

O papel da boa-fé objetiva no atual direito contratual: por um dever geral de cooperação e de solidariedade intrapartes

Identificação:

Grande área do CNPq.: Ciências Sociais Aplicadas.
Área do CNPq: Direito.
Título do Projeto: O direito civil na pós-modernidade jurídica.
Professor Orientador: Lucas Abreu Barroso.
Estudante PIBIC/PIVIC: Laio Portes Sthel.

Resumo: Visto pelo prisma histórico-cultural, os modelos teóricos advindos da modernidade, que ainda se fazem presentes no Direito, encontram-se anacrônicos perante a realidade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica. Neste diapasão, e com o fito de propiciar uma renovação do Direito Civil brasileiro, o Código Civil de 2002 foi elaborado com a presença de diversas cláusulas gerais. Dentre elas, encontra-se a cláusula geral da boa-fé objetiva e, em meio ao seu plexo de utilidades práticas, encontra-se o seu papel no estabelecimento dos deveres ditos anexos. A doutrina que discorre sobre este tema, todavia, vem de encontro aos pressupostos epistemológicos adotados na presente pesquisa e, com isso, revela-se insuficiente e contraditória face ao entendimento da própria realidade contratual hodierna. Portanto, faz-se mister construir, a partir da linha crítico-metodológica, uma nova fundamentação para a boa-fé objetiva. Desta perspectiva, emerge a necessidade de se pensar sobre um dever geral intrapartes. Este, por sua vez, deve colher seus alicerces na cooperação e na solidariedade, à vista da constitucionalização prospectiva da civilística nacional e da busca pelo Direito Civil como efetivo instrumento da autônoma, mas responsável, realização da pessoa humana.

Palavras chave: Pós-modernidade. Direito contratual. Boa-fé objetiva. Constitucionalização do Direito Civil.

1 – Introdução

O fenômeno jurídico, como produto cultural da humanidade, guarda consigo a intrínseca conexão com os padrões vigentes em dado lugar e em determinada época. Tal qual o pensamento político e o sociológico, ele não está distante dos conceitos dominantes em certa conjuntura histórico-social, retirando desta os vetores que iluminarão o desenvolvimento das suas concepções basilares (SALDANHA, 2001, p. 87). Nesta esteira, percebe-se que o Direito foi encarado de forma peculiarmente própria a cada momento histórico das civilizações ocidentais – afinal, a intenção que o jurista romano assumiu à problemática jurídica fora bem distinta daquela representada pelo jurista medieval, que, por sua vez, distingue-se da postura do jurista da Idade Moderna (NEVES, 2010, v. 1, p. 12-13). Assim, e à vista do alvitrado no projeto de pesquisa proposto pelo orientador deste subprojeto, também o jurista contemporâneo, sem perder de vista os contributos do pensamento jurídico pretérito, deve assumir a sua historicidade e buscar responder às novas demandas surgidas com o caminhar da sociedade de forma consentânea com o contexto cultural em que se insere.

É neste sentido que se assevera estarem em crise os modelos teóricos construídos na modernidade, característicos da era industrial, por não mais corresponderem à atual realidade, marcada pelo pluralismo, pela globalização cultural e econômica e pela complexidade das tessituras sociais (AMARAL, 2003, p. 63). Destarte, não procede mais a concepção matemática de um Direito identificado com a ideia de sistema fechado, pelo qual o raciocínio jurídico se pautava num dedutivismo lógico e cuja metodologia de aplicação tinha caráter marcadamente exegético. Agora, o pensamento jurídico precisa dar conta de um renovado paradigma epistemológico, caracterizado pela complexidade, e que coloca em cheque as verdades impostas e os dogmas estabelecidos pela doutrina jurídica tradicional (AMARAL, 2011, p. 67-68).

Em face desta renovada visão da realidade, nascem, concomitantemente, novas técnicas legislativas em vista das necessidades de readequação do pensamento jurídico. Dentre tais expedientes legais, destacam-se as cláusulas gerais: dada a sua imprecisão de sentido ocasionada pela vagueza de termos e expressões contidas na sua hipótese normativa, elas surgem com a função de abrir e flexibilizar o sistema jurídico para as novas demandas sociais (AMARAL, 2009, p. 35). O atual Código Civil de 2002 foi elaborado justamente neste sentido e, por tal razão, encontra-se impregnado de cláusulas gerais que, em tese, favorecem a aproximação do texto legal com a mutabilidade das relações humanas cotidianas.

Especificamente no campo do Direito Civil, a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422, CC/02) reflete tal abertura sistemática, determinando toda uma gama de evoluções não só no âmbito obrigacional e contratual, mas também da civilística como um todo, haja vista que “o avanço do civilismo, a nível de soluções concretas, durante o século presente, actuou com recurso à boa fé” (CORDEIRO, 2007, p. 396), bem como “na actualidade, as zonas de crescimento do Direito civil, [...] mantêm-se conectadas com a boa fé” (CORDEIRO, 2007, p. 397).

Em meio ao multiuso apresentado pela supracitada cláusula, destaca-se o seu relevante papel no estabelecimento de deveres a serem seguidos pelas partes durante a existência do contrato. Contudo, tais deveres, segundo observa a doutrina tradicional, teriam função meramente acessória, anexa, integrativa ou paralela aos deveres contratuais. Noutros termos, seriam simples meio de proporcionar um correto andamento ou uma otimização ao desenrolar da relação contratual (MARTINS-COSTA, 2000, p. 440; CORDEIRO, 2007, p. 592), atuando de forma a auxiliar no desenvolvimento das prestações obrigacionais contratualmente estabelecidas.

Todavia, se há o reconhecimento de que os deveres estabelecidos com fulcro na boa-fé objetiva alojam-se em níveis muito mais profundos do Direito com base na própria natureza da boa-fé como “vector geral de todo o sistema jurídico” (CORDEIRO, 2007, p. 395), então como falar numa natureza meramente auxiliar? Afinal, se as soluções concretas dadas com fundamento naquela exprimem um verdadeiro regresso às finalidades últimas do Direito (CORDEIRO, 2007, p. 341), parece ser necessário refletir sobre a imputação deste profundo papel ao referido instituto em contraposição à ação restritivamente acessória dos deveres dele extraídos. Mais que isso, é mister perquirir a quais escopos da vida jurídica a boa-fé alegadamente se conecta e são manifestados na sua realização. Tais investigações, por fim, diante do crescente fenômeno da constitucionalização do Direito Civil brasileiro, impõem a

articulação quanto ao objetivo fundamental de se “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CRFB/88) e o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88).

2 – Objetivos

Demarcados os pressupostos em que se assenta esta pesquisa e as problemáticas de que ela trata, o estudo da temática proposta deixa entrever a necessidade de se identificar não mais deveres assessórios impostos pela boa-fé objetiva, mas um dever geral, que coadune com as oscilações socioculturais que impactam os contratos e o próprio Direito Civil na sua totalidade. Destarte, o subprojeto de pesquisa que se intentou elaborar teve como principal fito verificar se, a partir da boa-fé objetiva e do plexo de utilidades que ela representa, poder-se-ia extrair a ideia de um dever geral de cooperação e de solidariedade a ser observado pelas partes no desenrolar da relação contratual. Verificar-se-ia, ademais, se tal dever representa uma necessidade no atual Direito brasileiro de que as partes cooperem na execução contratual em nome da boa-fé objetiva e com fulcro nos ditames constitucionais solidários.

Quanto aos objetivos específicos propostos no subprojeto inicial, é possível condensá-los nos seguintes: (i) aprofundar a compreensão da conjuntura social da pós-modernidade que se coloca como pano de fundo para as alterações sofridas pelo Direito – tal desígnio, como se verá na parte dedicada aos resultados e às discussões, foi de cabal importância para nortear o aprimoramento das conclusões obtidas; (ii) compreender a relevância da boa-fé objetiva para o estabelecimento de um possível dever geral de cooperação e solidariedade – fundado em ditames constitucionais –, investigando-se igualmente os limites e as limitações de tal construção teórica.

Foram estas as finalidades deste subprojeto, as quais se espera terem sido alcançadas com êxito e consistência a partir da metodologia aplicada e dos referenciais teóricos utilizados.

3 – Metodologia

A pesquisa em torno do objeto de estudo proposto seguiu a linha *crítico-metodológica* (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 20-21), posto ter sido realizada com base em teses que surgiram a partir das renovações que incidiram no pensamento jurídico e na metodologia de realização do Direito na pós-modernidade. Dentro desta linha, escolheu-se a vertente *jurídico-teórica* (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 22), porquanto se buscou delinear um possível novo dever, de caráter geral, a partir do confronto entre as construções teóricas já realizadas acerca da boa-fé objetiva e as novas demandas oriundas da prática social. Logo, o raciocínio estabelecido foi baseado na visão de um Direito como ciência prática, voltada para a sua realização e para a efetiva solução de problemas concretos. Ademais, adotaram-se os tipos de investigação *jurídico-exploratório* e *jurídico-interpretativo* (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 28-29), na medida em que se objetivou traçar um panorama inicial do problema e, a partir disso, interpretar os dados da realidade jurídica e suas necessidades.

Apresentadas as vertentes adotadas no desenvolvimento do subprojeto, a reflexão sobre o tema proposto se pautou essencialmente em pesquisa bibliográfica nas obras listadas nas referências. Foram

utilizados livros e artigos científicos de relevo no que se refere aos contratos e à boa-fé objetiva – com destaque para as leituras realizadas nas obras de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2007) e Judith Martins-Costa (1999), referências necessárias neste assunto –, bem como aqueles que igualmente serviram para compreender o fenômeno jurídico de forma grandemente distinta daquela pela qual se pautou o início desta pesquisa. Dá-se ênfase, neste ponto, ao estudo dos escritos de Francisco Amaral e António Castanheira Neves,¹ cujas elucubrações jusfilosóficas contribuíram em larga medida para se repensar o atual sentido do Direito e sua problematicidade, promovendo-se a investigação dos reflexos destas meditações nos resultados do presente subprojeto.

Ademais, foram realizadas reuniões com o orientador e demais membros do grupo de pesquisa vinculados ao projeto principal, nas quais foi possível trocar informações de comum pertinência aos orientandos e obter contributos dos debates e das discussões direcionados à melhor compreensão do Direito no atual contexto histórico-cultural, bem como compreender suas reverberações no tema deste subprojeto.

Por fim, assinala-se que, devido ao rumo eminentemente teórico conferido a esta pesquisa, tornou-se despicienda a pesquisa jurisprudencial proposta no subprojeto. Por tal razão, abdicou-se da investigação de julgados do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se mantivesse coerência com a busca por fundamentos jurídico-teóricos acerca do tema proposto.

4 – Resultados e Discussões

Assim como o fenômeno jurídico não está desvinculado da realidade histórico-cultural que o cerca, à luz do já apresentado na introdução deste relatório, também a boa-fé objetiva deve ser observada sob o prisma de certo entendimento do Direito espaço-temporalmente localizado. Como o próprio Menezes Cordeiro assevera, a boa-fé não se reduz à ideia de um instituto jurídico comum, mas antes manifesta a compleição de um “[...] factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico”. (CORDEIRO, 2007, p. 371). Dada a profundidade e o relevo do estudo procedido pelo mencionado autor acerca do instituto aqui discutido, cabe investigar, primeiramente, qual o entendimento deste jurista português acerca do Direito e da boa-fé, bem como suas contribuições para a compreensão geral desta e do panorama que a circunda.

Já na introdução de sua obra, Menezes Cordeiro assenta os postulados epistemológicos nos quais construirá o desenvolvimento do seu pensamento acerca da boa-fé. A partir da defesa da dogmática jurídica e do caráter eminentemente científico do Direito, o jurista português esclarece que todo o fenômeno jurídico é positivo e que, embora não se esgote na ordem jurídica dada, a dogmática planta suas raízes nesta mesma positividade (2007, p. 30-31). Assim, ainda que a boa-fé não se compadeça com a clássica interpretação-aplicação subsuntiva e que seja impossível defini-la em termos legais e positivos – cabendo à jurisprudência o preenchimento do seu conteúdo no caso concreto –, a boa-fé deveria ser encarada de forma dogmática para que se fuja do que o autor chama de irrealismo metodológico e da

¹ Decorrente do estudo sobre o pensamento deste filósofo do Direito português, produziu-se o seguinte resumo, apresentado como comunicação oral, na I Semana Científica do Direito UFES: JESUS, M. N. ; STHEL, L. P. . A razão prática como uma solução possível para a atual crise do Direito. In: Semana Científica do Direito UFES: Graduação e Pós-Graduação, 1. Vitória: Programa Stricto Sensu de Pós-Graduação em Direito da UFES, 2012.

mitificação deste instituto civil daí decorrente (CORDEIRO, 2007, p. 41-43). Estes fenômenos, apontados e criticados pelo autor em comento, emanam da dificuldade de apreensão científica dos desenvolvimentos acerca da boa-fé obtidos jurisprudencialmente: os juristas que se propuseram a estudá-la se pautam em proposições grandiloquentes, meramente formais, que não fornecem critérios materiais suficientes de decisão, o que gera, portanto, a mitificação do conceito de boa-fé objetiva – ou seja, um instituto “[...] onde todas as esperanças são possíveis” (CORDEIRO, 2007, p. 401).

Assim, para se evadir destas dificuldades metodológicas, Menezes Cordeiro parte da jurisprudência germânica a fim de extrair os deveres que as partes devem observar no desenrolar do vínculo contratual, estabelecendo-se uma tripartição em deveres de proteção, lealdade e informação ou esclarecimento (2007, p. 603-607). Todavia, aponta o referido autor que o dever de proteção, tal qual concebido de forma unitária pelo pensamento jurídico alemão, não tem aplicabilidade em ordenamentos jurídicos nos quais haja a possibilidade de se extrair o mesmo resultado prático a partir das regras referentes à responsabilidade extracontratual (2007, p. 636-637), como é o caso do Brasil (*vide* art. 186, CC/02).

Portanto, é possível inferir que os deveres anexos se restringiriam aos demais: (i) o de lealdade – dever de assumir um comportamento que proporcione uma negociação correta e honesta, abarcando deveres de cuidado, sigilo e atuação consequente; (ii) o de informação ou esclarecimento – dever de prestar todas as informações necessárias para que o contrato seja finalizado e executado de forma honesta (CORDEIRO, 2007, p. 583). A consideração desses deveres emerge da visualização já pacífica da complexidade intra-obrigacional, que supera a tradicional visão bipolar entre crédito e débito para reconhecer a obrigação como uma realidade composta também por outros elementos (CORDEIRO, 2007, p. 586). Assim, além da prestação principal, consubstanciada no comportamento humano a ser realizado pelo devedor em favor do credor, far-se-iam presentes diversas outras operações materiais e condutas a serem tomadas pelos contraentes – dentre elas a obediência a determinadas imposições legais, tais como os deveres anexos extraídos da boa-fé objetiva (CORDEIRO, 2007, p. 590-591).

A propósito, conforme aduz Menezes Cordeiro, a natureza destes deveres em comento é essencialmente legal, posto ser a própria boa-fé objetiva originada no seio do sistema jurídico positivado, ou seja, servindo para lembrar aos jurisdicionados de que ainda se está a tratar da aplicação do Direito positivo e de sua Ciência (2007, p. 650). Ademais, defende o mesmo autor que, para se concretizar a boa-fé, faz-se necessário ter em vista dois princípios: o da proteção da confiança e o da materialidade da regulação jurídica. O primeiro volta-se para a proteção das legítimas expectativas geradas na outra parte contratual, ou aderência a representações que esta tenha por efetivas (CORDEIRO, 2007, p. 1234), enquanto o segundo representa o combate ao formalismo jurídico e à sua cega obediência às normas legais e ao puro silogismo (CORDEIRO, 2007, p. 1252). Estes seriam, enfim, os vetores a serem seguidos na realização da boa-fé nos casos decididos.

Como se vê, Menezes Cordeiro não foge à ideia de que o Direito é essencialmente positivo e, portanto, sistemático, ainda que seja um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético². Nesta concepção, a boa-fé aparece como elemento jurídico que propicia a entrada de elementos

² Para melhor compreensão destes termos, cf. CORDEIRO, 2007, p. 1260-1263.

extrassistemáticos ao conjunto de proposições prescritivas legalmente previstas, enriquecendo o sistema jurídico e permitindo a sua maleabilidade quando colocado em confronto com os casos concretos. Os deveres anexos, portanto, inserir-se-iam nesta concepção dogmática do Direito, servindo como expediente para modelar as relações contratuais nos sentidos que o próprio ordenamento jurídico e suas finalidades últimas forneceriam.

Neste mesmo diapasão, caminha também o entendimento de Judith Martins-Costa, outro nome de relevo no estudo da boa-fé objetiva e sobre quem doravante se discorrerá, a fim de complementar o estudo sobre o estado da arte em que se encontra o tema no pensamento jurídico dominante. De fato, a referida jurista brasileira concebe o instituto em tela como um caminho útil à “[...] construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, [...]” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 382) – ou melhor, um sistema relativamente aberto ou de auto-referência relativa, já que a completa abertura poderia redundar numa incongruente assistematização (MARTINS-COSTA, 1999, p. 275).

Desta feita, a boa-fé objetiva, encartada numa cláusula geral na codificação civil, poderia acarretar tal abertura sistemática do ordenamento jurídico – tornando-o poroso à inserção de elementos antes tidos como extrajurídicos –, e que, ao mesmo tempo, geraria uma mobilidade interna, ou seja, proporcionando o retorno ou reenvio da solução dada no caso concreto ao disposto no interior da ordem jurídica posta (MARTINS-COSTA, 1999, p. 341). Efetivamente, segundo a mencionada autora, a boa-fé objetiva deve ser louvada por se divorciar da concepção fechada do Direito, permitindo, para além desta modificação sistemática interna, a ressystematização dos elementos que escapam aos limites das normas legais positivadas, rearranjando-os dentro do próprio sistema (MARTINS-COSTA, 1999, p. 22 e 369). Consequentemente, desta ordem de ideias se infere que o instituto em tela favoreceria a intermitente readequação e a constante inovação do Direito.

No que tange aos deveres anexos propriamente ditos, Martins-Costa também se pauta nas modificações que incidiram no processo obrigacional para fundamentar a existência daqueles. Aduz, destarte, que o vínculo obrigacional deve ser visto pelo prisma da sua dinamicidade intrínseca, a partir de uma visão totalizante e processualística da obrigação: esta passaria a “[...] englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, ‘casos’ e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimentam processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, [...]” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 394). Dentre tais vicissitudes se encontram os deveres anexos, acessórios ou instrumentais, cuja dependência do caso concreto para a sua determinação e conseqüente mutabilidade é ressaltada por Martins-Costa com o fito de justificar – ao contrário de Menezes Cordeiro – a sua preferência por não reduzi-los e numerá-los dogmaticamente. Em verdade, a citada jurista traça um rol exemplificativo de tais deveres, no qual, inclusive, insere um dever de “colaboração e cooperação” e faz referência ao fato de tais deveres, em geral, serem chamados de “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 439).

Para a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, para a determinação dos deveres a serem seguidos pelos contraentes no caso concreto, Martins-Costa defende o necessário distanciamento do método axiomático-dedutivo: no seu entendimento, a mais adequada metodologia a ser

adotada reside na tópica jurídica oriunda das elaborações teóricas de Theodor Vieweg (MARTINS-COSTA, 1999, p. 355 e ss). Embora criticado por Menezes Cordeiro (2007, p. 1132 e ss), o pensamento tópico é apresentado por Martins-Costa como essencialmente problemático, e, por isso, operativo e pragmático, servindo muito bem ao modo pelo qual a boa-fé objetiva demanda a sua realização (1999, p. 371-372), sem que se abandone o pensamento sistemático por completo – ambos são complementarmente dialéticos e estão na raiz do desenvolvimento de um sistema aberto (1999, p. 376-377).

Assim, comparativamente se observa que, embora mantenham a defesa de uma metodologia distinta para a realização da boa-fé objetiva e dos ditos deveres anexos – enquanto o Menezes Cordeiro se firma na convicção de que os princípios da materialidade da regulação jurídica e da confiança devem ser adotados como norte para a concretização da boa-fé objetiva, Martins-Costa prefere a tópica jurídica para o alcance de tal desiderato –, ambos os autores assentam seus pressupostos epistemológicos em pilares semelhantes. E neste ponto habitam algumas das principais dificuldades encontradas no decorrer da pesquisa proposta pelo subprojeto: os juristas aqui abordados, representativos da corrente jurídica dominante sobre o tema, pensam a boa-fé objetiva a partir de uma visão dogmática e sistemática do fenômeno jurídico, não obstante partam de uma compreensão aberta deste. Desta feita, mesmo que ambos rejeitem a mera lógica subsuntiva de aplicação do Direito, as concepções tecidas pelos autores em tela se chocam com as bases gnosiológicas já traçadas na introdução deste relatório, e que iluminaram o prosseguimento desta pesquisa e dos estudos realizados com o orientador e demais orientandos. Assim, na busca por um fundamento diverso para a boa-fé objetiva, torna-se imperioso observar como tem sido enfrentada a fração do jurídico ao qual esta e seus deveres ditos anexos estão votados a regular, qual seja, a realidade contratual e sua dimensão econômica subjacente.

Como qualquer instituto jurídico, o contrato está sujeito ao que se pode denominar por “[...] princípio de relatividade histórica [...]” (ROPPO, 2009, p. 347-348). Com isto se quer afirmar que o fenômeno da contratualidade também se sujeita às contingências históricas que marcam o seu entendimento, sendo criticável qualquer posição que tencione determinar uma pretensa “essência” unitária e universal do contato, extraída de uma única vertente do conhecimento jurídico. De fato, hoje se reconhece a fragmentação que perpassa a teoria contratual pós-moderna: sendo o instituto ora em comento marcado por suas variadas facetas, torna-se impraticável a obtenção de um conceito seu que seja singular e revelador da sua estrutura (BARROSO, 2012, p. 163). Até mesmo a standardização das trocas não determinam a “morte” do contrato, e sim a readequação da sua disciplina frente às dinâmicas exigências socioeconômicas hodiernas (PERLINGIERI, 2008, p. 397).

Isto, todavia, não obsta a possibilidade de se delinearem algumas linhas gerais do perfil dos contratos. Estes, a propósito, são tradicionalmente definidos como o “[...] acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”³ (BIANCA, 2007, p. 23). Assim, a patrimonialidade, ou melhor, a economicidade é o elemento que marca o instituto contratual, na medida em que este se concretiza unicamente nas relações que tenham como aquela o seu componente basilar (BARROSO; MORRIS, 2008, p. 40). Isto, porém, não significa que o universo contratual esteja

³ Livre tradução do espanhol. Trecho original: “[...] el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

atrelado à mera ideia de troca: uma doação, por exemplo, também se caracteriza por ser um contrato, posto ser igualmente um meio de circulação de riqueza.

Nesta esteira, afirma-se ser o contrato uma verdadeira vestimenta jurídico-formal para as operações econômicas – onde esta não esteja presente, não será possível identificar a existência de um contrato (ROPPO, 2009, p. 11). Por conseguinte, como conceito jurídico, o instituto em tela está destinado a regulamentar a circulação objetiva de riqueza, seja ela atual ou potencial, de uma pessoa a outra, conforme o sentido e a organização que se queiram conferir aos interesses envolvidos na realização das operações econômicas (ROPPO, 2009, p. 9 e 13). Vê-se, pois, que o contrato configura-se como instrumento imerso no contexto econômico-social: ele representa a tradução jurídico-formal deste, com vistas à formação de um corpo complexo de regras que tutelem os interesses dos contraentes.

Em termos de evolução legislativa, sabe-se que o paradigma contratual clássico, oriundo do contexto iluminista do século XVIII, influenciou a primeira sistemática legal dos contratos, inserida no Código Napoleônico de 1804. Porém, o panorama estritamente conceitual anteriormente delineado não impediu que a teoria contratual, já na sua origem, tivesse desempenhado uma função ideológica. O contrato, na verdade, tornou-se “[...] a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação” (ROPPO, 2009, p. 28). Compreende-se, assim, a profunda ligação entre as raízes conceituais da teoria contratual e os objetivos econômicos da classe burguesa em ascensão, que visava, em última análise, à consolidação do sistema capitalista como modo de produção vigente.

Esta perspectiva se torna ainda mais latente quando melhor analisado o cerne da teoria contratual primeva, qual seja, a autonomia da vontade, hoje reconhecida na autonomia privada.⁴ De antemão, esta pode ser definida como o poder pelo qual a ordem jurídica estabelece a possibilidade de os sujeitos de direito determinarem a juridicização das suas atividades, elegendo os efeitos jurídicos a serem produzidos (MELO, 2011, p. 82). Contudo, e para além desta construção puramente doutrinária, percebe-se que, na sua raiz, a defesa de uma autonomia a todos os indivíduos fora determinada pela necessidade de se declarar a liberdade dos trabalhadores perante os vínculos que os atrelavam às terras dos senhores feudais, a fim de que pudessem servir de mão de obra livre à burguesia nascente (PRATA, 1982, p. 9). Nas palavras de Ana Prata, tem-se que “a ligação entre o trabalhador e os meios de produção só é possível pelo *acordo* daquele e do proprietário destes” (1982, p. 8, grifo nosso).

Nota-se, portanto, que a defesa da autonomia privada e sua importância jurídica surgiram num momento de definitiva queda do feudalismo e de expansão do capitalismo, determinando, assim, a universalização deste e de outros conceitos favoráveis à consolidação deste sistema econômico de produção. Em tal contexto, o negócio jurídico, do qual o contrato é o expoente maior, revela-se como verdadeira afirmação da liberdade dos indivíduos e da liberdade econômica de todos (PRATA, 1982, p. 10). Contudo, é preciso dizer que a exaltação de uma liberdade e uma igualdade entre os sujeitos, naquela conjuntura, não saiu do campo formal; a abstração destes princípios, em verdade, serviu para escamotear

⁴ Em razão do aprofundamento nos estudos sobre a autonomia privada e sua atual problemática face às concretas relações contratuais, produziu-se em coautoria o seguinte artigo científico para o XXI Congresso Nacional do CONPEDI: GOMES, Jussara Seleguini.; STHEL, Laio Portes. O atual dilema da autonomia privada: entre a teórica contratual e a efetividade das práticas sociais. In: Otávio Luiz Rodrigues Jr.; Giordano Bruno Soares Roberto; Nelson Luiz Pinto. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Ied. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 164-183.

as profundas desigualdades substanciais, em especial quanto ao poderio econômico-social entre os contraentes, a fim de que se dissimulasse a existência de acordos de vontade materialmente injustos (ROPPO, 2009, p. 37-38), daí afirmar-se a função ideológica embutida nas origens da construção jurídica dos contratos.

Destarte, feita essa digressão histórica acerca da teoria contratual clássica e de seu pilar essencial, a autonomia privada, insta ressaltar que tal paradigma liberal-burguês parece não estar tão afastado assim do pensamento jurídico civilista na contemporaneidade. Com efeito, inobstante se observe a pluralidade que permeia o fenômeno contratual, no qual se faz sentir a presença de diversos paradigmas em atuação, há que se apontar para o fato de que, à luz de Maria Luiza Feitosa, a imagem do contrato extraída da racionalidade liberal, ainda seria prevalecente (2007, p. 566). Aduz esta autora que, “em contexto nacional, por exemplo, os contratos que se enquadram objetivamente no ordenamento jurídico e que não envolvem relações de consumo não mudaram a ponto de se enxergar aí a exaustão do paradigma clássico” (FEITOSA, 2007, 569). Logo, vê-se que a concepção de contrato como acordo de livres vontades, baseado numa liberdade e igualdade formais, permanece influenciando a doutrina civilista e a legislação pertinente ao tema.

Este fato, por seu turno, deve ser levado em conta na análise da fundamentação que se concede à boa-fé objetiva. Efetivamente, no decorrer do desenvolvimento da pesquisa, a análise do panorama contratual se mostrou de grande valia, na medida em que deixou transparecer a forma como a teoria que o abraça permanece imbuída, em muitos aspectos, do individualismo liberal-burguês novecentista. Assim, afirmar a natureza estritamente acessória e integrativa dos deveres ditos anexos acaba por resvalar numa posição acrítica sobre a própria realidade com a qual se esta lidando. Afinal, se tais deveres são simples normativas direcionadas ao “[...] *exato processamento da relação obrigacional* [...]” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 440, grifos da autora), ou seja, à persecução da finalidade contratual consubstanciada no adimplemento, nada mais estarão fazendo que compactuar com o viés ideológico encontrado nos meandros da teoria contratual e que esconde as efetivas desigualdades intrapartes.

Na esteira desta conclusão, como poderá o Direito encarar tal problemática com maior plenitude se este é tido, à exemplo da visão adotada por Menezes Cordeiro, como carecedor de um reducionismo para que se torne operativo frente à crescente complexidade das sociedades atuais (2007, p. 1258)? Ora, não há que se ter o fenômeno jurídico, na conformidade do já reiteradamente asseverado no presente relatório, como produto de uma axiomática e simplificadora perspectiva. O Direito, em sua essência, deve pautar-se pelo enfrentamento desta complexidade, posto que dela emanado. Afinal, se hoje as leis deixaram de ser exclusivamente formadoras de um estatuto jurídico, tornando-se fruto de contingências políticas e forças partidárias, faz-se necessário, consoante os ensinamentos de António Castanheira Neves, que

“[...] a índole política (comprometidamente política) da função legislativa há-de ter o seu contrapólo na índole jurídica (autonomamente jurídica) da função jurisdicional. Neste sentido, mas apenas neste sentido, se poderá falar da evolução ‘*Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*’ (R. Maric). O que, desde que assim entendido, está para além da questão da legitimação (democrática) da função jurisdicional, quanto às suas manifestações juridicamente criadoras, pois não se trata da disputa entre poderes, *inclusive* de atribuir ‘*Alle Macht den Richtern*’ e assim da eventual emergência do ‘governo dos juizes’, mas de afirmar o direito ao poder, da

possibilidade em último termo de reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e assim o Estado verdadeiramente como Estado-de-Direito” (2010, v. 3, p. 173, grifos do autor).

Portanto, caso ainda subsista a pretensão de se manter o Direito como efetivo contraponto ao poder na sua manifestação político-legislativa, aquele não pode ser reconduzido à mera legalidade, nem a uma dogmática que se diga, paradoxalmente, aberta ao que chama de “conceitos metajurídicos”. Importa ressaltar que, consoante mencionado autor, nem mesmo as cláusulas gerais serviram para superar a alienação sofrida pela racionalidade formalista ao fechar o Direito em si mesmo (NEVES, 2010, v. 3, p. 51).

A partir destas ilações, a presente pesquisa buscou conceder uma renovada fundamentação à boa-fé objetiva a fim de que esta seja observada por um prisma de análise prático-jurisprudencial, na qual a sua utilidade na judicativo-decisória realização do Direito se torne momento de pleno alcance dos escopos maiores da vida jurídica. Tendo-se em vista o crescente movimento de constitucionalização do Direito Civil, no qual “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo” (HIRONAKA; TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 2), reconhece-se aplicação direta dos preceitos contidos na Constituição às relações jurídicas estabelecidas em âmbito tradicionalmente civil (PERLINGIERI, 2008, p. 589); partindo-se desta premissa faz-se necessário, portanto, refletir sobre a influência dos preceitos contidos na Lei Maior de 1988 no estudo da boa-fé objetiva e no delineamento dos deveres que desta se obtêm.

O Direito Civil constitucional pode ser compreendido como o ápice de uma renovação nos fundamentos deste ramo do Direito Privado, favorecida pela Constituição democrática e cujo eixo central se encontra no domínio existencial do ser humano, ou seja, propiciando a humanização da civilística pátria (BARROSO, 2012, p. 156 e 160). Assim, pela proclamação da justiça e da solidariedade sociais (art. 3º, I, CRFB/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), a atual Constituição contribuiu para que se enxergasse a demanda pela democratização do Direito Civil a partir da sua mudança de alicerce basilar, ou seja, da patrimonialidade à pessoa humana como fundamento último da ordem jurídica privada. É neste sentido que se pode afirmar, nas palavras de Paulo Lôbo, que “a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais” (LÔBO, 2003, p. 206). A propósito, adverte-se que a constitucionalização do Direito Civil não tenciona eliminar a patrimonialidade das relações por ele reguladas, mas resignificá-las em prol de uma tutela que seja qualitativamente distinta, a fim de que o momento econômico sirva como suporte ao pleno desenvolvimento das pessoas, e não o contrário (PERLINGIERI, 2008, p. 121-122).

Ademais, é preciso ressaltar que, para não se cair novamente num legalismo dogmático, também a Constituição brasileira deve ser vista como produto de contingências históricas e políticas; não seria coerente, pois, visualizá-la de modo cegamente absoluto e acrítico. Propugna-se, assim, que a Lei Fundamental, como qualquer outro diploma legal, seja vista como um (e não o único) dos eixos de realização do Direito, devendo se justificar perante os princípios jurídicos e o próprio caso concreto (NEVES, 2010, v. 1, p. 48). É neste sentido, enfim, que se fia à constitucionalização prospectiva, ou seja,

firma-se ao compromisso com a “[...] constante travessia que capta os sentidos histórico, culturais dos Códigos e reescreve, por intermédio da *ressignificação* dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito” (FACHIN, 2009, p. 13).

Neste passo, o estudo sobre a boa-fé objetiva procedido nesta pesquisa colhe seus fundamentos em tal perspectiva, posto que esta, como qualquer instituto jurídico civil, não pode se furtar aos compromissos sociais, já constitucionalmente assumidos. Apenas assim se poderá vislumbrar a importância da boa-fé objetiva como princípio jurídico que rege o exercício das prerrogativas contratuais, tornando a autonomia privada e, portanto, os contratos, essencialmente submetidos à solidariedade social (BIANCA, 2007 p. 57). É neste sentido, por fim, que serão estabelecidas as conclusões da presente pesquisa.

5 – Conclusões

Dado o relevo da boa-fé objetiva no desenho do atual perfil que hoje se encontram os contratos (FEITOSA, 2007, p. 557), seu estudo se torna importante para o sentido que se almeja conferir às relações contratuais e às operações econômicas a elas subjacentes. Ao fim desta pesquisa, portanto, é possível sintetizar as conclusões obtidas nos seguintes termos:

i) O entendimento sistemático da boa-fé objetiva teve como escopo ressaltar sua importância na renovação metodológica de realização do Direito, a partir de um viés dogmático e, portanto, reducionista. Todavia, segundo espera-se ter sido demonstrado, a realidade humana atual é muito mais complexa e dinâmica do que o sistema jurídico pode supor. Este será sempre duplamente ultrapassado, seja pelos princípios que determinam a pauta valorativa do projeto comunitário, seja pela realidade histórica a que se destina (NEVES, 2010, v. 1, p. 47). Desta forma, a compreensão da boa-fé objetiva deve se pautar numa outra perspectiva, histórico-problemática, que efetivamente coloque o Direito Civil e seus institutos a serviço da pessoa humana.

ii) A doutrina dos deveres anexos torna-se insuficiente e pouco proveitosa quando posta em contraste com os pressupostos epistemológicos pelos quais esta pesquisa se pautou. De fato, a defesa de deveres extraídos da boa-fé objetiva numa perspectiva acessória acaba servindo tão somente à mera consecução das finalidades individualistas dos contratos. Por conseguinte, termina-se por corroborar com o velho paradigma liberal clássico que ainda permeia a teoria contratual dominante, sem que haja uma perspectiva crítica sobre a própria realidade que se regulamenta.

iii) Para que não se redunde nesta problemática subordinação da boa-fé à teoria contratual clássica, torna-se necessário, portanto, a defesa de um dever geral que, para além dos impulsos meramente individualistas dos contraentes, coloque-se como um concreto freio à autonomia privada. À vista do exposto, conclui-se que a perspectiva delineada ao fim desta pesquisa pode propiciar a concepção da boa-fé objetiva como elemento ético-normativo de efetiva *ressignificação* das relações contratuais hodiernamente estabelecidas, servindo de base suficiente para o aqui defendido.

iv) Tal dever geral, à vista da crescente constitucionalização do Direito Civil, deve perpassar pelos ideários de solidariedade e de cooperação, a fim de que os contraentes busquem a satisfação de seus

objetivos a partir da preocupação com a posição jurídica do outro. É neste sentido que a economicidade, ínsita à ideia de operações econômicas às quais os contratos servem de veste jurídica, deve seguir. Apenas assim a boa-fé objetiva poderá se coadunar com as renovações sofridas pelo Direito Civil, especialmente no que tange à busca pela sua concepção como instrumento da autônoma, mas responsável, realização da pessoa humana.

6 – Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. O direito civil no paradigma da complexidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 40 e 41, p. 67-79, 1º e 2º sem. 2011.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

AMARAL, Francisco. Objeto e método no direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 29-44, 1º sem. 2009.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 84, p. 149-169, out-dez. 2012.

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: El contrato*. Tradução Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 1. ed. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; NALIN, Paulo (coords.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O código civil de 2002 e a constituição federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 463-519.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67-96.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALDANHA, Nelson. Sobre o “direito civil constitucional”: notas sobre a crise do classicismo jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, p. 87-92, 2001.