita dentro das possibilidades jurídicas, “o que, já por si, implica a incidência de realidades normativas e devem, além disso, observar limites impostos [...], dos quais um, a boa-fé. O sentido desta implica a determinação do conjunto.”

De acordo com Karina Nunes Fritz³⁴, a boa-fé objetiva se estende até a conduta humana, constituindo-se em um “limitador ético ao exercício dos direitos”, o que ensejou uma “renovação na teoria do abuso de direito”, que dantes era fulcrada unicamente na culpabilidade.

³³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, pp. 661-662.

³⁴ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá. 2008, p 95.

O abuso de direito, portanto, é um dos realizadores da função social de toda e qualquer figura jurídica, na medida em que enquadra a conduta já autorizada juridicamente ao cidadão, em uma esfera de manutenção dos interesses coletivos e de concretização do ideário constitucional para o estabelecimento de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária.

Para definir esses novos contornos trazidos pela função social não basta lançar a afirmação categórica de que a função social dos contratos existe e agora “é lei”. É preciso estabelecer esses novos parâmetros, com base na verificação dos desequilíbrios modernos e com base nas necessidades contemporâneas, a exemplo do reconhecimento da potencial vulnerabilidade (relacionando-se com a travessia da isonomia formal para substancial) de uma das partes. Tereza Negreiros³⁵ afirma: “De fato, a principiologia contratual, ao invalidar a premissa clássica da igualdade entre os contratantes, requer a formulação de critérios de avaliação do grau de disparidade de poder negocial.”

Vale ainda, da mesma autora³⁶, registrar a lição do cotejo da fraternidade de maneira aplicada à queda da intangibilidade plena e à eficácia das obrigações sobre terceiros:

o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Numa sociedade que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa tal direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional.

Conforme Paulo Nalin³⁷ escreveu sobre o contrato pós-moderno. Dentre as ilações conceituais que performa, destaca-se:

a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.

³⁵ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006, p. 206.

³⁶ NEGREIROS, Tereza. Op. Cit. pp. 208-209.

³⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

Flavio Tartuce³⁸ comenta, elogiosamente, que o conceito de Paulo Nalin é “instigante e prático porque conclui que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes”. E acrescenta que “a doutrina tem relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato”.

Rosalice Fidalgo Pinheiro³⁹ comenta a correlação entre o ambiente jurídico em que são formados os contratos e o cenário político da democracia, correlacionando ambos os institutos:

Contrato e democracia foram projetados pela Modernidade em cenários jurídicos diversos, restando paradoxal relacioná-los. Porém, todo paradoxo se desfaz ao percorrer, sob os passos do contratualismo, o percurso que se estende do contrato à democracia e da democracia ao contrato. No primeiro desses trajetos, revela-se o desencontro entre contrato e direitos fundamentais, suscitado pela eficácia desses direitos, tão-somente, às relações entre Estado e cidadãos. [...] No cenário político moderno, o contrato é utilizado por inspiração das teses contratualistas, com o propósito de depositar no consenso a origem do Estado e da sociedade, legitimando o poder soberano. [...] Trata-se de delinear a autonomia contratual como um direito natural, imune a tudo que lhe seja artificial. Entra em cena o papel instrumental do contrato, tecido pelas codificações oitocentistas: a dinâmica que move as titularidades individuais. Na remoção das desigualdades sociais, suscitadas pelos conflitos entre pessoa e mercado, os direitos sociais são inscritos nas Constituições, sob o viés da jusfundamentalidade. Na realização desses direitos, a democracia se faz presente na sociedade; invade o cenário privado para impor medidas existenciais aos indivíduos e grupos que se encontrem em dificuldades de desenvolvimento, em termos econômicos e sociais. É nesse momento, que se cogita um novo papel para o contrato, o de “ponto de encontro de direitos fundamentais”.

Na sequência, Rosalice Pinheiro⁴⁰ aborda a questão dos “direitos funda-

³⁸ TARTUCE, Flavio. *Conceito de contrato na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=48>. Acessado em: 15.05.2013.

³⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. pp. 4667-4686. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

⁴⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/>

mentais sociais e a existência de um mínimo existencial a influenciar os novos contornos da autonomia contratual”.

A idéia segundo a qual há um “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”, transitou do cenário jurídico alemão para o brasileiro. [...] Semelhante teorização encontrou lugar na Corte Constitucional alemã, conferindo-se ao “mínimo existencial” status constitucional: a garantia de condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo do princípio do Estado social de direito. No cenário jurídico pátrio, o “mínimo existencial” encontrou lugar por obra de Ricardo Lobo Torres. Sustenta uma metamorfose dos direitos sociais em “mínimo existencial”, que encontra fundamento na passagem dos direitos de justiça para os direitos de liberdade. Esta deposita seu fundamento nas condições para seu exercício, importando dizer que sem aquela garantia, desaparecem os pressupostos materiais de liberdade.

Mas como essa temática, que influencia diretamente no contorno e também no conteúdo contratual contemporâneo, vem o questionamento: como a questão é tratada na Constituição Federal brasileira?

A ausência de disposição expressa na Constituição da República de 1988 não subtrai a garantia do “mínimo existencial” da tutela constitucional. Seu reconhecimento apóia-se no princípio da dignidade da pessoa humana e em seu núcleo essencial de direitos fundamentais. Trata-se da proteção a um mínimo de subsistência. Semelhante exigência conduz às dimensões do “mínimo existencial”, reveladas pelos direitos sociais. A essencialidade, presente nesses direitos, permite proclamar sua jusfundamentalidade: “a parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”. Esboça-se o elo entre dignidade da pessoa humana e direitos sociais, o que permite conferir ao “mínimo existencial” status de direito fundamental⁴¹.

É permanente o retorno para o princípio da dignidade da pessoa humana, seja no tutelamento do interesse positivo ou negativo.

Ana Paula Barcellos identifica no princípio da dignidade da pessoa huma-

arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

⁴¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

na, uma dupla eficácia: negativa e positiva. A primeira constitui-se em um limite ao legislador, enunciando o princípio de proibição de retrocesso e um parâmetro interpretativo dos atos do poder público. Já a segunda, está contida em um consenso mínimo assegurado pela Constituição, ao qual se atribui o caráter de regra. Nesta medida, a não realização dos efeitos mínimos constitui-se em violação do princípio, importando em prestação equivalente. Trata-se de um “conteúdo mínimo da dignidade”, concretizando o “mínimo existencial”⁴².

Contudo, aliado à ponderação da principiologia constitucional e civilista, aborda a função existencialista do contrato e seu mínimo existencial, induzindo a uma interpretação dos bens de utilidade relacionados ao contrato como propriedades no sentido constitucional que é alcançado pela função social:

Diante da insuficiência da civilística clássica, procura-se tutelar a pessoa no contrato, em face do mínimo existencial. Busca-se uma composição de princípios, na qual “as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e sua dignidade possam ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos”. Ao introduzir a pessoa no centro da contratação, o paradigma da essencialidade, desenhado por Teresa Negreiros, revela-se como instrumento do “mínimo existencial”. Em crítica à classificação dos bens, presente no Código Civil, atenta Pietro Perlingieri, que a relevância do bem não pode ser ditada tão-somente pela titularidade do interesse depositado nas mãos de seu titular, mas, ainda, pela tutela do bem, reservada a terceiros, que dele recebem uma utilidade não apenas econômica. Com efeito, os bens devem ser classificados segundo a utilidade que representam para a pessoa que deles se serve. Isto encontra tradução no contrato, à medida que a classificação e o regime que lhe sejam aplicáveis considerem a destinação do objeto da contratação⁴³.

E conclui, afirmando pela necessidade social da democracia atrelada às relações privadas⁴⁴:

Em atenção a essa ordem de idéias, a eficácia dos direitos fundamentais

⁴² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit.

⁴³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

⁴⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. 78.

sociais nas relações privadas, sujeita-se a um cuidadoso desenho, que se vale de critérios de ponderação. Trata-se de enunciar categorias argumentativas para direcionar a atividade hermenêutica de reconhecimento da eficácia horizontal daqueles direitos. Para tanto, o direito à moradia e o direito à saúde se entrelaçam nas relações contratuais, presentes nos tribunais brasileiros, tecendo um núcleo essencial de preservação dos direitos fundamentais sociais, que se julga indispensável à dignidade da pessoa humana: o “mínimo existencial”. Em face da vinculação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais sociais sempre incidem imediatamente perante particulares, quando se tratar do “mínimo existencial”. A tarefa de ponderação, entre autonomia privada e direitos fundamentais sociais, mostra-se complexa, chamando-se, para tanto, o princípio democrático. Busca-se neste princípio, o fundamento de incidência daqueles direitos nas relações jurídico-privadas. Nesses termos, o Estado democrático de direito está indissolúvelmente ligado à realização dos direitos fundamentais sociais. Garantir condições mínimas de existência é um pressuposto de uma democracia que não se limita à esfera política, mas avança para a esfera privada, com o propósito de alcançar igualdade substancial e justiça social.

Imperioso o registro da opinião doutoral de Tereza Negreiros⁴⁵ acerca da função social dos contratos como vertente principiológica:

Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente.

José Oliveira Ascensão⁴⁶, trata da sistematização do tema, considerando o sistema bipartite do Código Civil brasileiro:

Consideremos a autonomia privada. Hoje em dia, é em todos os países um princípio fundamental. Mas o tratamento sistemático que recebe pode variar muito. Será versada pelo ponto de vista do negócio jurídico? Ou isso

⁴⁵ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006, p. 211.

⁴⁶ ASCENSÃO, José Oliveira. *Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia*. In: V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acessado em 15.05.2013.

representa abstração excessiva e será melhor colocar em primeiro plano o contrato? Mas o contrato, por sua vez, deve ser estudado e regulado numa Parte Geral, havendo um Código Civil, ou em qualquer caso na Parte Geral de uma exposição sistemática? Ou deverá antes ser versado no âmbito do Direito das Obrigações, por o contrato ser fonte de obrigações? Tudo isto interessa também à reflexão jurídica brasileira. Muitos dos institutos examinados, mesmo os tirados de alterações recentes, ou estão já aceites ou estão em debate na ordem jurídica brasileira. Chamaria a atenção para uma inovação relativa do Código Civil brasileiro (2002): a função social do contrato, consagrada no art. 421 do Código Civil. Não representa em absoluto uma novidade. O princípio da função social abrange tendencialmente todas as situações jurídicas privadas, e portanto também as obrigações. Mas o fato de ter sido expressamente proclamado concitou as atenções. Fez multiplicar os estudos sobre o tema, como se fosse matéria nova. E isso levou a chegar a conclusões que não eram visíveis no estado legislativo anterior. Em muitos outros setores encontramos um panorama análogo. Mesmo não mudando a lei, a prática pode supri-la na descoberta das virtualidades do sistema vigente. Para isso, a reflexão sobre a situação jurídica alheia e o confronto com a nacional pode ser a via para alcançar grandes progressos que se perspectivam.

Considerando que nos próximos tópicos trataremos das etapas contratuais, valem algumas considerações sobre a função social e a boa-fé nos contratos que não atingem plenos efeitos.

Na I Jornada de Direito Civil⁴⁷, datada de 2002, foi aprovado o enunciado doutrinário n. 23:

a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

A tradicional e clássica obra de Orlando Gomes, atualizada pelos juristas paulistas Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino⁴⁸ abordam justamente as consequências da amplitude da aplicação prática – e não apenas teórica – da função social como fator ensejante da ineficácia *ad posteriori*:

⁴⁷ I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current>. Acessado em: 13.05.2013.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007, p. 37.

Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato.

O enunciado 537⁴⁹ está relacionado ao artigo 169 do Código Civil brasileiro, também atacou a função social, agora em diálogo com os negócios jurídicos nulos:

A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela. Justificativa: A tradição jurídica brasileira afirma que a nulidade, por ser vício insanável, com fundamento na ordem pública, conduz à absoluta ineficácia do negócio jurídico, sendo o art. 169 a referência para esse raciocínio. No entanto, o próprio CC relativiza essa conclusão ao reconhecer, em diversos dispositivos, a possibilidade de negócios nulos produzirem efeitos mercedores de tutela pelo ordenamento (ex.: art. 182, que, ao dispor sobre a indenização com o equivalente, considera que o negócio nulo pode ter produzido efeitos perante terceiros de boa-fé; e art. 1.561, que assegura ao casamento putativo a produção de efeitos até o reconhecimento da invalidade). A jurisprudência do STJ também relativiza a regra do art. 169 em casos em que a ordem social justifica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato nulo, como ocorre na “adoção à brasileira”. Além disso, o CC consagrou o princípio da preservação do negócio jurídico nulo e anulável nos arts. 170, 172 e 184, impondo-se que se busque, sempre que possível, a conservação dos negócios e seus efeitos de modo a proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas e também a prestigiar a função social do contrato. É necessário, assim, reler a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo. (g.n.)

O jurista Rui Alarcão⁵⁰, representante da Escola de Coimbra, ressalta o

⁴⁹ V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20JORNADA1.pdf>. Acessado em: 13.05.2013.

⁵⁰ ALARCÃO, Rui. *Menos leis, melhores leis*. Revista Brasileira de Direito Comparado n°.

fenômeno da contratação como uma espécie de fazimento particular da lei, em que pese o contrato não importar mais em um instrumento intangível. E defende a técnica legiferante dos microsistemas como mecanismo de manutenção de um Direito “arejado”, flexível e adequado às questões específicas, que efetivamente causam preocupação ao dia-a-dia dos particulares. De toda sorte, impossível não se visualizar que as construções contratualistas ditas “sócio-políticas” ora afetam a toda a sociedade, vez que pacificam as relações em geral e diminuem o apelo aos Tribunais e a necessidade da intervenção minuciosa do Estado-Lei. Mas tudo equilibrado pela nova interpretação principiológica dos contratos.

[...] e se fala mesmo em ‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas, mas institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas.

De acordo com Claudio Bueno Godoy⁵¹:

Em diversos termos, tem-se que a função social do contrato, em primeiro lugar, parte da própria relação envolvendo os contraentes, de resto como, igualmente, se dá com a função social da propriedade que, por exemplo, sendo rural, se atende quando seu exercício preserva o bem-estar também do proprietário, e não só de terceiros (art. 186, IV, da CF).

Portanto, a função social dos contratos apresenta-se como parte da nova principiologia contratual, aliada ao mínimo existencial, ou à função existencial dos contratos, materializando um vertente de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o artigo 422 do Código Civil brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Dos elementos que compõem o sistema economicamente e socialmente funcional, destaca-se a figura jurídica de maior relevância para este trabalho, a saber, a boa-fé objetiva.

31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, pp. 2-8.

⁵¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 131.

De acordo com Cláudia Lima Marques⁵²:

Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Paulo Nalin⁵³ oferece importante opinião a respeito da aplicação subjetiva da boa-fé objetiva:

Avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará partes do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sócio cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo o potencial renovador, trazido pelo princípio enfocado, que as mãos de um juiz arraigado na cultura positivista ainda reinante no Brasil nada significará, perpetuando o positivismo dogmático e a aplicação não constitucionalizada do Direito Civil.

A exemplo do que se viu da função social dos contratos, de acordo com Carlyle Popp⁵⁴, o papel da boa-fé é principiológico, mas deve alcançar efeitos práticos:

A boa-fé objetiva é princípio geral de direito e está instrumentalizada no Código Civil vigente/2002. A sua aplicação prática é fundamental para a democratização das relações jurídicas, sobretudo diante do paradigma da pós-modernidade. A utilização de critérios específicos de aplicação será de grande valia para a efetividade de tal princípio. Estes critérios são: a) a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana; b) a verificação se os deveres de conduta foram respeitados; c) o uso da equidade; d) a res-

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

⁵³ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 133.

⁵⁴ POPP, Carlyle. *Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade*. In: *Direito Empresarial e Cidadania. Questões Contemporâneas*. GEVARD, Jair; TONIN, Marta Marília; org. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17.

tauração dos parâmetros da moral objetiva e, conseqüentemente da ética, e, por fim; e) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Portanto, conforme se passará a ver, nos próximos tópicos, o contrato contemporâneo não se distingue do moderno apenas pelo seu novo conteúdo, mas também por seus reflexos serem estendidos aos momentos anterior e posterior da contratação. Nesses cenários, a boa-fé objetiva desempenha papel fundamental para se medir os efeitos obrigacionais.

E ainda, por fim, mesmo que em rápidas palavras, há que se registrar a relevância do trato jurisprudencial para a delimitação do conteúdo jurídico da boa-fé objetiva. Conforme Antonio Menezes Cordeiro⁵⁵, autor lusitano de um dos maiores tratados da atualidade sobre a boa-fé no direito civil, a jurisprudência foi responsável pela construção dos parâmetros de materialidade da boa-fé objetiva, alçando-a a valor jurídico concreto, como se verá pormenorizadamente, na análise das diversas fases contratuais em sua concepção contemporânea.

2. A BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Jorge César Ferreira da Silva⁵⁶ trata de uma afetação importantíssima da boa-fé, a saber, “o princípio da boa-fé como fundamentador de deveres jurídicos e um dos principais elementos materiais: a confiança”. Afirma o autor que a este princípio foi produzida menção no Código de Napoleão e adentrou o Brasil através do Código Comercial de 1850, mas “somente no século XX ele ganhou atribuição normativa própria, deixando de ser mero instrumento retórico ou complemento de outras disposições.” Um dos fatores principais para essa nova realidade foram os “desenvolvimentos interpretativos realizados acerca do BGB, sobretudo em decorrência do seu §242”, mas não de imediato à concepção codificada, por não ser o escopo primevo do legislador essa conferência de poderes de criar o direito para a boa-fé. Foram a doutrina e a jurisprudência que lhe concederam este papel, passando a compreender a boa-fé como um “elemento mitigador de rigorismos e capacitada a desenvolver e impor uma série de deveres jurídicos de conduta”, reconhecendo a eficácia diversa, “prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na ideia de confiança, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais”.

Em uma acepção prática do princípio da confiança, manifestado na pré, na contratualidade e na pós-contratualidade, ensina Jorge César Ferreira da Silva⁵⁷:

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina. 2001, pp. 1290-1291.

⁵⁶ SILVA, Jorge Cesar Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, pp. 45-48.

⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro :

Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte ao ponto de gerar, nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações. Também foi compreendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo que, presumivelmente, havia renunciado. No mesmo sentido, foi entendida a atuação daquele que revela, para o novo contratante, segredos ou processos do antigo. Como se percebe, todas essas condutas, contrárias à boa-fé, são diretamente contrárias à noção de *confiança* (grifos originais).

O enunciado 27 da I Jornada de Direito Civil afirma, interpretando o artigo 422, do Código Civil Brasileiro, que: “Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistêmicas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

E nesse sentido, adentrando aos elementos metajurídicos, Jorge César Ferreira da Silva⁵⁸:

Sociologicamente, a confiança pode ser compreendida como um dos principais fatores de diminuição da complexidade social. A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A confiança, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não acontecerá.

Se é por meio da confiança que o sujeito faz as suas projeções daquilo que lhe aguarda, para bem ou para mal, isso certamente afeta a sua expectativa de que o direito e as leis sejam cumpridas e, conseqüentemente, possa ele cumprir com a sua parte no acordo. Conforme ensina Carlyle Popp⁵⁹, “a teoria da confiança nasce como forma de resolver os conflitos existentes entre a teoria da vontade e a da declaração”. A teoria da confiança prima pela “vontade interna declarada”, limitando o valor da declaração à capacidade de tradução da vontade interna do agente. Já a teoria da

Renovar, 2007, pp. 48-49.

⁵⁸ SILVA, Jorge César Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 49.

⁵⁹ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 115.

declaração, de cunho formalista, ocupa-se mais do “conteúdo declarado” e menos da “real intenção do declarante”. A teoria da confiança teria vindo para mitigar a teoria da declaração, tornando-a mais acurada. Seus adeptos afirmam que a preocupação primordial não é descobrir se a predominância graça com a vontade ou com a declaração, mas antes conferir total importância à segurança, porque, de acordo com Orlando Gomes⁶⁰, “a declaração de vontade é eficaz, ainda que não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber ou não puder saber que não corresponde à vontade”.

Retomando as lições de Carlyle Popp⁶¹, a confiança diz com a relevância do “comportamento das partes, dentro do tráfico jurídico. Reflete mais uma preocupação social e solidarizante”. “Protege-se aquele que recebe a manifestação de vontade alheia, desde que esta seja séria e o declaratório não tenha porque duvidar de sua retidão”. Contudo, “a visão da doutrina da confiança não pode ser de mão única. O comportamento do declarante e os limites de sua autodeterminação também devem ser considerados”.

Conforme Ferrer Correia⁶², “o declarante responde pelo sentido que ele próprio devia considerar acessível à compreensão”. De acordo com Carlyle Popp⁶³, “a presença da confiança deverá ser verificada na situação específica, pela presença de dois elementos”, a saber, “a) objetivo: se o comportamento do declarante era suficiente para gerar confiança segundo um padrão médio;” e, “b) subjetivo: se o declaratório efetivamente confiou no comportamento da parte contrária”.

De acordo com as lições de Ana Prata⁶⁴, o suprarreferenciado elemento objetivo é gerado de situações concretas (e via de consequência descarregam no âmbito subjetivo):

- a) a natureza profissional do sujeito que intervém na negociação, como critério comparativo com o leigo, pois para este será mais fácil confiar em um convite para contratar realizado por alguém com as características daquele, do que se o convite de um profissional for direcionado a outro profissional;
- b) as características pessoais do sujeito que inicia as negociações são de

⁶⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense. 2010, pp. 277-278.

⁶¹ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 116-117.

⁶² CORREIA, Antonio Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001, p. 200.

⁶³ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 119.

⁶⁴ PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45. Apud POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 122-123.

extremo relevo, pois se se tratar de uma pessoa conhecida, respeitada, tida como correta e honesta; [...] c) a existência de anterior relação entre as partes, cuja natureza periódica (épocas do ano ou do mês, por exemplo) gere a efetiva confiança de que nova contratação advirá, aspecto que poderá importar em realização de despesas, confiante na nova contratação. d) o tipo de contrato, a sua natureza, a sua importância econômica ou social, a sua frequência e a forma como habitualmente é concluído. [...] e) a existência de uma proposta efetiva que motive o início de negociações sérias. Proposta desta natureza, onde todos os elementos definitivo estão presentes, influirá, certamente, na convicção da outra parte, acerca da retidão de propósitos da outra parte. Não se trata de mero convite para contratar [...] f) a concreta configuração de contato havido entre os sujeitos é fundamental para gerar confiança. [...] Se este comportamento gerou confiança na outra parte de que o negócio seria realizado pode ocorrer a responsabilidade pré-negocial. (grifos originais)

Por fim, há que se abordar, ainda que em rápidas palavras, um tema adjacente, que interessa ao tutelamento do princípio da confiança, o qual é tratado pela imperatividade da doutrina estudiosa da boa-fé, mas que, tecnicamente, está atrelado a condutas inadmissíveis.

Antonio Menezes Cordeiro⁶⁵ ensina que a proteção da confiança atua, por aspecto reverso, como “proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas” e três campos de estudo, em especial, derivam desse conceito.

Conforme Carlyle Popp⁶⁶:

a tutela da confiança merece proteção não somente como corolário da boa-fé, não protege somente as legítimas expectativas do declaratório com relação com relação aos procedimentos do declarante, mas também mediante a proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas.

A primeira figura jurídica dessas condutas proibidas é o *venire contra factum proprium*, assim explanado por Regis Fichtner Pereira⁶⁷:

A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não

⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p. 720.

⁶⁶ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 125.

⁶⁷ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012, p. 84-85.

é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral de boa-fé. O que se quer evitar com a proibição do venire contra factum proprium é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, nesse segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente. (g.n.)

De larga aplicabilidade é a figura do *tu quoque*, que pune ao contrante que dá causa para o descumprimento obrigacional e, ato contínuo, pretende exigir a satisfação da sua contraparte, sob pena de extinção do contrato e/ou de cominação indenizatória.

De acordo com Antonio Menezes Cordeiro⁶⁸, o *tu quoque* traduz, com “generalidade, o aflorar de uma regra pela qual uma pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”.

E conforme Carlyle Popp, “há cerca similitude, então, com a *exceptio non adimpleti contractus*, não se olvidando que esta decorre de norma legal [...] e aquele de regra principiológica, pelo menos no ordenamento pátrio”.

A respeito das figuras da *supressio* (*verwirkung*) e da *surrectio* (*erwirkung*), resume Neimar Batista⁶⁹:

E, por fim, a *supressio*, resultante da inexigibilidade de uma obrigação pela falta de exercício de uma das partes, o que leva a crer que não o fará novamente, e a *surrectio*, que é a situação inversa, ou seja, a parte reiteradamente exerce determinada posição que não é reprimida expressamente pela parte contrária.

De maneira mais elaborada por Antonio Menezes Cordeiro⁷⁰, explica que

⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p. 837.

⁶⁹ BATISTA, Neimar. POPP, Carlyle. *O abuso de direito nos contratos de distribuição mercantil e suas repercussões jurídicas*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2012, p. 108.

⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p 797.

a *supressio* é “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”. Quanto à *surrectio* preconiza⁷¹:

Para Jürgen Schmidt, as regras codificadas quanto ao influxo da efectividade sobre a regulação jurídica constituem, até pela sua diversidade, *leges speciales*. Sobre elas, como complementação do Direito legislado, ergue-se a *lex generalis*, susceptível de revestir dois aspectos: ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efectividade social – é a *supressio* – ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente – é a *surrectio*.

Por fim, Régis Fichtner Pereira⁷², alude a uma casuística de relevo na doutrina, explicando que a “invocação da *exceptio doli* e da aplicação do princípio da boa-fé, acha-se expressa no brocardo latino *dolo agit qui quod statim redditurus est*”:

Cuida-se aqui da exigência de os direitos serem exercidos no interesse do seu titular. [...] O exercício de um direito pressupõe um interesse da parte que o invoca. Não é admitido o exercício de determinado direito apenas para prejudicar a parte contrária, de tal modo que o cumprimento por esta do seu dever jurídico nenhum benefício traga ao titular do direito. Essa exigência constitui uma das vertentes da doutrina do “abuso de direito”, segundo a qual os direitos devem ser exercidos normalmente, dentro de sua finalidade própria.

Sem a pretensão de estabelecer uma ordem hierárquica entre as figuras jurídicas, esta última certamente possui um valor destacado, por uma razão sintetizada nos dizeres de Régis Fichtner Pereira⁷³: “O princípio da boa-fé não admite que os meios sejam transformados em fins em si mesmos”.

CONCLUSÃO

Surgem no cenário, contempladas figuras jurídicas de notório relevo: a função social e a função econômica dos contratos, a boa-fé e os bons costumes.

O legislador valeu-se do instituto da boa-fé por cinquenta e cinco vezes,

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p 816.

⁷² PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012, p. 85.

⁷³ PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012, p. 85.

especialmente quando trata de direitos das obrigações. Deste arcabouço, relevante, contudo, salientar a tutela do artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desume-se, portanto, que o solidarismo é então civil-constitucional, notadamente materializando a nova tipificação da ilicitude, aliada ao citado vetor do artigo 422, e afeta diretamente ao ambiente negocial e contratual, retirando-o juridicamente do contexto liberal e egoístico, para inseri-lo em uma visão contemporânea do contrato, em que o mesmo alcança função social, econômica e existencial, adentrando-se a uma era em que a conduta dos particulares é norteadada ética e moralmente por força de lei, transformando o conteúdo contemporâneo da autonomia negocial.

Por sua vez, a função social é um instrumento adotado pela hermenêutica advinda da racionalidade do direito civil-constitucional, que importa na releitura de todas as figuras jurídicas à luz de seu conteúdo solidarista. Mesmo a figura jurídica mais privatística ganha outro conteúdo quando aplicado sob a ótica dos preceitos constitucionais. E do solidarismo emergem outros princípios diretores das relações privadas, tais como a Boa-Fé (objetiva) Negocial, a Confiança e Transparência.

E a liberdade de iniciativa, descrita no artigo 170 da Constituição Federal, não tem destino diferente. A própria Constituição Federal se ocupa de funcionalizar a atuação lícita do mercado delimitando-a em razão da efetividade de valores e princípios maiores, como, por exemplo, a proteção do consumidor, do meio ambiente e da empresa nacional.

O solidarismo ético não se resume a uma norma positivada, mas se constitui em um princípio de justiça. Em seu arcabouço se concentra a dignidade da pessoa humana e valores constitucionais expressamente estabelecidos a partir da edição da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Rui. *Menos leis, melhores leis*. Revista Brasileira de Direito Comparado n°. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia*. In: V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em 15 mai. 2013.

BATISTA, Neimar. POPP, Carlyle. *O abuso de direito nos contratos de distribuição mercantil e suas repercussões jurídicas*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2012.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contra-*

tos no novo código civil. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

CORREIA, Antonio Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá. 2008.

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

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense. 2010.

I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current>. Acessado em: 13.05.2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

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

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

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012.

PRATA, Ana. Notas sobre responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45. Apud POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

POPP, Carlyle. *Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade*. In: Direito Empresarial e Cidadania. Questões Contemporâneas. GEVARD, Jair; TONIN, Marta Marília; org.

Curitiba: Juruá, 2006.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

TARTUCE, Flavio. *Conceito de contrato na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=48>. Acessado em: 15.05.2013

V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20JORNADA1.pdf>. Acessado em: 13.05.2013.

Vide tábuas sexta, sétima e oitava. Disponível em: <http://solatellie.com/cfap/pdf/lei-XIItabuas.pdf>. Acessado em: 04.04.2013.