

CONTRATO E CONFIANÇA

HENRY COLOMBI

HENRY COLOMBI

As categorias voluntaristas ainda prevalecem na teoria contratual brasileira, embora mitigadas pelas perspectivas solidaristas, ditas mais modernas. Na doutrina nacional, adota-se, como regra, um modelo teórico “voluntarista mitigado”, cujas bases não são suficientemente sólidas do ponto de vista da justificação e da explicação do fenômeno jurídico contratual.

A partir dessa constatação, o livro busca apresentar e defender uma perspectiva alternativa para explicar e justificar o direito contratual brasileiro: a teoria da confiança.

Ao longo do desenvolvimento do texto, referida teoria é testada nos aspectos de sua plausibilidade moral e de seu potencial explicativo do direito posto. Conclui-se, após denso desenvolvimento, que a teoria da confiança oferece um modelo apto a embasar o direito contratual que se revela superior àquele “voluntarista mitigado”.

ISBN 978-65-6006-094-4



9 786560 060944 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

CONTRATO E CONFIANÇA

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FERREIRA, Henry Gabriel Colombi Barbosa
Contrato e confiança - 1 ed. - Belo Horizonte - Editora Expert - 2024
180 p.

Bibliografia

ISBN: 978-65-6006-094-4

1. Direito Civil 2. Direito contratual brasileiro 3. Contratos 4. Confiança I. I.
Título.

CDD: 342.1

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Índices para catálogo sistemático:

- | | |
|--------------------------------------|-------|
| 1. Direito civil | 342.1 |
| 2. Direito das obrigações, contratos | 347.4 |

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola.
Superior de Desporto de Rio Maior, Escola.
Superior de Comunicação Social (Portugal),
The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad
Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São
Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad
Tecnológica de México (UNITEC), Universidad
Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade
Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo,
Universidad Sagrado Corazón (UNIFE),
Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de
Minas Gerais - UEMG

A um amigo.

AGRADECIMENTO

Este livro deriva de minha dissertação de mestrado, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e defendida em 22 de janeiro de 2021. Três anos (e meio) não é tempo demais, mas também não é tempo de menos. Desde a redação do texto, muito refleti, pensei e repensei. Resisti a publicá-lo. Somente o fiz por incentivo e insistência de meu grande amigo, Giovani Pontes Teodoro. Ele, um verdadeiro bibliófilo, tem razão: é melhor que se publique. É bom que se publiquem livros. É bom que mais e mais livros sejam publicados. Livros nunca são demais. Dentre muitas coisas, essa é uma verdade que Giovani me ensinou. Creio e espero que as reflexões aqui expostas possam auxiliar, com referências ou sugestões, novos pensamentos sobre teoria e filosofia do direito privado. Hoje, talvez, não escrevesse o texto como escrevi – não sei se o faria melhor ou pior. Mas o texto foi escrito, e, creio, ele tem o seu valor, pois é um livro. Livros têm sempre valor. Obrigado, meu amigo, pelo incentivo em trazê-lo a público. Meu agradecimento vai a você.

*Não há perfeito acordo quanto à significação do termo contrato, o que talvez explique o facto de alguns falarem de sua decadência e outros do seu florescimento. A liberdade constituiria a verdadeira substância dos contratos. Como há várias manifestações jurídicas da vida contemporânea, quer na ordem interna, quer na ordem internacional, que respondem com maior ou menor fidelidade à ideia de um acordo de vontades, sugere-se a revisão da teoria clássica dos contratos, de modo tal que a realidade actual se reflecta adequadamente nos quadros do Direito. (VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, ano XX, pp. 313-338, abr./dez. 1975. p. 313).*

SUMÁRIO

Introdução15

1. O estado da arte da teoria do contrato no Brasil: o amálgama conceitual do “voluntarismo mitigado”21

A) A formação do direito contratual clássico: o modelo voluntarista de contrato24

B) A crítica solidarista ao direito contratual clássico: caracterização e incorporação pela doutrina brasileira32

C) Quebra de paradigma ou amálgama conceitual? Modelo solidarista ou “voluntarismo mitigado”?45

D) A teoria da confiança: semente de uma alternativa teórica51

2. A teoria da confiança no common law: aportes teóricos para uma justificação do direito contratual com base na ideia de confiança...63

A) Fuller & Perdue e Gilmore: a base crítica para os futuros desenvolvimentos70

B) Atiyah: o aprofundamento da crítica e a sugestão de um novo modelo.. 75

C) Goetz & Scott e Raz: justificativas consequencialistas da opção preferencial do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução.....80

D) Síntese de uma teoria da confiança do direito contratual do common law88

E) Balanço da teoria da confiança: entre a superação e a plausibilidade normativa como base pública de justificação para o direito contratual89

3. Compatibilidade da teoria da confiança com o direito contratual brasileiro107

A) A teoria da confiança na formação contratual e a responsabilidade pré-contratual109

B) A confiança e os defeitos genéticos do contrato: vícios do consentimento, vícios sociais e figuras assemelhadas119

B.1) Vícios do consentimento e figuras assemelhadas 121

B.2) Vícios sociais e figuras assemelhadas 130

B.3) Síntese do papel da confiança nos defeitos genéticos do contrato..... 133

C) Alteração das circunstâncias e mecanismos de revisão e resolução contratual por onerosidade excessiva superveniente134

D) A perspectiva do adimplemento satisfatório, garantias implícitas e deveres anexos pós-contratuais necessários à satisfação material do credor 142

E) Síntese do diagnóstico: a confiança como valor subjacente ao direito contratual brasileiro152

Síntese Conclusiva e Considerações Finais.....155

Bibliografia161

INTRODUÇÃO

Henry Colombi

A faculdade que as pessoas têm de formar vínculos jurídicos contratuais válidos, decidindo livremente sobre a oportunidade de fazê-lo, com quem fazê-lo e com que conteúdo, é frequentemente relacionada aos pressupostos básicos da teoria jurídica liberal. Considerações relacionadas à autonomia do indivíduo, à dignidade envolvida na determinação dos próprios propósitos e na capacidade de assumir responsabilidades *vis-à-vis* seus semelhantes são valores frequentes a animar a teoria do direito contratual. Isso é observado desde a sua gênese, tal como a compreendemos hoje, que remete aos séculos XVIII e XIX, e ainda se faz presente na *communis opinio* da doutrina brasileira¹.

Não se questiona que os pactos devem, sim, ser cumpridos, e que há uma demanda moral relevante para fazê-lo. Contudo, não deixa de ser intrigante que a relevância moral de se honrar um compromisso assumido possa ser extrapolada para a criação de um dever jurídico, passível de coerção estatal.

Não decorre como consequência óbvia da constatação de que os pactos devem ser cumpridos a afirmação de que um Estado, com recursos escassos², deve empregar seu aparato coercitivo, interferindo na esfera de liberdades da parte inadimplente, para forçar o cumprimento de uma promessa voluntariamente assumida em um momento pretérito referente à qual, no momento presente, o promitente se nega a honrar³.

É verdade que, ao longo do século XX, observou-se o fenômeno da “morte do contrato”, no qual os amplos limites da autonomia da vontade como princípio máximo da teoria contratual cederam espaço

1 Essa afirmação será subsidiada pela argumentação desenvolvida no Capítulo 1.

2 Sobre a atuação estatal para a manutenção da obrigatoriedade dos contratos como uma atuação positiva e, portanto, dependente de recursos públicos, *cf.* HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. pp. 34-35.

3 Sobre esse estranhamento e a constatação de uma falsa ideia de obviedade de que do compromisso moral de se manter a promessa extrapola-se um dever jurídico, *cf.* BENSON, Peter. **Justice in transactions**: a theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 10.

a intervenções heterônomas, visando garantir outros valores prezados por um ordenamento jurídico animado pelo Estado do Bem-Estar Social. Nesse contexto, considerações de equidade, igualdade, justiça material, equilíbrio de forças e tutela dos vulneráveis passaram a influir no desenho das normas aplicáveis às relações contratuais⁴. Não obstante isso, o fundamento teórico subjacente ao que se compreende, na teoria jurídica, como contrato, não parece ter se alterado em sua substância após a crise vivenciada pela teoria dita “liberal” ou “clássica” ao longo do século XX. Modificaram-se, é verdade, diversas regras.

Considerações outras que não simplesmente o respeito à autonomia da vontade decerto se imiscuíram no direito dos contratos, e isso não é de somenos importância. Contudo, quando se coloca a questão do porquê de se tutelar a promessa, de se obrigar coercitivamente à prestação em caso de inadimplemento, o fundamento teórico parece sempre retornar às bases clássicas: o poder nomogenético da vontade, a relevância moral da dignidade e da responsabilidade individual, a liberdade dos privados de cuidarem de seus próprios interesses. Desse modo, tem-se que a “morte do contrato” e o advento de uma visão solidarista do fenômeno contratual não foram aptos a fornecer uma nova teoria, mas apenas mitigaram a teoria voluntarista clássica⁵.

Evidenciado tal ponto, a questão colocada persiste: o que justifica um direito dos contratos que tutela as promessas de prestação patrimonial entre indivíduos com a chancela coercitiva estatal? A fim de respondê-la, este trabalho partirá de uma noção já presente em relevantes estudos brasileiros de direito privado: a proteção da confiança legítima. Esse conceito será refinado no diálogo com as experiências do contexto teórico anglo-americano. Então, buscar-se-á demonstrar que o valor da proteção da confiança detém um poder explicativo e justificativo superior para dar sentido às regras do direito contratual, em comparação com as noções de autonomia da vontade, ainda prevalentes, ainda que de forma mitigada, na doutrina brasileira.

4 TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 6-7.

5 Essa afirmação será subsidiada pela argumentação desenvolvida no capítulo 1.

O percurso metodológico da presente investigação inspira-se fortemente na perspectiva de uma busca pela base pública de justificação, proposta por Peter Benson. O autor sustenta que uma explicação teórica ao direito contratual deve ser extraída da estrutura do direito positivo, mas deve também ser moralmente sustentável dentro de uma lógica do razoável. Por lógica do razoável entende-se um sistema de concessões no qual uma pessoa aceita submeter-se a um determinado regramento, ainda que este não lhe seja inteiramente favorável, desde que, e para que, seus semelhantes também se comprometam a se submeter às mesmas condições⁶.

Nesse desiderato, após uma breve síntese do estado da arte da evolução das concepções teóricas do direito contratual brasileiro, a fim de justificar as premissas do presente estudo, será introduzida, de uma forma preliminar, a noção de proteção da confiança. Trata-se, aqui, do conceito já presente em escritos de autores brasileiros que se dedicam ao direito contratual, o qual será defendido como detentor de valor justificatório suficiente para o direito contratual brasileiro (capítulo 1). Após, em diálogo com estudos anglo-americanos sobre a teoria da confiança contratual (*reliance theory*), proceder-se-á a um refinamento conceitual e a uma avaliação da plausibilidade moral do argumento formulado de que a proteção da confiança justifica o direito contratual (capítulo 2)⁷. Em seguida, empreender-se-á uma testagem, buscando demonstrar como a ideia de proteção da confiança está imbricada em institutos centrais do direito contratual brasileiro (capítulo 3).

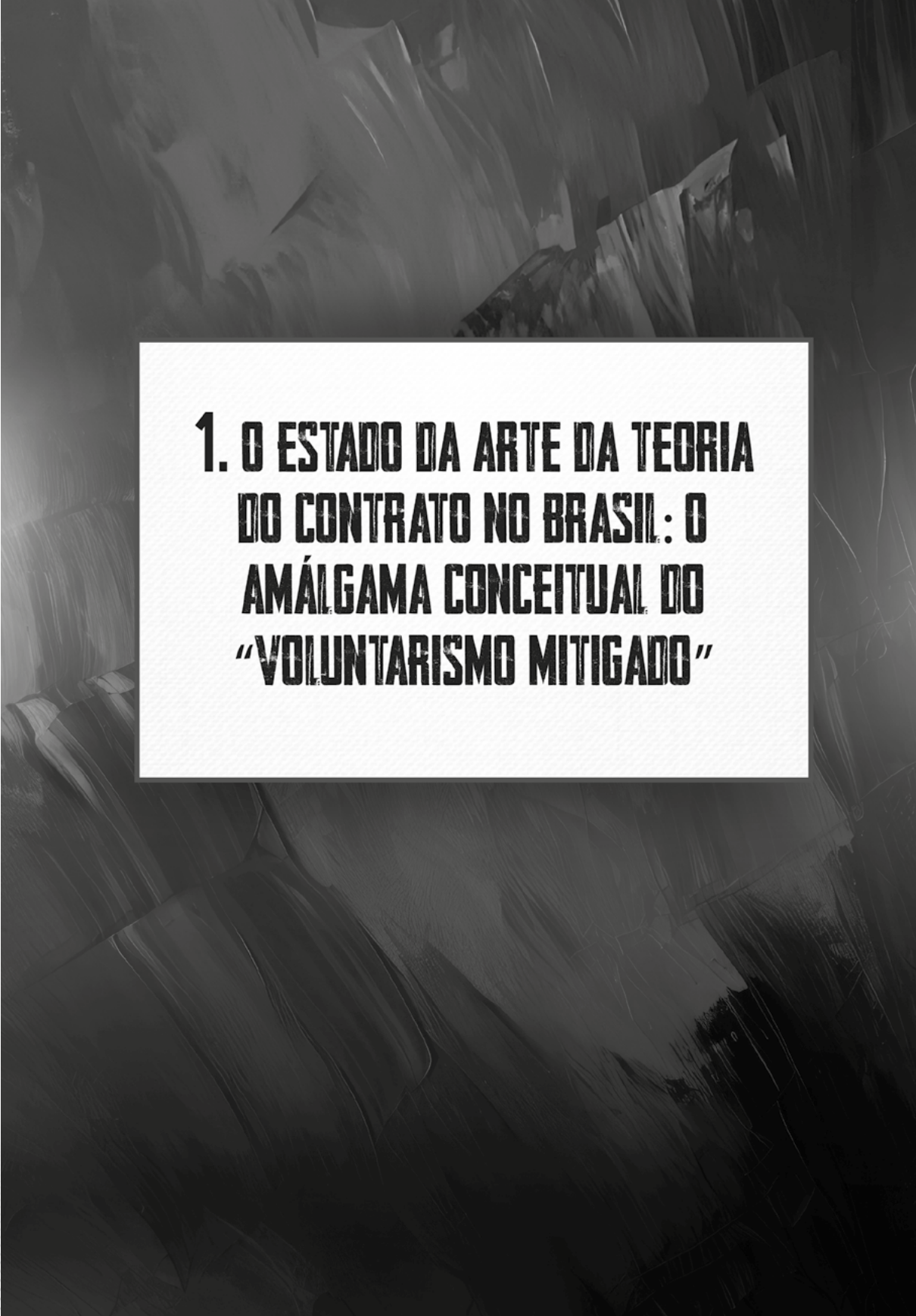
6 Para um panorama geral sintético da noção de base pública de justificação para a teoria do contrato, cf. BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. pp. 12-19.

7 Conclusões parciais elaboradas no processo de escrita da dissertação de mestrado que embasa o presente livro foram estruturadas como artigo científico, sob o título: “*Reliance Theory*: uma justificativa para o direito contratual”. Referido artigo foi submetido e aprovado para publicação na revista **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**. A publicação é prevista para o vol. 13, n. 2, ano 2024. As conclusões explicitadas em referido artigo abordam, principalmente, algumas das questões suscitadas neste trabalho em sua introdução, no seu capítulo 1, e, sobretudo, no seu capítulo 2, visto ter o artigo enfatizado a caracterização e a análise da teoria da confiança no *common law*.

Por essa linha metodológica, busca-se testar a hipótese de que a ideia de proteção da confiança é o valor central do direito contratual brasileiro, servindo, dentro da terminologia de Benson, como a *base pública de justificação* da intervenção estatal sobre a esfera dos particulares para fazer valer e tornar obrigatórios os vínculos contratuais. O propósito do presente trabalho é o de oferecer uma proposta teórica alternativa à noção arraigada de autonomia da vontade – temperada ou não por concessões solidaristas – que ainda hoje é usada para explicar e justificar o direito contratual e mesmo para conceituar teoricamente o instituto do contrato.

Ressalva-se que a proposta não tem ambições de completude ou hegemonia, sendo perfeitamente admissível a defesa de valores concorrentes com a confiança na justificação teórica de determinados institutos do direito contratual, bem como não se proscovem, em absoluto, explicações alternativas. O que se busca é, antes de tudo, contribuir com uma proposta inicial e ainda preliminar de um modelo explicativo e justificatório mais adequado ao direito contratual contemporâneo. Pretende-se, enfim, tão somente, oferecer e buscar justificar, em primeiras linhas, uma possível perspectiva “por uma nova teoria dos contratos”, inspirando-se na concitação de João Baptista Villela, feita há quase 55 anos⁸.

8 VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, ano XX, pp. 313-338, abr./dez. 1975. p. 313. O artigo foi finalmente publicado apenas em 1975, mas, conforme se infere de sua primeira nota, sua elaboração se deu em 1966, por ocasião de uma edição comemorativa do vintenário da Asociación Argentina de Derecho Comparado, a qual acabou por não ser editada. O autor ressalva sua esperança de que, em 1975, o texto permanecesse atual. Ponderando as considerações do presente trabalho, sobretudo o diagnóstico do Capítulo 1, tem-se que em 2020 o texto ainda não perdeu sua atualidade.



1. O ESTADO DA ARTE DA TEORIA DO CONTRATO NO BRASIL: O AMÁLGAMA CONCEITUAL DO “VOLUNTARISMO MITIGADO”

Henry Colombi

O Código Civil brasileiro nada dispõe sobre o conceito de contrato, o qual é pressuposto e deixado a cargo da doutrina. Observando-se o tratamento dado ao tema nas principais obras gerais, conforme adiante será explicitado, verifica-se que a conceituação e o fundamento de justificação do fenômeno jurídico contratual são remetidos à teoria geral do negócio jurídico, inscrita na parte geral do Código Civil.

A lei, no entanto, tampouco oferece pistas sólidas sobre o que se entende por negócio jurídico. Os artigos 104 e seguintes do Código Civil limitam-se a disciplinar os seus requisitos de validade, as consequências de sua invalidação, os parâmetros de modulação de sua eficácia, dentre outras disposições que, de toda forma, pressupõem a existência e potencial relevância jurídica do negócio jurídico. Novamente, a teorização fica a cargo do intérprete.

A doutrina, por sua vez, ao enfrentar a temática da teoria do negócio jurídico, o conceitua com base em pressupostos ligados a ideias de declaração de vontade e manifestações da autonomia individual para regular juridicamente interesses tuteláveis. Esses pressupostos têm natureza eminentemente voluntarista e individualista, típicos do paradigma teórico e ideológico do liberalismo político e econômico do século XIX, aprimorados e traduzidos em termos jurídicos de forma teoricamente consistente sobretudo pelo trabalho da Pandectística germânica.

A base teórica voluntarista subjacente à teoria do negócio jurídico, daí vertida à teoria contratual, neste âmbito não ficou imune às críticas de excessivo individualismo e indiferença à igualdade material. O movimento de socialização do direito privado teve grande impacto na teoria contratual, relativizando muitos dos pressupostos teóricos do modelo contratual fundado na ideia de autonomia da vontade.

Diagnostica-se, ao longo do presente capítulo, no entanto, que a crítica não foi suficiente para quebrar o paradigma voluntarista, o qual ainda se encontra subjacente ao modelo teórico contemporâneo para o direito dos contratos. O poder de persuasão do modelo voluntarista

decerto foi enfraquecido, mas não se ofereceu uma alternativa teórica convincente.

O que se tem, contemporaneamente, em termos de explicação e justificação teórica para o direito contratual brasileiro, um amálgama conceitual de noções individualistas e solidaristas que pode ser definida como um “voluntarismo mitigado”. Nas palavras de James Gordley: “as doutrinas do século dezanove ainda se arrastam, perfuradas pelas qualificações e exceções do século XX”⁹

Nesse trabalho, propõe-se um outro caminho, baseado em uma noção já presente e familiar ao direito contratual brasileiro: a proteção da confiança. Essa noção, inicialmente extraída de construtos teóricos já presentes na literatura brasileira, será posteriormente desenvolvida e aprimorada com contribuições de teorias do *common law*. Adiante, a proposta será avaliada em sua compatibilidade em relação ao direito contratual brasileiro posto. Busca-se, assim, demonstrar, que a ideia de proteção da confiança oferece uma base pública de justificação ao direito contratual brasileiro¹⁰.

A) A FORMAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL CLÁSSICO: O MODELO VOLUNTARISTA DE CONTRATO

Identifica-se no discurso dos doutrinadores e na estrutura das codificações dos séculos XVIII e XIX – tendo, no Brasil, esse discurso adentrado o século XX – os pressupostos do que constitui o modelo voluntarista. É este o modelo que está na base do direito contratual moderno, que se assenta nos princípios “clássicos” da (i) liberdade

9 No original: “yet the nineteenth-century doctrines drift on, riddled with twentieth-century qualifications and exceptions”. GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991. p. 9.

10 A metodologia de buscar compreender a teoria contratual identificando sua base pública de justificação será devidamente explicitada no Capítulo 2, a seguir.

contratual, (ii) da força obrigatória do contrato e (iii) da relatividade contratual¹¹.

No diagnóstico de Luciano Timm, esse “paradigma liberal” de contrato, assentado no dogma da vontade, seria uma mescla das influências da Escola da Exegese francesa e da Pandectística alemã, enriquecida pelos ideais do liberalismo econômico¹². Suas principais premissas são: (i) a igualdade formal e (ii) a liberdade incondicionada dos sujeitos de direito que, (iii) por serem dotados de autonomia, poderiam criar, (iv) pelo poder de sua vontade, (v) tutelada pelo direito, vínculos jurídicos contratuais obrigatórios¹³. Essa perspectiva foi formulada com bastante elegância pela explicação de Caio Mário da Silva Pereira sobre a natureza do vínculo contratual:

Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora de direitos, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurígena social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva esse impulso¹⁴.

11 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, vol. 750, pp. 113-120, abr. 1998.

12 TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 78.

13 Pontos sintetizados por Francisco Amaral. Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102, pp. 207-230, abr./jun. 1989. pp. 216; 222.

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5.

A raiz dessa perspectiva é comumente associada à França revolucionária. Consta do *Code Napoléon*, em seu célebre art. 1.134, que “[a]s convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas não podem ser revogadas que não por mútuo consenso ou pelas causas que a lei autoriza. Elas devem ser executadas de boa-fé”¹⁵. É importante ressaltar, entretanto, que esse dispositivo paradigmático do *Code*, verdadeira máxima do voluntarismo contratual, não ostenta, no entanto, desde sua gênese, o sentido individualista e liberal que atualmente a ele se atribui¹⁶.

O texto do Código Napoleão assenta-se, por um lado, na tradição romanista, e, por outro, nas ideias de jusnaturalistas modernos como Grócio e Puffendorf¹⁷. O arcabouço filosófico derivado da escolástica medieval e do canonismo, que ainda mediava os pensamentos destes teóricos, foi traduzido em termos dogmáticos por juristas como Pothier e Domat¹⁸ – eles mesmos herdeiros do canonismo e

15 Tradução livre. No original: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou par les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”. FRANÇA. **Code Civil des Français**. Edição Original e Oficial. Paris: Imprimerie de la République, 1804. É necessário destacar que a ideia de boa-fé referida neste dispositivo não detinha a mesma conotação da cláusula geral de boa-fé objetiva, sendo interpretada apenas como um reforço à obrigatoriedade contratual, acessória e interpretativa da vontade das partes. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 115.

16 JESTAZ, Philippe. Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 252; CHAZAL, Jean-Pascal. Les nouvelles devoirs des contractants. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 102.

17 GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato, iii: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 22, pp. 45-60, 2000. GORDLEY, James. **Philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991. pp. 162-163.

18 GORDLEY, James. **Philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991. p. 133. Em sentido aproximado, embora dotando sua tese de menor contundências, cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato, iii: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 22, pp. 45-60, 2000. Nas mesmas linhas, cf. CARNAÚBA, Daniel Amaral. A renovação dos vícios do consentimento: considerações a propósito dos institutos

profundamente influenciados pelas noções tomistas de justiça, as quais são inexoravelmente mediadas pela moral cristã¹⁹. Conforme consignado por Daniel Carnaúba, “a vontade setecentista, a vontade que influenciou os grandes códigos e estendeu seu legado pelos anos que viriam, é o avatar jurídico do livre arbítrio cristão”²⁰. A leitura das passagens da obra de Pothier sobre o direito dos contratos deixam clara sua influência na redação do Código Napoleão:

Um contrato é uma espécie de convenção. [...] Uma convenção ou um pacto, posto que estes termos são sinônimos, é o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre si algum compromisso, ou para resolver um existente, ou para modificá-lo. [...] A espécie de convenção que tenha por objeto formar algum compromisso chama-se *contrato*. [...] não se deve definir o contrato como o fazem os intérpretes do Direito Romano, *conventio nomen habens a jure civil vel causam*; mas deve ser definida uma convenção pela qual as duas partes reciprocamente, ou apenas uma das duas, prometem e se obrigam uma para com a outra a dar alguma coisa ou a fazer ou a não fazer tal coisa. Dissemos *prometer* e *obrigar*, pois somente as promessas que fazemos com a intenção de cumprir, e de conceder a quem as fazemos o direito de exigir seu cumprimento, são matéria para um contrato ou uma convenção²¹.

introduzidos pelo Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, pp. 3-34, abr./jun. 2012. p. 11.

19 JESTAZ, Philippe. Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 252.

20 CARNAÚBA, Daniel Amaral. A renovação dos vícios do consentimento: considerações a propósito dos institutos introduzidos pelo Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, pp. 3-34, abr./jun. 2012. p. 11.

21 POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. pp. 30-31.

Foi essa concepção, ainda ligada a ideias relativas à moral cristã da escolástica de Tomás de Aquino e imbuída de noções canonistas que, traduzidas em termos civilistas, veio a compor o texto do *Code*²². A ideologia voluntarista que se atribui ao Código Napoleão foi fruto de uma leitura *ex post*, que se consolidou, sobretudo, de meados para o fim do século XIX, quando a filosofia liberal e noções ligadas à economia de mercado ressignificaram o seu texto, embutindo-lhe a ótica sob cuja lente ele é hoje interpretado²³.

Paralelamente à consolidação da visão individualista no ambiente francês – e, em certo aspecto, parcialmente responsável por ela²⁴ – a Pandectística germânica aprimorou, em termos teóricos, as noções de que a vontade humana seria a razão de ser das vinculações contratuais. Influenciados pela doutrina kantiana da autonomia da vontade e da igualdade formal, os pandectistas forjaram a doutrina do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*)²⁵, na qual a teoria do contrato foi inserida. Isso fica claro na definição de contrato oferecida por Savigny:

«Contrato é o acordo de muitas pessoas sobre uma manifestação comum de vontade destinada a reger suas relações jurídicas». É uma aplicação particular da ideia geral emitida acerca das manifestações de vontade; distinguindo-se o contrato como espécie do

22 GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato, iii: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 22, pp. 45-60, 2000. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 738.

23 JESTAZ, Philippe. Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 252; JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 8.

24 Halpérin demonstra que a ideia de “autonomia da vontade” é incorporada no vocabulário jurídico francês de finais do Século XIX pela importação das teorizações germânicas. HALPÉRIN, Jean-Louis. L'autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté? **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 43, tomo 1, pp. 463-480, 2014. p. 463.

25 WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 43.

gênero no qual se exige a reunião de muitas vontades em uma só, já que a manifestação [de vontade] pode emanar de uma só pessoa²⁶.

Congregando o contrato, sua principal figura empírica, junto aos demais atos jurídicos moldados pela vontade humana²⁷, a doutrina do negócio jurídico calçou toda a estrutura do direito privado no binômio liberdade/responsabilidade, pressuposto em um ambiente de igualdade formal. Assim se consolidou um arcabouço jurídico coetâneo às premissas lançadas pela filosofia iluminista do século XIX²⁸. A vontade seria dotada de poder nomogenético, constituindo uma verdadeira reserva, respeitada pelo Estado Liberal, do poder individual de criar normas para si como uma defluência e um atributo

26 Tradução livre da versão espanhola. No original: “«Contrato es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas.» Es una aplicación particular de la idea general emitida acerca de las manifestaciones de la voluntad; distinguiéndose el contrato como la especie del género en que exige la reunión de muchas voluntades en una sola, en tanto que la manifestación puede emanar de una sola persona”. SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema de derecho romano actual**. Tomo II. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madri: F. Góngora, 1979. p. 354.

27 GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 26, pp. 45-60, 2004. p. 252. No mesmo sentido: GORDLEY, James. **Philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991. pp. 162-163. BARBI, Humberto Agrícola. A vontade nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 18 (nova fase), pp. 298-316, maio 1977. p. 303. Isso se confirma observando-se o sistema de Savigny. SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema de derecho romano actual**. Tomo II. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madri: F. Góngora, 1979. p. 152.

28 Em contrário à corrente majoritária, por ele mesmo identificada, que presume uma íntima interrelação entre filosofia kantiana e a doutrina da autonomia da vontade, James Gordley levanta uma tese de que não haveria propriamente uma influência das ideias filosóficas na estruturação das soluções jurídicas, tais como a eleição da vontade como fundamento do contrato ou na estruturação da teoria do negócio jurídico. O autor destaca que juristas como Savigny e Windscheid, embora conhecedores da obra de Kant, desenvolveram suas soluções em paralelo à teoria filosófica, tendo chegado a conclusões similares por estarem endereçando uma questão comum em um mesmo contexto histórico: a construção de um sistema para o agir humano (moral ou jurídico) após a queda do modelo explicativo pré-moderno, baseado na escolástica. Nesse sentido, cf. GORDLEY, James. **Philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991. *passim*, sobretudo pp. 225-229.

necessário de sua personalidade²⁹. Para Humberto Agrícola Barbi, dentro dessa concepção, “*la volonté tire sa puissance d’elle-même*”³⁰.

O modelo voluntarista do direito contratual, contudo, não se assenta apenas nessa concepção metafísica da vontade individual como poder criador de normas jurídicas, a qual, claramente é de todo incompatível com a concepção positivista e centralizadora do Estado em seu monopólio na criação do direito³¹. As premissas do modelo voluntarista do contrato também se fazem presentes em desenvolvimentos mais sofisticados da ciência do direito do século XX, que compreendem que a ordenação positiva estatal outorga poderes à vontade individual para criar relações jurídica³².

Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, valendo-se de sua conhecida sistemática dos planos do mundo jurídico, compreende que o ordenamento deixa espaço à manifestação da vontade dos particulares. A vontade manifestada, por ato ou comportamentos, constituiria o suporte fático que, juridicizado pela norma, emprestaria aos propósitos particulares eficácia jurídica. Pontes de Miranda dá a esse espaço aberto pela norma para que a vontade individual seja dotada de eficácia jurídica o nome de “autonomia privada” ou

29 NAVARETTA, Emanuela. L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 43, tomo 1, pp. 589-647, 2014. pp. 590-592.

30 Em francês no original. Em tradução livre “a vontade tira seu poder de si mesma”. BARBI, Humberto Agrícola. A vontade nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 18 (nova fase), pp. 298-316, maio 1977. p. 304.

31 Dentro do paradigma positivista, que, de certa forma, pavimentou uma certa base comum da teoria jurídica do século XX. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102, pp. 207-230, abr./jun. 1989. p. 215. Essa compreensão parece estar sendo superada pela argumentação com base em princípios, que, contemporaneamente, reforçou na arena jurídica noções pós-positivistas. Contudo, segue sendo atual, ao menos em um senso comum, a ideia de que o direito deflui do Estado e que as normas positivas são a fonte de toda realidade juridicamente válida.

32 Sobre a passagem de uma ideia de autonomia da vontade pré-jurídica para uma juridicização da vontade individual pelo ordenamento jurídico, cf. NAVARETTA, Emanuela. L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 43, tomo 1, pp. 589-647, 2014. pp. 592-597.

“autorregramento da vontade”³³, sendo que o autor reconhece o direito das obrigações como sendo o *locus* no qual “ocorre o mais largo autorregramento da vontade”³⁴. Essa perspectiva harmoniza, por um lado, a visão positivista que vê no Estado a fonte de todo o direito, e, por outro lado, as premissas da teoria voluntarista do contrato, pois, ao abrir o ordenamento jurídico para a autodeterminação negocial, mantém-se a noção de que a obrigatoriedade contratual, ainda que tenha sua eficácia emprestada pela lei, decorre do valor da vontade humana.

Diante da influência que as ideias de Pontes de Miranda exercem ainda hoje na doutrina jurídica brasileira³⁵, a noção de que o direito positivo abre espaço e outorga seu poder jurígeno à vontade individual tornou-se uma resposta confortável, que concilia a ideia de que a totalidade do direito deflui do Estado com a ideia de que o vínculo jurídico contratual decorre da vontade das partes. Nesse contexto, toda e qualquer reflexão sobre o fundamento de ser da vinculatividade contratual acaba por remeter à teoria do negócio jurídico, que, por sua vez, remete a esta aparentemente satisfatória noção de que o direito positivo abre espaço em sua estrutura para emprestar juridicidade à vontade individual. Esses saltos, entretanto, omitem a questão teórica de fundo, que segue justificando a razão de ser da coerção estatal para a efetivação de um contrato na tutela da vontade individual das partes contratantes.

Dessa forma, seja no individualismo francês, atribuído a uma leitura *ex post* do *Code Napoléon*, seja nos desenvolvimentos da

33 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §§254 e 255. No mesmo sentido, o amplamente conhecido artigo de Francisco Amaral sobre a autonomia privada. Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102, pp. 207-230, abr./jun. 1989. Também na mesma linha: RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. 4ª ed. Atual. Ovídio Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 48.

34 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §256.2.

35 Cf., por todos, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1998. Mais recentemente, em uma obra geral de grande difusão: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 63-64.

Pandectística, calcada nas premissas kantianas, seja, por fim, na versão mais sofisticada que compatibiliza a ideia de autonomia da vontade com o positivismo jurídico do século XX, presente na ideia de Pontes de Miranda, tem-se que o modelo voluntarista do direito contratual lança as bases da moderna compreensão que se tem acerca desse instituto. O que se extrai como síntese desse modelo são as já referidas premissas da (i) igualdade formal e (ii) liberdade incondicionada dos sujeitos de direito que, (iii) por serem dotados de autonomia, poderiam criar, (iv) pelo poder de sua vontade, (v) tutelada pelo direito, vínculos jurídicos contratuais obrigatórios³⁶.

B) A CRÍTICA SOLIDARISTA AO DIREITO CONTRATUAL CLÁSSICO: CARACTERIZAÇÃO E INCORPORAÇÃO PELA DOCTRINA BRASILEIRA

As tensões típicas de uma economia de mercado e de uma sociedade complexa com intensa divisão de trabalho, já presente no século XIX, mas exacerbadas no século XX, tornaram insustentável a manutenção de uma concepção absolutista das premissas acima descritas. Isso porque, nas palavras de João Baptista Villela:

Uma lenta mas persistente irrupção da pessoa humana nos quadros institucionais do Direito foi dando corpo a uma nova concepção de direitos naturais. Bem diversa da que vigorou no século XVIII, pois enquanto esta operava *more geométrico* e raciocinava com base num ser humano ideal ou imaginário, e, portanto, na verdade inumano e fictício, aquela arranca de uma visão realista do homem e de sua condição existencial, sendo, por conseguinte, autêntica e redentora. O homem que no

36 Pontos sintetizados por Francisco Amaral. Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102, pp. 207-230, abr./jun. 1989. pp. 216; 222.

jusnaturalismo racionalista detinha a potestade de prerrogativas inalienáveis era abstrato e impalpável. Pode dizer-se que existia na razão de seus criadores, mas não era achado jamais andando pelas ruas, bebendo nas tavernas, trabalhando ou padecendo fome, miséria e doenças. Nem mesmo festejando e se comprazendo nas cortes, porque sua existência jamais logrou deixar o empíreo da realidade³⁷.

O desdobramento dessa pressão exercida pela materialidade dos fatos sobre a estrutura jurídica ensejou a adoção de uma perspectiva socializante do direito contratual. Por “perspectiva socializante” diz-se aqui de uma compreensão de direito contratual que encara o fenômeno do contrato para além do mero acordo de vontades, que gera somente os efeitos determinados pelas partes, efeitos esses que são a elas restritos. Nessa perspectiva considera-se, para além da liberdade e da igualdade formal, também a materialidade das questões envolvidas nas transações entre privados, que, em um juízo não de igualdade, mas de equidade, pode desigualar os desiguais para alcançar um resultado justo³⁸.

As raízes desse movimento podem ser identificadas já no início do século XX, coincidindo com o centenário do *Code Napoléon*³⁹. Teóricos franceses, como Duguit, Gurvitch, Josserand, Demogue e Salleilles⁴⁰, passaram a questionar a leitura clássica que via no direito privado manifestação do individualismo e a proteção da pessoa contra

37 VILLELA, João Baptista. Por uma Nova Teoria dos Contratos. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, ano XX, n. 2-3-4, pp. 313-338, abr./dez. 1975. pp. 317-318.

38 VILLELA, João Baptista. Por uma Nova Teoria dos Contratos. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, ano XX, n. 2-3-4, pp. 313-338, abr./dez. 1975. Para uma análise contemporânea e crítica do solidarismo contratual: TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. *passim*.

39 JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. P.13.

40 A listagem é de Luciano Timm. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

a interferência do Estado. O processo de acumulação capitalista, o qual evoluiu ao longo do século XIX, revelou a face oculta do liberalismo: a exploração do indivíduo por seus semelhantes, a qual se mostrava tão nefasta quanto a opressão estatal. Nesse contexto, juristas dos mais variados espectros ideológicos, desde laicos, como Demogue, até teóricos ligados ao catolicismo social, como Salleilles, formularam a defesa de uma maior intervenção estatal sobre a relação entre privados para evitar a exploração privada⁴¹.

Os trabalhos desses diversos autores traziam a lume as insuficiências do modelo teórico voluntarista, confrontando-o com situações difíceis e cada vez mais relevantes no contexto de uma sociedade industrializada. Contratos de adesão, situações abuso de direito no exercício de posições contratuais, a criação jurisprudencial de novos deveres às partes contratantes e mesmo a possibilidade de se relativizar a obrigatoriedade contratual em situações de alteração das circunstâncias negociais⁴² são exemplos desses novos desafios. Por haver em todos esses fenômenos uma linha comum e em todos os autores que deles se ocupavam um consenso, qual seja, o declínio do “dogma da vontade”, esse conjunto de proposições diversas puderam ser congregadas sob a rubrica de um “movimento solidarista”. Para Christophe Jamin, esse solidarismo:

[...] rompe com uma concepção puramente voluntarista do contrato (ou seja, com o contratualismo, mas não com a contratualização), nessa perspectiva ele é percebido, em definitivo, como um instrumento de solidariedade ou a troca de serviços deve prevalecer sobre a oposição de interesses a fim de evitar o risco de anomia e, mais amplamente, de crise política a

41 JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. pp. 11-12.

42 JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. pp. 11-13.

qual o voluntarismo individualista do século XIX conduziria⁴³.

A influência desse movimento se fez sentir no Brasil, com algum atraso. Nota-se que Clóvis Beviláqua, em um texto de 1938, identifica uma crescente reação contra o individualismo⁴⁴, a qual estaria colocando em xeque a concepção clássica por ele sustentada de que o contrato seria um *“accordo de vontade para o fim de adquirir, conservar ou extinguir direitos”*⁴⁵. Apesar de receoso de possíveis exageros da perspectiva solidarista, não negava a importância de uma visão mais social do direito contratual, anuindo que *“a lei deve intervir para defender os fracos, que o egoísmo dos fortes procura submeter. Sempre o fez, em benefício dos incapazes, e hoje, com o formidável desenvolvimento das indústrias, vai fazendo mais largamente aos locadores de serviço”*⁴⁶.

Em 1939, a lição de abertura do ano letivo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo foi uma preleção de Alvino Lima sobre a influência, no Direito Civil, do movimento socializador do direito⁴⁷. Rica de citações a Josserand, Ripert, Duguit e Bonecasse, no que se refere ao direito contratual, o autor destaca tanto a intervenção estatal extrema, pela criação de todo um arcabouço autônomo para o contrato de trabalho, a tal ponto de sua regulamentação ser

43 Tradução livre. No original: *“rompt avec une conception purement volontariste du contrat (c'est-à-dire avec le contractualisme, mais non point avec la contractualisation), car celui-ci y est en définitive perçu comme un instrument de solidarité où l'échange des services doit l'emporter sur l'opposition des intérêts, afin de conjurer le risque d'anomie, et plus largement de crise politique auquel aurai conduit le volontarisme individualiste du XIX^e siècle”*. JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 13.

44 BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da teoria dos contractos em nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vo. 34, n.1, pp. 57-66, 1938. p. 57.

45 BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da teoria dos contractos em nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vo. 34, n.1, pp. 57-66, 1938. p. 57.

46 BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da teoria dos contractos em nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vo. 34, n.1, pp. 57-66, 1938. p. 63.

47 LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do direito. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 35, n. 1, pp. 199-213, jan. 1939.

subtraída ao Direito Civil para fundar o Direito do Trabalho⁴⁸, quanto interferências pontuais também nos contratos civis, em socorro à parte mais fraca, “procurando assegurar o direito de igualdade real entre os contratantes, ao invés desta igualdade formal por si só incapaz de assegurar a justa equivalência das prestações”⁴⁹.

Após os escritos desses autores, não tardou muito para que, em 1943, toda a disciplina do contrato de trabalho fosse subtraída ao Direito Civil e ganhasse autonomia legislativa com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁰. A consolidação do Direito do Trabalho é, certamente, a maior conquista do movimento socializador do direito. No entanto, dado o fato de que, para além das relações laborais, situações de desigualdade material, ofuscada pela igualdade formal, persistem nos contratos civis, a preocupação solidarista no direito contratual se manteve e se mantém⁵¹.

A influência dos autores alemães se fez sentir com mais intensidade um pouco mais tarde⁵². Isso pelo menos no que se refere às concepções, ainda hoje em voga, sobre a influência das cláusulas gerais, visando superar iniquidades materiais no âmbito dos arranjos

48 LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do direito. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 35, n. 1, pp. 199-213, jan. 1939. pp. 199-201.

49 LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do direito. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 35, n. 1, pp. 199-213, jan. 1939. p. 206.

50 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 84

51 Sobre autores que escreveram sobre o solidarismo contratual no âmbito dos contratos civis, mesmo após a autonomização do Direito do Trabalho, cita-se, a título de exemplo: SAN TIAGO DANTAS. Evolução contemporânea do direito contratual dirigismo – imprevisão. **Revista dos Tribunais**, vol. 95, pp. 544 e ss., jan. 1952; LEME, Lino de Moraes. As transformações do contrato. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 48, pp. 50-68, dez. 1952; MENDES JÚNIOR, Onofre. A proteção do fraco no direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 7, pp. 79-90, 1955; SILVA, Wilson Melo da. A cláusula revisionista nos ajustes. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 12, pp. 128-143, 1961; SILVA, Luiz Alberto da. Dirigismo contratual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 5, pp. 116-151, 1965.

52 Sobre a influência de teóricos alemães sobre juristas brasileiros ao longo do século XX, cf. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, vol. 938, pp. 79-155, dez. 2013.

privados⁵³. Essa incorporação de influências germânicas, ocorridas na segunda metade do século XX, se deu pela importação de modelos teóricos ligados à Jurisprudência dos Valores⁵⁴, especialmente a doutrina de Karl Larenz sobre a complexidade obrigacional⁵⁵, de Franz Wieacker, sobre a boa-fé em sentido objetivo⁵⁶, e de Claus-Wilhelm Canaris sobre a relação entre a tópica jurídica e a segurança do sistema de direito⁵⁷. Assentados nessa tradição teórica, autores como Orlando Gomes⁵⁸ e Clóvis do Couto e Silva⁵⁹ incorporaram reflexões sobre o papel das cláusulas gerais, sobretudo a boa-fé objetiva, para amenizar a rigidez do sistema jurídico e permitir às decisões judiciais alcançar a justiça do caso concreto, de acordo com a materialidade subjacente à situação de conflito. Por mais que a boa-fé objetiva não seja propriamente um princípio que, em sua raiz, comunga com a

53 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 196.

54 Sobre o movimento da Jurisprudência dos Valores: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. pp. 163-241. Para uma resenha: BORGES, Adriano Souto *et alii*. Resenha do livro metodologia da ciência do direito, de Karl Larenz. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 64, pp. 565-571, 2014.

55 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 230-231.

56 WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. José Luis Caro. Madri: Civitas, 1977. A propósito, cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil Brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETARI, Christiano (Org.). **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

57 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 196.

58 GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. *passim*, sobretudo pp. 8, 9, 26.

59 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006; COUTO E SILVA, Clóvis do. **Principes fondamentaux de la responsabilite civile en droit bresilien et compare**: cours fait a la Faculte de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII). Manuscrito do Autor. Paris, 1988.

tradição solidarista⁶⁰, fato é que ela foi utilizada, no direito brasileiro, como um vetor de socialidade⁶¹.

Os movimentos do solidarismo francês e da jurisprudência dos valores alemã não podem ser, sem perdas, reduzidos a um único rótulo. Cada uma dessas escolas deve ser situada historicamente, sendo necessário ponderar as questões de natureza política, econômica e mesmo de particularidades do direito positivo de seus países de origem, as quais não podem ser desconsideradas. No entanto, uma coisa são esses movimentos doutrinários em si, cujo estudo demandaria, cada um, um trabalho autônomo, outra coisa é a incorporação que deles se fez pela doutrina brasileira. Por esta razão, a despeito das diferenças entre o solidarismo francês e as teorias jurídicas ligadas à Jurisprudência dos Valores alemã, o que importa à compreensão do arcabouço teórico do direito contratual brasileiro não são as peculiaridades desses movimentos, mas sim seu aproveitamento por autores brasileiros.

Nesse último foco de análise, não é impreciso reunir os feixes de ideias, ora escorados no movimento solidarista francês, ora escorado na Jurisprudência dos Valores alemã, sob a rubrica do que Luciano Timm caracteriza como o “paradigma solidarista”. Esse modelo tipicamente brasileiro, que não se confunde com o solidarismo francês e tampouco com a Jurisprudência dos Valores alemã, por mais que se utilize de ambos de uma forma um tanto quanto “antropofágica”⁶²,

60 Conforme observa Fabio Queiroz Pereira, as origens da boa-fé objetiva como padrão de conduta a impor e limitar posições jurídicas contratuais remonta à jurisprudência comercial alemã do século XIX, portanto, a momento histórico muito anterior à formação e consolidação do solidarismo jurídico. PEREIRA, Fabio Queiroz. O direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva. **Scientia Iuris**, Londrina, v.17, n.2, pp. 9-28, dez.2013

61 Conforme diagnóstico de Luciano Timm. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 134.

62 Por antropofágico aqui refere-se à forma pela qual Oswald de Andrade e os modernistas descreviam o processo de assimilação crítica das ideias e modelos europeus, a fim de produzir algo de novo e de genuinamente nacional. Cf. ANDRADE, Oswald. Manifesto antropófago. **Revista de Antropofagia**, a. I, n. I, maio 1928. Para esclarecimentos, cf. ANTROPOFAGIA. In: **Enciclopédia Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2020. Disponível em: <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br>>

pode ser generalizado nas seguintes linhas-mestras: (i) a liberdade, em um contexto de desigualdade material, é uma ficção, pois a vontade do mais forte se impõe sobre a do mais fraco, aniquilando-a; (ii) a percepção dessa realidade levou a uma mobilização social e intelectual que, tendo sido vitoriosa, alterou o paradigma de Estado; (iii) o modelo voluntarista de contrato é fruto de um paradigma de Estado Liberal do século XIX, incompatível com os princípios reitores do paradigma de Estado Social do século XX; (iv) por esta razão, dentro do modelo de Estado Social, cabe ao Poder Público intervir nas relações contratuais para garantir a igualdade material e a justa distribuição de riquezas, impedindo a exploração do homem pelo homem⁶³.

A consolidação dessa perspectiva solidarista ganha ainda mais força, no Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988 e o subsequente desenvolvimento da Escola do Direito Civil-Constitucional⁶⁴. Incorporando e adaptando as ideias do italiano Pietro Perlingieri ao direito brasileiro, referida escola propugna que, diante da desatualização do Código Civil de 1916 e da profusão de normas extravagantes para regulação de situações específicas de direito privado, a unidade do sistema jurídico deveria ser encontrada nos valores constitucionais⁶⁵. Por ser a Constituição da República de 1988 um diploma claramente influenciado pelo paradigma do Estado Social e profundamente analítico nos mais diversos âmbitos da vida pública e

itaucultural.org.br/termo74/antropofagia>. Acesso em: 07 de out. 2020. Verbete da Enciclopédia.

63 Lineamentos extraídos de Luciano Timm. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 87-138. Para uma colocação mais sintética do mesmo autor: TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro de 2002: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 73-80.

64 No mesmo sentido, TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

65 BODIN DE MORAES TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui.. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, a. 1., n.2, pp. 37-53, abr./jun. 2006. p. 46.

privada⁶⁶, as normas clássicas do Direito Civil na matriz individualista do Código Civil de 1916 se colocaram em direto confronto com o texto constitucional. Nesse sentido, a fim de atualizar o direito civil para o paradigma de Estado vigente, a Escola do Direito Civil-Constitucional propugna uma reinterpretação funcionalizada dos institutos de acordo com a ideologia constitucional vigente. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular “sensibilidade constitucional” que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição⁶⁷.

Esse “espírito da Constituição” referido pela autora está profundamente imbuído dos princípios do Estado Social. É digna de nota a força que a Escola do Direito Civil-Constitucional apresentou, e ainda apresenta, nos debates da civilística nacional desde meados da década de 1990. No direito contratual, a Escola do Direito Civil-Constitucional encampou as teses que os doutrinadores da época já vinham sustentando, apropriando-as à sua linguagem e assentando-as em um fundamento constitucional.

A edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, representa, igualmente, um grande marco da socialização das relações contratuais. Referido diploma inaugura um novo microsistema de contratos que, em que pese não abandone os conceitos básicos, passam a ser regulados, prioritariamente, pelas normas protetivas

66 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 39.

67 BODIN DE MORAES TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1167.

e profundamente intervencionistas do direito consumerista. Os contratos regidos pelo Direito do Consumidor são todos aqueles nos quais uma das partes figura como fornecedor (ou seja, contratante habitual e profissional que oferece no mercado determinado bem ou serviço) e a outra como consumidor, direto ou equiparado⁶⁸. Com a criação do microssistema consumerista, uma grande massa de contratos de relevante significação econômica foram subtraídos da aplicação exclusiva do regime comum do Código Civil para serem regidos prioritariamente pelas normas protetivas do Direito do Consumidor.

No entanto, a edição do Código de Defesa do Consumidor não apenas permitiu um avanço protetivo para as relações específicas que buscava disciplinar, mas foi também responsável pela oxigenação da teoria geral dos contratos, chamando a atenção para inovações como a boa-fé, os contratos de adesão, a função social e a possibilidade de revisão contratual em situações de alteração de circunstâncias, ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Segundo Bruno Miragem:

[...] embora fosse lei especial relativa apenas aos contratos de consumo, por conta da falta de atualidade do direito civil brasileiro, [o Código de Defesa do Consumidor] terminou por converter-se no principal veículo de renovação do direito contratual brasileiro, sobretudo em face da rica interpretação e aplicação jurisprudencial de seus preceitos⁶⁹.

Com o advento do Código Civil de 2002, a perspectiva solidarista do direito contratual foi inscrita na sistemática da codificação⁷⁰.

68 Interpretação extraída da conjugação dos arts. 2º, *caput* e parágrafo único, e art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

69 MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 179.

70 É verdade que, comparativamente, na redação dos dispositivos e na estrutura legislativa, o Código Civil de 2002 pouco difere do Código Civil de 1916. A mudança

Decerto que essa perspectiva de forma alguma se inaugurou com o Código. O movimento doutrinário e jurisprudencial acima narrado já havia incorporado na realidade jurídica brasileira as teses solidaristas, sobretudo ligadas às figuras da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, que, aliás, já haviam sido adiantadas pelo Código de Defesa do Consumidor, de modo que referidos conceitos foram simplesmente consolidados no texto do Código Civil de 2002⁷¹.

Contudo, a positivação de um novo diploma codificado, que é gestado sob a égide desse novo paradigma, não pode ser tida como um evento de somenos importância para a história do direito contratual brasileiro. Segundo Miguel Reale, filósofo do direito que assumiu o encargo de presidir a comissão elaboradora do anteprojeto do que viria a se tornar o Código Civil de 2002, o texto legal teria adotado a socialidade como um de seus eixos principiológicos⁷². Isso significava, dizer que, diante das mudanças sociais ocorridas ao longo do século XX, “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”,

ocorrida, contudo, seria uma guinada principiológica no que se refere à compreensão do Código. Isso estaria expresso, sobretudo, na adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais. No que tange ao direito contratual, essa mudança de modelo estaria na incorporação legislativa da boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil), da função social dos contratos (art. 421 do Código Civil) e de princípios de justiça contratual previstos nos institutos da lesão (art. 154 do Código Civil) e da alteração superveniente das circunstâncias (arts. 317 e 478 do Código Civil). Nesse sentido, *cf.* TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributivas *versus* eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 64. Contudo, considerando que a consciência jurídica prévia à edição do Código Civil de 2002 já era familiarizada com os princípios solidaristas positivados nesses dispositivos, é questionável a real relevância da codificação para a composição desse novo modelo. Essa é uma discussão que, no entanto, desborda os limites do presente trabalho.

71 ZANETTI, Cristiano de Sousa. Os três tempos do Código Civil de 1916: a boa-fé contratual. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 112, pp. 583-601, jan./dez. 2017. Em sentido aproximado, WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21, pp. 14-47, jul./set. 2003.

72 REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em outubro de 2020.

fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”⁷³.

No que se refere especificamente ao direito dos contratos, a positivação do art. 421 da expressão “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁷⁴, seria a consagração da funcionalização socializante das relações jurídicas contratuais⁷⁵. A expressa incorporação de diversas cláusulas gerais aludindo ao princípio da boa-fé em seu sentido objetivo, nos arts. 113⁷⁶,

73 REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em outubro de 2020.

74 A Medida Provisória n. 881/2019, posteriormente convertida em Lei n. 13.874/2019, dita “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, alterou a redação original do dispositivo. O texto atualmente vigente é o seguinte: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Além da correção da expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”, corrigindo um equívoco de legística apontado há muito pela doutrina, a nova lei retirou a função social como a razão de ser da liberdade contratual, estatuiu-a apenas como limite. Além disso, acrescentou-se um parágrafo único, que dispõe: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Referidas alterações vêm no bojo do refluxo neoliberal econômico trazido pelo Governo Federal eleito em 2018. Contudo, além de desbordar o objeto do presente estudo, o fato de as alterações legislativas promovidas pela Lei da Liberdade Econômica serem ainda muito recentes desaconselham tentativas sólidas de teorizações. É possível sustentar que se inaugura, em 2019, com a edição da Lei da Liberdade Econômica, um movimento de retomada de postulados liberais no direito contratual. Contudo, trata-se de um momento ainda incipiente para teorizações profundas. Para uma tentativa, ainda muito preliminar, de compreensão desse movimento, cf. COLOMBI, Henry. Construindo uma história das ideias jurídicas das disposições de direito civil da medida provisória n. 881/2019. **Revista Empório do Direito**, 24/03/2021.

75 REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 9, pp. 9-17, jan./mar. 2002. Sem que haja dúvidas de que a função social do contrato é um vetor de socialização do direito contratual, que propicia a valorização de interesses coletivos sobre as punções individualista, existe uma dissensão na doutrina sobre a eficácia do instituto entre os que o entendem como um verdadeiro mecanismo de proteção da parte mais fraca, de um lado, e outros que entendem que ele trata de um mero instrumento a suavizar o princípio da relatividade contratual quando a relação impacta terceiros. Para uma síntese da polêmica, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 45-49. Destaca-se que o autor se coloca como partidário da segunda corrente.

76 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

187⁷⁷ e 422⁷⁸, foi, também, encarada pela doutrina brasileira como um vetor de socialidade do sistema de direito privado⁷⁹. Nas palavras de Arnoldo Wald:

[...] dos capítulos [do Código Civil de 2002] específicos sobre determinadas formas de contrato e sua execução, três novos princípios refletem a evolução legal. São, além da função social do contrato, que já analisamos, a aplicação da teoria da imprevisão e a boa-fé objetiva, que se completam, formando o tripé da inovação que se pode chamar o solidarismo contratual⁸⁰.

Tem-se, portanto, que a reação solidarista à exacerbação do individualismo contratual vem contestar as premissas da absoluta liberdade e do poder nomogenético metafísico de que a vontade humana seria detentora. Essa contestação funda-se, sobretudo, na constatação de que a noção de igualdade formal, em um contexto de intensa desigualdade material, levaria ao aniquilamento da liberdade, razão pela qual o direito, a fim de manter a coesão social e evitar a anomia decorrente de uma intensa exploração do homem pelo homem e pelo acirramento da luta de classes, deveria reequilibrar as tensões ocorridas no seio das trocas individuais, erigindo normas protetivas.

Assim se criou o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. No que tange às modificações operadas por este paradigma social no que restou aos contratos ainda submetidos ao regime do Direito Civil,

77 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

78 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

79 TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 134. No mesmo sentido, WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21, pp. 14-47, jul./set. 2003.

80 WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21, pp. 14-47, jul./set. 2003. p. 30.

passou-se a admitir a correção de distorções porventura existentes através da atuação de normas de revisão contratual e da limitação do exercício de direitos, com base em cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato⁸¹.

C) QUEBRA DE PARADIGMA OU AMÁLGAMA CONCEITUAL? MODELO SOLIDARISTA OU “VOLUNTARISMO MITIGADO”?

Embora seja verdade que uma certa “perspectiva socializante”, de fato, orienta a doutrina contratualista prevalente no Brasil, o “paradigma solidarista” descrito por Luciano Timm não parece ter logrado êxito em oferecer uma resposta à velha questão do fundamento teórico do direito contratual. Parece claro que a preocupação central do solidarismo contratual é a de suavizar os conflitos decorrentes da desigualdade material propiciada pela igualdade formal, e não a de oferecer uma nova resposta ao questionamento do porquê de os contratos vincularem.

Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes: “[no paradigma do Estado Social] o fundamento da categoria geral, fidelidade/promessa, torna-se problemático. No entanto, a doutrina ainda se mantém presa à noção de base, compreendendo as novidades como limites, não como novos fundamentos”⁸², o autor conclui, ainda, que “o modelo solidarista não conseguiu [...] apresentar uma teoria autônoma dos contratos e talvez não pudesse mesmo fazê-lo”⁸³. A correção dessa afirmação é corroborada ao se analisar as obras gerais da manualística contemporânea. Percebe-se que não existe, nesses textos, um esforço

81 Para uma síntese conclusiva semelhante sobre o movimento de solidarização do direito contratual ao longo do século XX, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 248.

82 LOPES, José Reinaldo de Lima. Prefácio a... TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. xxv.

83 LOPES, José Reinaldo de Lima. Prefácio a... TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. xxv.

de justificar, nessa nova perspectiva teórica solidarista, o fundamento do direito contratual. A fim de subsidiar este argumento, serão reproduzidas e destacadas, abaixo, as conceituações de contrato oferecidas por manuais contemporâneos de grande difusão.

Inicialmente, observando a conceituação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, verifica-se, após uma breve menção à ideia do contrato como instrumentalização jurídica de uma operação econômica, a remissão do conceito à teoria do negócio jurídico. Parafraseando Antônio Junqueira de Azevedo, os autores parecem se inserir na perspectiva voluntarista, acima descrita, que compreende a autonomia da vontade como um espaço de liberdade outorgado pelo ordenamento para a vontade individual criar relações jurídicas. Observe-se:

[...] acreditamos que “o contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas”. E, estruturalmente, como fato jurídico, em adaptação ao conceito fornecido por Antônio Junqueira, compreendemos o contrato como “todo fato jurídico consistente em *declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes*, respeitadas os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide”⁸⁴.

Flávio Tartuce, por sua vez, define o contrato como sendo “um ato jurídico em sentido amplo, em que há o *elemento norteador da vontade humana* que pretende um objetivo de cunho patrimonial (*ato jurígeno*); constitui um negócio jurídico por excelência”⁸⁵. Percebe-se, também aqui, uma direta remissão à teoria do negócio jurídico, caracterizando o contrato como o negócio jurídico “por excelência”, além de uma

84 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. III. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 62. Grifou-se.

85 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Método, 2016. p. 294. Grifou-se.

clara deferência ao poder da vontade individual. Tal fundamentação causa espécie na pena de um autor que prestigia as conquistas do solidarismo contratual, e tem reagido de forma enérgica ao “retorno ao individualismo” proposto pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica⁸⁶.

Sílvio de Salvo Venosa, ao conceituar o contrato limita-se a subsumi-lo à categoria de negócio jurídico⁸⁷. Da mesma forma o faz Carlos Roberto Gonçalves, que, em sua conceituação, remete àquela teoria, destacando seu elemento distintivo: sua bilateralidade, conjugada na ideia de consenso:

[...] distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que *decorrem de mútuo consenso*, constituem os contratos. *Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico*⁸⁸.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, buscando incutir no conceito já a visão solidarista de que comungam, não deixam de demonstrar que os princípios em questão atuam como limites à autonomia da vontade das partes, não buscando atribuir-lhes *status* de fundamento. Eles afirmam: “entendemos que o *contrato é um negócio jurídico* por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, *autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas*

86 A propósito, cf. TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. **Boletim Migalhas**, 3 de maio de 2019. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/301612/a-mp-881-19--liberdade-economica--e-as-alteracoes-do-codigo-civil--primeira-parte>>. Acesso em outubro de 2020.

87 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 20.

88 GONÇALVES, Carlo Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 3. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 20. Grifou-se.

*próprias vontades*⁸⁹. Logo em seguida, esclarecem seu posicionamento da seguinte forma:

Não se poderá falar em contrato, de fato, sem que se tenha por sua pedra de toque a manifestação de vontade. *Sem “querer humano”, pois, não há negócio jurídico. E, não havendo negócio, não há contrato.* Ocorre que toda essa manifestação de vontade deverá fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação do contratante, derivada do respeito a normas superiores de convivência, com assento na própria Constituição da República⁹⁰.

A análise aqui empreendida aponta para a presença constante do lugar comum da autonomia da vontade, entremeada pela teoria do negócio jurídico, como sendo a razão de ser da obrigatoriedade contratual. Valores ligados ao solidarismo, tais como a função social, a boa-fé e o equilíbrio contratual, são introduzidos, quando o são, como vetores de atenuação ou complementação do conceito voluntarista de base⁹¹.

Arrisca-se dizer que a segurança proporcionada pelas cômodas remissões à teoria do negócio jurídico, animada pela abstração do

89 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 235-236.

90 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 235-236.

91 Em verdade, reflexões sobre a justificação teórica da obrigatoriedade contratual não são muito comuns na doutrina brasileira. As obras gerais, em regra, limitam-se a tratar do tema de forma lateral, como uma das especificidades da teoria do negócio jurídico ou uma das linhas introdutórias sobre aspectos gerais do direito contratual. Não se percebe a preocupação de isolar fundamentos axiológicos coerentes, explorar o marco teórico que o subjaz e, sobretudo, debater os diferentes pontos de vistas sobre os modelos explicativos conflitantes acerca do fundamento de obrigatoriedade jurídica do contrato. A ausência de uma preocupação com esse aspecto da teoria contratual acaba limitando as próprias possibilidades de levantamento diagnóstico das diversas posições. A falta de clareza dos próprios autores em dissertar sobre o fundamento de vinculação torna impossível identificar correntes e isolar pressupostos axiológicos e marcos teóricos. Diante desse cenário, tudo o que se pode fazer é identificar os pontos de consenso que se revelam dominantes acerca da questão.

conceito de autonomia da vontade, acaba por esvaziar o debate sobre o fundamento do direito contratual⁹². Talvez seja essa, inclusive, uma das razões do interesse tão reduzido na doutrina brasileira sobre o tema. A estabilidade desses lugares-comuns consolidados acaba por ocultar os problemas envoltos nesses próprios fundamentos.

Em suma, ainda em meios aos autores contemporâneos, que frequentemente se identificam como partidários de uma perspectiva solidarizante do direito contratual, o diagnóstico que se faz é o de que a doutrina segue utilizando, para fundamentar a obrigatoriedade do vínculo contratual, as mesmas premissas teóricas da “visão clássica” voluntarista que ela tanto condena. As noções de função social, boa-fé e equilíbrio contratual, caracterizadas como novos princípios trazidos pelo solidarismo⁹³, em que pese possuïrem uma fundamentação de natureza pública e heterônoma que escapa às típicas categorias voluntaristas, são colocadas como fatores de complementação, interpretação ou mesmo controle do vínculo contratual originado na autonomia da vontade. Nesse sentido é ilustrativa a explicação de Humberto Theodoro Júnior, o qual busca introduzir o advento e a conformação desses “novos princípios” solidaristas do direito contratual sem condenar sua base voluntarista clássica:

92 Uma notável exceção encontra-se no manual de Darcy Bessone sobre o direito contratual. O autor dedica um capítulo a levantar e fazer um balanço de teorias que se prestam a fundamentar a obrigatoriedade contratual. Referido levantamento é feito de uma forma bastantes sintética, e com base em referenciais teóricos já bastante antigos. Contudo, trata-se de um notável esforço de introdução da perspectiva filosófica sobre a obrigatoriedade contratual em obras gerais. Cf. BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 19-23.

93 Nesse sentido: LOPES, José Reinaldo de Lima. Prefácio a... TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. xxv. Igualmente, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, vol. 750, pp. 113-120, abr. 1998; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 97, pp. 127-138, 2002. p. 132

Essa nova postura institucional [solidarista] não poderia deixar de refletir sobre a teoria do contrato, visto que é por meio dele que o mercado implementa suas operações de circulação das riquezas. Por isso, não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio das ideias liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais. [...] De fato, busca-se nas novas concepções do contrato a introdução no sistema de melhores instrumentos para realizar a justiça comutativa, como o que se faz por meio dos princípios do equilíbrio e da proporcionalidade e da repulsa ao abuso. Mas, o acordo de vontade continua sendo “o elemento subjetivo essencial do contrato, sem o qual ele não poderia sequer existir, e que lhe dá a sua função primordial nas relações sociais”⁹⁴.

Olhando-se para essa constatação tão firme de um dos mais representativos comentadores do Código Civil de 2002, parece adequado ao contexto brasileiro o diagnóstico de James Gordley, segundo o qual “as doutrinas do século dezanove ainda se arrastam, perfuradas pelas qualificações e exceções do século XX”⁹⁵. O solidarismo não constitui realmente um novo paradigma do direito contratual. No direito civil contemporâneo, noções solidaristas se somam à base teórica ainda apegada ao modelo voluntarista, produzindo um verdadeiro amálgama conceitual. Os novos princípios, como a função social, a boa-fé e o equilíbrio contratual não refundam e nem refutam a teoria contratual, mas atuam apenas no sentido de atenuar os princípios voluntaristas da liberdade contratual, da força obrigatória e da relatividade. Nesse

94 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18.

95 No original: “yet the nineteenth-century doctrines drift on, riddled with twentieth-century qualifications and exceptions”. GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991. p. 9.

sentido, tem-se, no direito contratual contemporâneo, não um novo e coerente “paradigma solidarista”, mas apenas (o que, justiça seja feita, não é pouca coisa), a evolução do modelo voluntarista clássico para um modelo “voluntarista mitigado”.

D) A TEORIA DA CONFIANÇA: SEMENTE DE UMA ALTERNATIVA TEÓRICA

Diante da exaustão do modelo teórico voluntarista, sem que o dito “paradigma solidarista” se preste a oferecer uma real alternativa, é necessário que se perquiram opções em aberto e que se estruturem novos modelos a explicar de modo coerente o fenômeno jurídico contratual, especificamente no que se refere ao seu fundamento de vinculatividade jurídica⁹⁶. É isso que o presente trabalho busca propor, ainda muito preliminarmente. Sustenta-se, aqui, que o direito contratual brasileiro funda-se no imperativo de proteção da confiança legítima⁹⁷.

Argumenta-se, em síntese, que, para que um contrato entre privados seja juridicamente merecedor de tutela, faz-se necessária a presença: (i) de um compromisso de prestação patrimonial inferível de acordo com o padrão objetivo de conduta (ou seja, de boa-fé); (ii) que enseje um investimento de confiança (condutas materiais baseada em representações decorrentes de expectativas que, caso sejam frustradas, acarretarão prejuízos) e (iii) que não contrarie valores superiores

96 A necessidade de um fundamento teórico coerente para embasar a vinculatividade jurídica do contrato, tendo em vista a sua natureza de ato coercitivo estatal é aqui considerada da perspectiva teórica que procura identificar nos institutos jurídicos uma “base pública de justificação”. O marco teórico aqui adotado é a obra de Peter Benson, “*Justice in Transactions*”. Para as reflexões pertinentes, remeta-se ao cap. 2.

97 Para outra abordagem alternativa ao solidarismo contratual, em uma perspectiva de Análise Econômica do Direito, que, por razões de recorte, não será abordada, cf. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 87-138. Para uma colocação mais sintética do mesmo autor: TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro de 2002: justiça distributiva versus eficiência econômica**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 73-80.

prezados pelo ordenamento jurídico (ou seja, a ordem pública *lato sensu* – ou seja, considerações de licitude, de distributividade, para alguns, de moralidade pública, enfim, quaisquer que sejam os valores extraídos de normas do ordenamento jurídico que derroguem a regra geral da tutela contratual da confiança, por reputá-la ilegítima). A isso se denomina, para fins do presente trabalho, “proteção da confiança”.

Recorrentemente, a proteção da confiança é tida, no direito brasileiro, apenas como um dos diversos valores jurídicos que atuam no sentido de mitigar o voluntarismo que dá base à teoria contratual clássica⁹⁸. As manifestações desse valor como algo subjacente à teoria contratual moderna se destacaram, no Brasil, na visão de Orlando Gomes. O autor introduz a noção, de uma forma incipiente, é verdade, mas com notável avanço, em se considerando o momento histórico em que foi escrito.

Orlando Gomes busca negar o voluntarismo então imperante para substituí-lo não por um solidarismo impreciso, mas, sim, por uma noção muito assemelhada às modernas concepções da teoria da confiança⁹⁹. O vanguardismo do pensamento do autor torna pertinente a reprodução de um excerto:

A teoria da validade ou da confiança tem sido difundida principalmente na Alemanha em substituição às teses opostas do voluntarismo jurídico, defendidas pelos pandectistas. Representa, com efeito, o abandono da posição marcadamente individualista que

98 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002.

99 GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 14-16; 115-117. Vale apontar que, embora no texto aqui referido Orlando Gomes adote essa postura vanguardista, em seu manual, ele entende ainda estar o direito brasileiro muito apegado às noções voluntaristas, herdadas da pandectística. Em suas palavras “[...] ainda nos encontramos na época da ciência jurídica que se inicia com Savigny. O modelo teórico sobre o qual trabalham, sugerido pela disciplina legal codificada, continua a ser, a despeito das alterações que o deformam, aquele traçado pelos expoentes da escola das Pandectas”. GOMES, Orlando. **Contratos**. Atual. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

caracterizava, de modo mais incisivo, a *Willenstheorie*. Constitui a *teoria da confiança* abrandamento da *Erklärungstheorie*, que concede prelázia da declaração sobre a vontade sob fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade. Também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em que acreditou ser verdadeira. Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. Enquanto, pois, tem um dos contraentes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade. Protege-se, desse modo, oferecendo-se maior segurança ao comércio jurídico, ao destinatário da relação jurídica, mas sob outros fundamentos que não os da *Erklärungstheorie*¹⁰⁰.

Outra contribuição não negligenciável para a naturalização da ideia de proteção da confiança como valor tutelado pelo direito contratual, e que detém reflexos mais perenes na doutrina contemporânea, encontra-se nas propostas Clóvis do Couto e Silva e seu conceito de complexidade obrigacional¹⁰¹. Para o autor,

A dogmática do século passado [XIX] tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em

100 GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 14

101 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006; COUTO E SILVA, Clóvis do. **Principes fondamentaux de la responsabilite civile en droit bresilien et compare**: cours fait a la faculte de droit et sciences politiques de st. maur (Paris XII). Manuscrito do Autor. Paris, 1988.

movimento dialético e polêmico, poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses¹⁰².

Em que pese Clóvis do Couto e Silva não ter jamais chegado ao ponto de sugerir que a proteção da confiança seria a razão de ser das obrigações contratuais, tendo adotado a posição conciliadora explicitada no excerto acima¹⁰³, fato é que foram as suas reflexões que lançaram as bases mais sólidas na doutrina nacional para a utilização de cláusulas gerais. Sua defesa do princípio da boa-fé em seu sentido objetivo, para a resolução de controvérsias contratuais que não eram satisfatoriamente atendidas na perspectiva do paradigma voluntarista clássico foi bem acolhida pela civilística brasileira e moldou, em grande parte, a percepção contemporânea que se tem do direito obrigacional¹⁰⁴.

Dada a natureza essencialmente tópica das cláusulas gerais, que apenas atuam de forma casuística¹⁰⁵, em situações limítrofes cuja complexidade não é adequadamente endereçada pelas regras comuns, é de se entender o porquê de a reflexão sobre o valor jurídico da confiança ser identificada apenas em situações como as

102 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.

103 O autor não nega à autonomia da vontade seu papel central na dinâmica das fontes das obrigações, reservando à tutela de interesses, onde se encontraria a boa-fé e, por consectário, a proteção da confiança, um papel secundário e corretivo. Cf. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2006. pp. 31-32.

104 Nesse sentido, destacando a importância de Clóvis do Couto e Silva, ao lado de outros dois autores que o seguiram, Antônio Junqueira de Azevedo e Judith Martins-Costa, para a consolidação doutrinária da boa-fé objetiva e da noção de cláusulas gerais, cf. ZANETTI, Cristiano de Souza. Os três tempos do Código Civil de 1916: a boa-fé contratual. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 112, pp. 583-601, jan./dez. 2017. pp. 596-597.

105 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critério para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 212.

de responsabilidade pré-contratual, de alteração superveniente de circunstâncias negociais, de garantias implícitas e de responsabilidade *post factum finitum*. A confiança, por atuar densificando cláusulas gerais, não é cogitada em situações de normalidade, pois nestas, a solução do conflito contenta-se com a aplicação silogística das regras legais. Estas últimas, por não suscitarem tantas polêmicas de natureza pragmática, não atraem a mesma intensidade de problematizações e aprofundamentos do que temas pungentes. Por esta razão, as regras legais tradicionais relativas à formação, cumprimento e relativização do contrato vêm se satisfazendo com as explicações oferecidas pela teoria clássica, de base voluntarista, não tendo sido renovadas pelas perspectivas teóricas mais modernas¹⁰⁶.

Conforme explica Judith Martins-Costa, cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva, atuam como verdadeiras “válvulas de abertura” do sistema, possibilitando a incursão de valores metajurídicos para a solução de problemas jurídicos concretos¹⁰⁷ que, por sua complexidade, não se subsumem à lógica dos institutos tradicionais do contrato. Contudo, haja vista a inexistência de parâmetros legalmente fixados de hipótese de incidência e tampouco de consequência jurídica que marcam a técnica legislativa das cláusulas gerais¹⁰⁸, é necessário, visando a densificação de seus critérios de aplicação, compreender o substrato normativo subjacente à figura da boa-fé objetiva. Nesse intuito, a doutrina brasileira, baseando-se, sobretudo, na literatura portuguesa e alemã, interpretam que normatividade subjacente à

106 Gerson Luiz Carlos Branco traça um raciocínio similar. A propósito, cf. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002. p. 176.

107 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critério para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 176. No mesmo sentido, MIRANDA, José Gustavo de Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 38, n. 153, pp. 131-149, jan./mar. 2002. p. 140. Arnaldo Wald os denomina de “conceitos amortecedores”. WALD, Arnaldo. A contribuição do Superior Tribunal de Justiça na consolidação do princípio da confiança. **Doutrina STJ**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: STJ, 2005. p. 34.

108 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critério para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 134-135.

cláusula geral da boa-fé objetiva está, justamente, na proteção da confiança¹⁰⁹.

O sentido de confiança empregado nessas perspectivas é aquele derivado de estudos já levados a cabo no campo da sociologia, especialmente pelas teorias de Niklas Luhmann. Para o sociólogo, confiança é a expectativa de continuidade que orienta as ações dos indivíduos de tal forma que, caso ocorra sua frustração, prejuízos relevantes advirão àquele que confiou¹¹⁰. Em suas palavras:

109 Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 22, pp. 228-258, set. 2002. p. 239; WALD, Arnoldo. A contribuição do Superior Tribunal de Justiça na na consolidação do princípio da confiança. **Doutrina STJ**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: STJ, 2005. MIRAGEM, Bruno. A proteção da confiança no direito privado: notas sobre a contribuição de Cláudia Lima Marques para a construção do conceito no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 114, ano 26, pp. 397-407, nov./dez. 2017. p. 400; PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 124-125. Essa é a posição, em Portugal, esposada por Menezes Cordeiro. CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1234 e ss. No mesmo sentido, a opinião de um autor também português, mas em análise do ordenamento jurídico brasileiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan./jun. 2008. p. 119. A reforçar a aderência dessa posição na doutrina brasileira, cf. o enunciado 362 da IV Jornada de Direito Civil do CJF, que fundamenta a proibição do *venire contra factum proprium* nos arts. 187 e 422 do Código Civil, os quais fazem menção expressa à cláusula geral de boa-fé objetiva. Em sentido contrário, compreendendo que a boa-fé objetiva e a confiança seriam valores paralelos e de mesma hierarquia, não sendo aquela a densificação normativa do valor metajurídico representador por esta, MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**, Ano XII, n. 40, pp. 11-19, jan./mar. 2008. p. 16. Para uma síntese dessa discussão no ambiente português, e suas raízes no debate alemão pela contraposição das opiniões de Karl Larex e Claus-Wilhelm Canaris, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 125-127.

110 Verifica-se, aqui, paralelo com a concepção de Charles Goetz e Robert Scott, a qual será examinada no capítulo 2. Adianta-se, aqui, que, para os autores, a confiança é um fator que permite a cooperação interpessoal, a qual se reverte em ganhos de utilidade para a sociedade em geral. A quebra de confiança, por outro lado, geraria prejuízos ao promissário de modo não ótimo no que se refere ao somatório de utilidade geral. Diferentemente da abordagem sociológica de Luhmann, contudo, o diagnóstico de Goetz e Scott não se limita à constatação que a confiança é um elemento intrínseco à organização de uma sociedade complexa. Os autores, dentro de sua perspectiva ligada à análise econômica, formulam uma proposta normativa, baseada na ideia de que o direito deve ser instrumentalizado para promover a eficiência das transações. Nessa perspectiva, Goetz e Scott propõem que o direito contratual deve coibir a quebra

A confiança emerge gradualmente nas expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes com os quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas. Mas nem todas as expectativas dessa natureza implicam confiança; somente aquelas que se referem à conduta o fazem, e, dentre essas últimas, somente aquelas à luz das quais compromete-se a ação e que, se não se cumprem, nos farão lamentar nossa conduta¹¹¹.

A confiança, para Luhmann, é uma forma de redução de complexidade do sistema social que constitui, em sua feição mais básica, condição de possibilidade do próprio convívio interpessoal e, em um nível mais elaborado, permite formas de cooperação que maximizam as potencialidades de ganhos em uma dimensão geral¹¹². O conceito acima apresentado foi desenvolvido na obra “*Confianza [Vertrauen]*”, originalmente publicada em 1968¹¹³. Referido trabalho se insere no segundo período da obra de Luhmann, no qual o autor se dedica a temas gerais da sociologia¹¹⁴. Trata-se, portanto, de um trabalho anterior à consolidação de sua Teoria da Sociedade baseada na ideia de sistemas autorreferenciais, não obstante já seja possível

de confiança de modo a e na medida em que essa coibição maximize a eficiência, permitindo um resultado ótimo de cooperação social. A propósito, cf. GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1266.

111 No original: “*La confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas. Pero no todas las expectativas de esta naturaleza implican confianza; solamente aquellas que se preocupan de la conducta lo hacen, y entre las últimas solamente aquellas a la luz de las cuales uno compromete sus propias acciones, y que si no se cumplen nos harán lamentar nuestra conducta*”. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005. p. 41.

112 LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005. p. 40.

113 LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005.

114 SILVA, Arthur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 37.

identificar nesse texto traços marcantes do que mais tarde vem a ser a perspectiva tipicamente luhmanniana¹¹⁵.

A doutrina brasileira apropriou-se do diagnóstico sociológico de Luhmann – o qual identifica no sistema jurídico uma importante função de tutela da confiança¹¹⁶ – e, sobre a sua reflexão, baseou considerações normativas, estatuinto um *dever ser* para o direito no sentido de sustentar a confiança como um valor a ser tutelado¹¹⁷. Claudia Lima Marques afirma que a confiança seria a base das relações contratuais privadas, a qual estaria ameaçada pela complexificação do mundo contemporâneo (ou, em suas palavras, da “pós-modernidade”)¹¹⁸. Analisando especificamente os contratos de consumo, ela afirma que a crise de confiança no contrato seria solucionada por uma tutela jurídica das representações das partes vulneráveis (os consumidores) incutidas pelos agentes do mercado (os fornecedores), por meio de anúncios, publicidade, comportamentos etc.¹¹⁹. Dessa forma, o direito tutelaria a parte vulnerável, reduzindo a complexidade de sua atuação

115 Nesse sentido identifica RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005. p. xxv, e é facilmente identificável pela leitura da obra.

116 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005. p. 56.

117 MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002. Para uma apropriação jurídica das ideias de Luhmann para além do direito privado, cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 325.

118 MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

119 MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33; pp. 50-52.

na esfera do direito e do mercado, promovendo, assim, a confiança, no sentido atribuído por Luhmann¹²⁰.

A posição de Claudia Lima Marques, apesar de reforçar a tese de que a estrutura do direito contratual brasileiro, sobretudo nessa área de vanguarda representada pelos contratos de consumo, não é refratária à noção de confiança, não chega ao ponto de afirmá-la como a razão de ser da obrigatoriedade contratual. Sua perspectiva é propositiva de uma interpretação protetiva dos direitos do consumidor e não elabora uma fundamentação teórica do direito contratual baseada na confiança como um modelo justificatório da coerção estatal para a efetivação de arranjos contratuais.

Gerson Luiz Carlos Branco, por sua vez, vai um pouco mais além e identifica que a proteção da confiança, em razão dos diagnósticos sociológicos de complexificação das relações sociais e de massificação do consumo e das transações, geraria vinculação jurídica tal como o faz a declaração de vontade no esquema clássico do negócio jurídico¹²¹. Vale, dizer, portanto, que ele equipara, em termos de fundamentação da eficácia jurídica do contrato, a vontade e a confiança como duas alternativas possíveis e equiparadas.

O autor se baseia nos diagnósticos fáticos, do campo sociológico, sobre a relevâncias da confiança em uma sociedade complexa e os extrapola para uma prescrição normativa. No seguinte excerto de seu artigo “*A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos*”, Gerson Luiz Carlos Branco sintetiza sua compreensão teórica do papel da confiança no direito contratual:

120 MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 39-40.

121 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002. p. 173

A criação de direitos subjetivos, para qualquer das teorias tradicionais depende de um ato de vontade do sujeito passivo da relação jurídica, que por um ato de liberalidade ou uma contraprestação concede a outrem uma posição de vantagem. Porém, quando a sociedade é massificada, com padronização e standardização das relações sociais, com consequências sociais e econômicas conhecidas, as situações de proximidade que geram confiança precisam de tutela especial, que leve em conta a necessidade de preservação de previsibilidade e certezas mínimas, a fim de que a facilidade do anonimato da “massa” sirva como um meio de provocação de danos, independentemente de atos de vontade que possam ser qualificados como negócios jurídicos. Por isso é preciso que o ordenamento jurídico atribua eficácia para aquelas situações de confiança, tal qual atribui eficácia ao ato de vontade dirigido a uma finalidade, sob pena de instabilidade e segurança de um modelo negocial cada dia mais comum, baseado na standardização de comportamentos. Essa eficácia específica não é diferenciada estruturalmente dos direitos subjetivos, razão pela qual se pode dizer que as expectativas legítimas são direitos subjetivos que têm origem em atos de confiança de alguém¹²².

Na mesma linha, também baseando em diagnósticos fáticos da sociologia e extrapolando-os para prescrição normativas¹²³, Marcos Catalan vai mais longe e sustenta que é a violação da confiança – compreendida como a representação legitimamente incutida pelas partes no processo de negociação, veiculada pela comunicação –, e não a vontade negocial, que fundamenta a imposição do dever de

122 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002. p. 173.

123 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 135.

reparação do dano contratual¹²⁴. Na sua visão, o direito contratual contemporâneo teria abandonado concepções metafísicas ligadas à vontade como autorregramento e, antes disso, ao pecado decorrente do descumprimento da promessa¹²⁵, para uma visão mais realista, que tutela as situações de confiança em razão de sua relevância à cooperação social¹²⁶. A confiança, presente já em situações específicas, como nas cláusulas gerais, teria passado “de coadjuvante a protagonista”¹²⁷ e se ampliado, de modo que, em sua compreensão “a relação obrigacional obriga, assim, não pode ter sido semeada sobre os campos da autonomia privada [...] mas por estar na ‘aura de confiança’ que deriva da comunicação social”¹²⁸.

As conclusões de Marcos Catalan parecem ser corretas e oferecem boas perspectivas para uma fundamentação teórica mais coerente para o direito contratual do que a já desgastada noção de “autonomia da vontade”. No atual cenário de evolução do direito contratual brasileiro, a confiança não atua apenas como valor metajurídico que densifica a cláusula geral de boa-fé e, assim, atua *adjuvandi, supplendi, vel corrigendi*¹²⁹ ao pano de fundo voluntarista vigente no direito contratual posto, sendo um de seus vetores de mitigação. Pelo contrário, entende-se ser ela uma explicação teórica mais convincente para compreender os sentidos não apenas das cláusulas gerais, mas do direito contratual brasileiro de um modo geral.

124 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 139.

125 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. pp. 136-137.

126 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 134.

127 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 133.

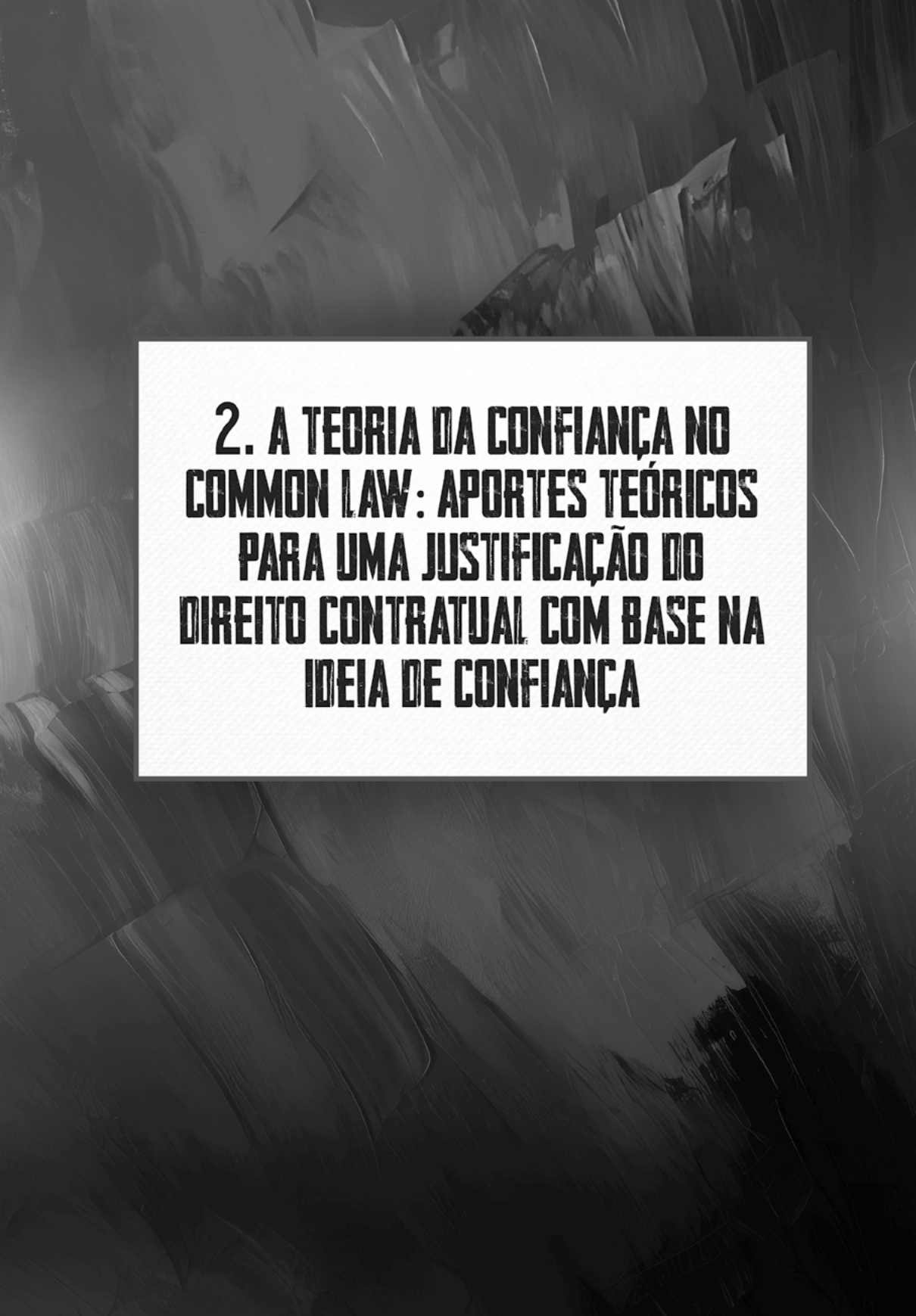
128 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 137.

129 Conforme as três funções da boa-fé objetiva identificadas por Antônio Junqueira de Azevedo. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, vol. 3, n. 9, pp. 40-44, set./dez. 1999. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/237>>. Acesso em agosto de 2020.

A perspectiva do autor, apesar de sólida, baseia-se em um diagnóstico intuitivo, carecendo de uma fundamentação normativa mais sólida, que ultrapasse a simples constatação de que as concepções metafísicas voluntaristas estariam superadas e que a complexidade social tornaria imperativo ao direito contratual se ocupar da redução dessa complexidade, a fim de possibilitar as transações e a tutela dos mais vulneráveis em um mundo pós-moderno. Portanto, comungando-se da intuição de Marcos Catalan, mas buscando uma fundamentação mais sólida para essa perspectiva, pretende-se, adiante, apresentar contribuições teóricas acerca da teoria da confiança desenvolvidas no contexto do *common law* – lá denominada *reliance theory* –, as quais, por se calcarem em bases de teoria política, de filosofia moral e de filosofia do direito, oferecem um subsídio normativo mais sólido para sustentar a confiança como a razão de ser da obrigatoriedade contratual.

Diferentemente do estudo de Marcos Catalan, que não tem na apreciação teórica do fundamento normativo do direito contratual seu objetivo principal, o debate no cenário do *common law* tem a vantagem de se dedicar à problemática da justificação de forma detida. Essas perspectivas possuem, ainda, a vantagem de deixar bem claros os pressupostos e os raciocínios metajurídicos que justificam o porquê de se sustentar que o direito contratual tem como justificativa primordial a proteção da confiança.

Nesse sentido, para avançar o debate, aprofundando a perspectiva com abordagens interdisciplinares, vale olhar para a construção da teoria da confiança desenvolvida no ambiente do *common law* a fim de subsidiar a proposição teórica de que é a proteção da confiança o valor explicativo e justificador subjacente ao direito contratual.



2. A TEORIA DA CONFIANÇA NO COMMON LAW: APORTES TEÓRICOS PARA UMA JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL COM BASE NA IDEIA DE CONFIANÇA

Henry Colombi

Se a crítica às teorias voluntaristas e a ideia de crise do contrato, no Brasil, não geraram muitos frutos no sentido de uma nova proposta a dar fundamentação coerente ao direito contratual, coisa diversa se passou no ambiente do *common law*. Enquanto a doutrina brasileira ainda parece não ter saído do estágio desconstrutivo, convivendo há décadas com uma inconsistente teoria voluntarista mitigada, já era possível identificar no *common law*, sobretudo a partir das décadas de 60 e 70 do século XX, um movimento de resposta à crise do contrato à sua maneira clássica. Esse movimento propunha um modelo explicativo e justificatório alternativo do direito contratual, baseado na ideia de proteção da confiança¹³⁰.

A teoria da confiança (*reliance theory*), como posteriormente denominada, jamais foi estruturada como uma teoria unitária e tampouco conta com uma obra-síntese ou um autor-chave com os quais possa ser identificada¹³¹. Ela é, nesse sentido, antes um fenômeno histórico identificado por sucessivas contestações à teoria clássica do direito contratual do *common law* do que propriamente uma construção teórica¹³². Não obstante essa constatação, a teoria da confiança não deve ser desmerecida enquanto teoria. Isso porque, em seu processo histórico de formação, baseado em contribuições oriundas das obras de diversos autores, foram produzidas reflexões

130 BARNETT, Randy E. Foreword: Is reliance still dead? *San Diego law review*, n. 38, pp. 1-12, 2001. p. 2.

131 De um modo diverso, a teoria voluntarista do contrato como promessa foi estruturada por Charles Fried e bem sintetizada no livro *Contract as Promise*. Cf. FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. Nesse sentido, BARNETT, Randy E. The death of reliance. *Journal of legal education*, vol. 46, n. 4, pp. 518-536, dez. 1996. p. 521.

132 Nesse sentido, em termos de estruturação, a teoria da confiança acaba se aproximando, em sua conformação na enciclopédia jurídica, mais da teoria clássica, que busca contestar, do que das teorias contemporâneas, que buscam fundamentar normativamente o direito contratual. É Atiyah que se refere à teoria clássica como um fenômeno histórico, e não propriamente como uma teoria normativa. O autor explica que essa é a grande diferença ante a dita teoria clássica e as teorias liberais, tais como a de Charles Fried. Apesar de ambas terem postulados em comum, a primeira seria um fenômeno histórico, enquanto a segunda seria propriamente uma teoria. ATIYAH, P. S. The liberal theory of contract. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 121.

valiosas para a compreensão do fenômeno jurídico contratual. Ademais, contemporaneamente, a teoria da confiança é encarada pelos estudiosos do direito contratual como um corpo relativamente estável de premissas teóricas¹³³. Essas premissas são as seguintes:

i) A primeira delas, de natureza crítica e histórica, refere-se ao papel da teoria da confiança em desnaturalizar os pressupostos da teoria clássica do direito contratual do *common law*. Forjada no século XIX sob a influência dos ideais do liberalismo econômico¹³⁴ e baseada em leituras de teóricos da Europa Continental¹³⁵, a teoria clássica buscava estruturar toda a ideia do contrato nos pressupostos da promessa e da *consideration*¹³⁶. Nessa perspectiva, o arquétipo do contrato é uma

133 Nesse sentido, cf. POSNER, Eric. *Contract Theory*. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. **The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell, 2005. pp. 141-142; BARNETT, Randy E. The death of reliance. **Journal of legal education**, vol. 46, n. 4, pp. 518-536, dez. 1996; SMITH, Stephen A. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, pp. 1-38, jun. 2001; SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays on jurisprudence**. 4ª série. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000; FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship. *Especially Law and Economics*. In: FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015; MARKOVITS, Daniel. Theories of the common law of contracts. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/contracts-theories/>>. Acesso em abril de 2020; KRAMER, Adam. **Contract law: an index and digest of published writings**. Portland: Hart Publishing, 2010; BIX, Brian H. **Contract law: rules, theory and context**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012. p. 134; HOGG, Martin. Competing theories of contract. In: DIMATTEO, Larry A. et al. (Eds.). **Commercial Contract Law: transatlantic perspectives**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013. p. 26.

134 ATIYAH, P. S. Contracts, promises and the law of obligations. In: **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 11.

135 GORDLEY, James. **Foundations of Private Law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 288.

136 *Consideration*, doravante traduzida para “contrapartida” ou “contraprestação”, segundo o Black's Law Dictionary é “[a]ny benefit conferred, or agreed to be conferred, upon the promisor, by any other person, to which the promisor is not lawfully entitled, or any prejudice suffered, or agreed to be suffered, by such person, other than such as he is at the time of consent lawfully bound to suffer, as an inducement to the promisor”. Em tradução livre: “qualquer benefício conferido ou que se combinou conferir com o promitente por qualquer outra pessoa em relação ao qual o promitente já não seja detentor de um direito, ou qualquer prejuízo arcado ou que se combinou de ser arcado por referida pessoa que já não deveria juridicamente arcar com ele, que se faz como indução ao

promessa formulada em contrapartida a uma outra promessa, que, por representar uma transação de bens e direitos fundada na vontade livre e seriamente manifestada pelas partes contratantes, seria merecedora de tutela jurídica como medida de garantia da justiça corretiva¹³⁷. O primeiro questionamento em relação a esse modelo foi levantado por Fuller e Perdue, que desafiaram a ideia de que o papel do direito contratual seria a garantia de justiça corretiva ao observarem que as normas postas, sobretudo no que se refere à indenização pelo interesse de execução em caso de inadimplemento contratual¹³⁸,

promitente [em troca da promessa]”. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 4ª ed. St. Paul: West Publishing, 1968. p. 379. Trata-se de uma figura empregada pelo *common law* para limitar o escopo de promessas que serão objeto de tutela jurídica ao passo que exige que haja uma efetiva contrapartida para que uma promessa seja juridicamente obrigatória. Cf., a propósito, para uma abordagem introdutória à comparação do direito contratual do *common law* com o direito brasileiro, explicando, dentre outros, a figura da *consideration*: TIMM, Luciano Benetti. *Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano*. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, a. 1, n. 1, pp. 525-572, 2012. p. 533.

137 Por justiça corretiva os autores se referem à medida aristotélica de justiça que visa à manutenção das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos, impedindo a sua subtração ou destruição indevidas. A ela se contrapõe a justiça distributiva, a qual incumbe a definição das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos. Sobre a utilização desses conceitos no artigo *The Reliance Interest in Contract Damages*, cf. BENSON, Peter. *Contract*. In: PATTERSON, Denis (Ed.). 2ª ed. **A companion to philosophy of law and legal theory**. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

138 Nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, o equivalente funcional daquilo que, na tradição de *common law* denomina-se *reliance interest* (interesse de confiança) é a ideia de interesse negativo. O interesse de confiança, tal como o interesse negativo é a medida da indenização que busca colocar a parte prejudicada na mesma situação em que estaria caso a nunca tivesse confiado na promessa formulada. Nesse sentido, ele busca retirar o dano causado pelo fato da confiança, retornando as partes ao *status quo antem*. Por outro lado, o que no *common law* se denomina *expectation interest*, (literalmente, “interesse de expectativa”, mas podendo ser adequadamente traduzido como “interesse de execução”), tem nos sistemas romano-germânicos o equivalente funcional no interesse positivo, que busca colocar as partes na mesma situação em que estariam caso a promessa fosse integralmente cumprida, instaurando, assim, um *status ad quem*. Sobre a equivalência funcional entre as noções de *reliance/expectation interest* e de interesse negativo/positivo, cf. GORDLEY, James. **Foundations of Private Law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 290. Para o aprofundamento sobre a questão comparativa dos institutos acima referidos e mesmo para a compreensão da fórmula par (interesse positivo/interesse negativo) no direito brasileiro, relativamente a qual ainda se verifica um desenvolvimento carente na doutrina geral, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo**. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 170-175. Ao longo do presente trabalho, a

deveriam ser justificadas por alguma motivação externa ao próprio direito contratual¹³⁹. Referido questionamento foi aprofundado pela análise de Grant Gilmore, que aponta a historicidade do conceito do contrato cunhado pela teoria clássica e a artificialidade da distinção estanque por ela postulada entre contrato e delito¹⁴⁰.

ii) A segunda premissa baseia-se na constatação de Patrick Atiyah de que o arquétipo do contrato, no qual uma promessa é feita em contrapartida a uma outra promessa, é menos frequente e relevante do que a doutrina clássica sugeria. Atiyah observa que, a mais das vezes, um contrato envolve o cumprimento prévio da prestação em favor do promitente ou a mudança do curso de ação por parte do promissário, ambos com base na noção de confiança no cumprimento da promessa. Nesse sentido, o direito contratual, na maioria dos casos, atua para remediar situações em que, pela quebra da confiança, benefícios antecipadamente conferidos se tornam indevidos e alterações de planos de ação revelam-se injustamente prejudiciais ao promissário¹⁴¹.

iii) Uma terceira premissa funda-se na explicação econômica, sugerida por Goetz e Scott, do porquê de o direito contratual positivo eleger como remédio preferencial a indenização pelo interesse de execução e não pelo interesse de confiança, que, a rigor, seria

fim de manter a precisão terminológica, não será utilizada a substituição dos termos em inglês por seus equivalentes funcionais, tendo se optado pela tradução proposta por João Baptista Villela, que verte ao vernáculo *expectation interest* como “interesse de execução” e *reliance interest* como “interesse de confiança”. VILLELA, João Baptista. Prefácio a... LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. xviii.

139 FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. pp. 52-53.

140 GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2ª ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. *passim*.

141 O raciocínio é sintetizado em ATIYAH, P. S. Contracts, promises and the law of obligations. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001, mas também pode ser inferido nos seguintes textos: ATIYAH, P. S. The modern role of contract law. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001; ATIYAH, P. S. The rise and fall of freedom of contract. Oxford: Clarendon Press, 1979. pp. 1-7 e ATIYAH, P. S. Executory contracts, expectation damages and the Economic Analysis of Contract. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

mais lógico para reparar os danos decorrentes da quebra de confiança¹⁴². Referida explicação tem como base a ponderação dos custos institucionais do processo de adjudicação dos contratos, que demonstram que o interesse de execução funciona como um bom substituto do interesse de confiança na proteção do valor que o direito, de fato, busca tutelar: a confiança¹⁴³. No mesmo sentido, mas partindo de uma base instrumentalista não econômica, mas institucional, está a sugestão de Raz, segundo o qual o direito contratual tutelaria a confiança legítima depositada sobre promessas para preservar o próprio valor da promessa e de seu cumprimento. Esse valor, inegavelmente, possui uma qualificada relevância social, que permite a ampliação das potencialidades humanas de atuação sobre o mundo, razão pela qual deve ser incentivada e tutelada pelo direito¹⁴⁴.

São essas premissas, historicamente formuladas que, acumulando-se, formaram o que se convencionou denominar a teoria da confiança do direito contratual do *common law*¹⁴⁵. Cada uma delas será adiante analisada, à luz das obras dos autores que as formularam.

142 É mais lógica a reparação pelo interesse negativo, considerando-se que o fundamento da indenização contratual seria a proteção da confiança pois, por esta medida, o direito alcançaria a justiça corretiva, fazendo a parte inadimplente pagar à parte prejudicada a exata medida dos danos por ela incorridos em razão da frustração da confiança. Essa é a lógica adotada por Fuller e Perdue em seu artigo *The reliance interest in contract damages*. FULLER, L. L.; PERDUE, William R. *The reliance interest in contract damages*: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. pp. 52-53.

143 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. *passim*.

144 RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. pp. 933-938.

145 Essa lista de principais representantes da teoria da confiança é elaborada por Stephen Smith. SMITH, Stephen A. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, pp. 1-38, jun. 2001. p. 12, nota 21. No mesmo sentido é a lista de Adam Kramer. KRAMER, Adam. **Contract law: an index and digest of published writings**. Portland: Hart Publishing, 2010. item 16.3. Charles Fried, não se ocupando de estabelecer uma lista exaustiva, também cita Fuller e Perdue, Gilmore e Atiyah, como representantes de uma “visão baseada na confiança” (*reliance view*). FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Clarendon Press, 2015. pp. 1-6.

A) FULLER & PERDUE E GILMORE: A BASE CRÍTICA PARA OS FUTUROS DESENVOLVIMENTOS

A teoria da confiança se estruturou em contraposição à teoria clássica do direito contratual do *common law*. Por esta razão, é compreensível que os autores identificados como seus primeiros representantes sejam justamente aqueles que contestaram as bases da teoria clássica, lançando questionamentos sobre seus postulados centrais e colocando-os em perspectiva histórica. Com efeito, identifica-se a fundação da teoria da confiança nos textos *The Reliance Interest in Contract Damages*, de Lon Fuller e William Perdue Junior, e *The Death of Contract*, de Grant Gilmore.

O texto de Fuller e Perdue é reputado como “o artigo individual mais influente em toda a história da teoria contratual moderna”¹⁴⁶. Sua contribuição para a teoria do contrato reside em sua pioneira problematização do postulado central da teoria clássica, segundo o qual o direito contratual busca tutelar a justiça corretiva e o faz por meio da condenação ao pagamento de indenização pelo interesse de execução. Na concepção de Fuller e Perdue, a determinação de indenização por aquilo que se espera auferir de ganhos em um contrato, e não somente pelas perdas decorrentes do investimento de confiança, não faria sentido numa perspectiva de justiça corretiva¹⁴⁷ pois condenar a parte inadimplente a indenizar a parte prejudicada

146 Tradução livre. No original: “[...] the most influential single article in the entire history of modern contract scholarship”. ATIYAH, P. S. Fuller and the theory of contract. In: **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 73.

147 Por justiça corretiva os autores se referem à medida aristotélica de justiça que visa à manutenção das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos, impedindo a sua subtração ou destruição indevidas. A ela se contrapõe a justiça distributiva, a qual incumbe a definição das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos. Sobre a utilização desses conceitos no artigo *The Reliance Interest in Contract Damages*, cf. BENSON, Peter. Contract. In: PATTERSON, Denis (Ed.). 2ª ed. **A companion to philosophy of law and legal theory**. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

pelo interesse de execução seria “compensar esta por algo que ela jamais teve”¹⁴⁸.

Em *The Reliance Interest in Contract Damages*, os autores sustentam que, caso o intuito do direito contratual fosse a tutela da justiça corretiva, a regra de indenização deveria priorizar o interesse de confiança. Afinal, é ele que busca colocar as partes no *status quo* anterior, protegendo as titularidades preestabelecidas contra os danos que a confiança frustrada, induzida por uma promessa descumprida, pode acarretar¹⁴⁹.

O fato de as regras do direito contratual positivo priorizarem o interesse de execução em detrimento ao interesse de confiança, para Fuller e Perdue, representa um indício de que, na realidade, a lógica que governa as regras de responsabilidade civil pela violação contratual atentam-se não à justiça corretiva, mas sim a considerações externas ao sistema de direito privado¹⁵⁰. Fuller e Perdue chegam até a aventar quais seriam essas considerações. Inicialmente, os autores levantam a hipótese de que essa medida de indenização atenderia a um sentimento subjetivo de justiça ligado à necessidade de respeito à promessa, mas a rechaçam por constatar que nem toda promessa é juridicamente vinculante. Levantam-se, ainda, as explicações clássicas baseadas

148 FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. p. 53.

149 Para uma análise dos pressupostos normativos adotados por Fuller e Perdue, que os levam a considerar apenas o interesse negativo como um remédio *a priori* normativamente aceitável para tutelar a justiça corretiva, cf. BENSON, Peter. The expectation and reliance interests in contract theory: a reply to Fuller and Perdue. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, jun. 2001. pp. 4-26.

150 Vale mencionar que autores sugerem que o fato de o direito contratual preferir a tutela pelo interesse de execução significaria que ele passaria do âmbito da justiça corretiva para se atentar a razões de justiça distributiva. Essa sugestão, no entanto, é apenas mencionada de passagem no texto, quase como um recurso estilístico, não tendo sido aprofundada por Fuller e Perdue no artigo. Em seguida a essa passagem, os autores listam as possíveis justificações que se prestam a explicar o fenômeno, não retomando a referência às noções de justiça distributiva. Nesse sentido, deve ser afastada qualquer relação entre os autores e as compreensões atuais de justiça distributiva no direito privado, sobretudo aquelas baseadas na teoria rawlsiana. Cf. FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. p. 56.

na ideia de vontade e autonomia, que são rechaçadas como sendo insuficientes. Por fim, Fuller e Perdue traçam longas considerações sobre a confluência de fatores econômicos que, sem submeter o direito à sua lógica, nele influem indiretamente, e parecem se convencer da razoabilidade de que justificativas consequencialistas, tais como custos de adjudicação, facilitação das transações econômicas, equivalência entre interesse de confiança e interesse de execução em mercados competitivos etc., seriam suficientes para justificar a opção preferencial do direito pela indenização visando este último¹⁵¹.

A partir a partir dessa construção, as reflexões de Fuller e Perdue abriram espaço para que o debate teórico ultrapassasse os dogmas da teoria clássica, pela qual se tinha por assentado que o papel do direito contratual seria tutelar a justiça corretiva e que essa tutela seria alcançada pela indenização pelo interesse de execução. Daí em diante, trilhando o caminho indicado por Fuller e Perdue, outros teóricos puderam aprofundar a reflexão sobre a questão do porquê de o direito contratual, ainda que pretensamente buscar tutelar a justiça corretiva, eleger como prioritário o remédio da indenização pelo interesse de execução. Nessa linha vieram as propostas que avançaram a teoria da confiança no direito contratual do *common law*. Dentre elas se destaca, de modo mais imediato, a proposta de Patrick Atiyah, o qual credita expressamente o desenvolvimento de seu raciocínio às reflexões de Fuller e Perdue. Entretanto, percebe-se influências de sugestões formuladas em *The Reliance Interest in Contract Damages* nas teorias de Goetz e Scott, que advogam a justificativa econômica intuída pelos autores, e de Raz, que adota uma justificativa institucional para se utilizar o interesse de execução como forma de tutelar a confiança legítima depositada no cumprimento da promessa.

Antes de analisar os desdobramentos teóricos que se seguiram na esteira de Fuller e Perdue, desenvolvendo suas reflexões e constituindo o que veio a ser denominada de teoria da confiança, vale, ainda, notar

151 Toda linha de argumentação aqui relatada é desenvolvida em FULLER, L. L.; PERDUE, William R. *The reliance interest in contract damages: part. 1.* **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. pp. 57-66.

a contribuição de Grant Gilmore, a qual também foi fundamental para o estabelecimento dessa linha teórica. Gilmore, como Fuller e Perdue, incrementa a reflexão sobre o direito contratual ao desnaturalizar os postulados da teoria clássica. Enquanto os primeiros o fizeram demonstrando a incoerência interna dos postulados da justiça corretiva com o princípio da indenização pelo interesse de execução, o contributo de Gilmore se dá pela análise histórica e crítica da formação da teoria clássica do contrato.

O livro de Gilmore, *The Death of Contract*, passou para os anais da teoria contratual por seu principal prognóstico: o contrato como figura jurídica autônoma está morrendo e caminha para ser incorporado pela categoria geral dos delitos (*torts*)¹⁵². Essa tendência nada mais seria do que um movimento de “retorno às origens”, haja vista que a própria construção do quadro tradicional da teoria do contrato teria sido feita pelo trabalho meticuloso de teóricos do século XIX¹⁵³. A implosão dos contratos e dos *torts*, dentro de uma categoria mista, jocosamente apelidada por Gilmore de *contorts*¹⁵⁴ (algo como “contratodelito” ou “delitrato”), seria, portanto, nada mais do que um retorno a uma situação “natural” que fora modificada artificialmente pela teoria formalista dos teóricos clássicos¹⁵⁵.

É sobretudo com base no prognóstico da “morte do contrato” nas mãos do delito que os teóricos costumam colocar Gilmore como um partidário – e mesmo um pilar – da teoria da confiança¹⁵⁶. No

152 Sobre essa abordagem, cf. BARNETT, Randy E. The death of reliance. **Journal of legal education**, vol. 46, n. 4, pp. 518-536, dez. 1996. p. 519.

153 GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2ª ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 95.

154 GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2ª ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 98.

155 GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2ª ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 95.

156 Nesse sentido: BARNETT, Randy E. The death of reliance. **Journal of legal education**, vol. 46, n. 4, pp. 518-536, dez. 1996. p. 519; SMITH, Stephen A. ‘The reliance interest in contract damages’ and the morality of contract law. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, pp. 1-38, jun. 2001. p. 12, nota 21; p. 13; FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Clarendon Press, 2015. p. 3.

entanto, é a sua postura iconoclasta de combate ao formalismo e aos dogmas estabelecidos na doutrina contratual clássica que representou o verdadeiro fôlego dado pelo autor às propostas contestadoras que a teoria da confiança representava nesse cenário.

Reputar ao autor a construção de uma teoria da confiança propriamente dita seria, entretanto, incompatível com a proposta de seu próprio trabalho. Gilmore era avesso às teorizações abstratas e desconfiava das categorias estanques¹⁵⁷. Suas reflexões sobre a “morte do contrato” não buscavam propor a confiança ou a quimérica categoria dos *contorts* como um novo paradigma do direito contratual. O que, na verdade, Gilmore buscava era fazer uma arqueologia dos dogmas contratuais que então pareciam monoliticamente assentados sobre o que o autor considerava serem premissas artificiais. O papel de Gilmore para a teoria da confiança é, antes, o que se derivou de suas ideias, sobretudo de sua postura desconstrutiva dos dogmas clássicos.

Em que pese essa ressalva, necessária para não trair os próprios ideais do autor, verdade é que uma obra não é apenas aquilo que o autor pretendia comunicar, mas também se conforma como aquilo que sobre ela se interpretou e se construiu *a posteriori*. Nesse contexto, considerar *The Death of Contract* e seu autor como peça importante – e mesmo central – da teoria da confiança não é inadequado. Com efeito, pela relevância que a obra tem nesse movimento, qualquer consideração dessa teoria que não leve em conta o papel de Gilmore seria deficitária. A posição de artífice de uma compreensão propriamente teórica da confiança como fundamento do direito contratual, no entanto, não pode ser a ele atribuída. Esse *status* é mais pertinente aos próprios Fuller e Perdue, bem como a Atiyah, Goetz e Scott e a Raz, que seguiram os seus passos na consolidação de uma teoria da confiança no direito contratual do *common law*. Desses últimos nos ocuparemos adiante.

157 COLLINS, Ronald K. L. Foreword. In: GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2^a ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. pp. xviii-xix.

B) ATIYAH: O APROFUNDAMENTO DA CRÍTICA E A SUGESTÃO DE UM NOVO MODELO

Como Gilmore, Atiyah se baseia em uma metodologia de recapitulação histórica para demonstrar que os paradigmas aceitos no direito contratual como naturalizado são, na verdade, uma construção relativamente recente e bem localizada em um determinado momento temporal. Sua obra mais conhecida, *Rise and Fall of Freedom of Contract*, é, antes de tudo, um livro que busca documentar as diversas fases da evolução histórica da formação do direito contratual inglês, sob a ótica da ideia de liberdade contratual¹⁵⁸. Nesse texto, sua concepção própria acerca do contrato é apenas mencionada lateralmente e de forma sintética¹⁵⁹. A sede de suas reflexões teóricas sobre o direito contratual e a compreensão de que ele estaria calcado na ideia de proteção da confiança é desenvolvida com mais pormenor em diversos ensaios publicados entre as décadas de 1960 e 1980, que foram posteriormente compilados na coletânea *Essays on Contract*¹⁶⁰.

Nesses ensaios, Atiyah identifica três situações em que o direito considera existir um contrato juridicamente vinculante. A primeira se dá quando, confiando em uma promessa de prestação futura pelo promitente, o promissário confere a este um benefício atual¹⁶¹. A segunda verifica-se quando, confiando na promessa do promitente, o promissário modifica seu curso de ação de modo que o descumprimento possa lhe ocasionar danos em sua esfera jurídica. A

158 O autor admite, expressamente, na primeira página de seu livro, que sua pretensão é sobretudo histórica. ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 1.

159 ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 1.

160 ATIYAH, P. S. **Essays on contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. A formulação de uma teoria geral do direito contratual baseado na ideia de confiança está presente, sobretudo, no ensaio n. 2, intitulado “*Contracts, Promises and the Law of Obligations*”.

161 Por “benefício”, traduzido livremente do inglês *benefit*, significa, no contexto aqui adotado, o pagamento de uma das prestações contratuais, que, nos contratos que não se afiguram como puramente executório ou no que não dependem apenas de um investimento de confiança. é efetivado em momento anterior ao possível inadimplemento.

terceira, por fim, é a situação em que há uma troca de promessas, sem a concessão de um prévio benefício ou a verificação da mudança no curso de ação baseado na confiança na promessa, a esta situação Atiyah denomina “contrato puramente executório”¹⁶². No contrato puramente executório o que ocorre é apenas uma troca de promessas. Trata-se daquele contrato em que não se antecipam prestações e tampouco se adotam comportamentos fundamentados na confiança cuja frustração traria um prejuízo especial para além do objeto contratado.

Atiyah entende que a teoria contratual clássica se assentaria no arquétipo do modelo contratual puramente executório. Sustenta ele, em oposição a essa concepção, que a natureza da responsabilidade contratual estaria, a mais das vezes, vinculada a questões relativas à concessão de um benefício prévio ao promitente pelo promissário, em troca da promessa (portanto, relacionada à ideia de enriquecimento sem causa), ou à proteção de confiança legítima capaz de acarretar um dano injusto na hipótese de ser frustrada (portanto, relacionada à ideia de delito)¹⁶³.

O autor sustenta que tomar a situação dos contratos puramente executórios, que ele entende por marginal, como o modelo sobre o qual assentar toda a teoria contratual seria uma forma equivocada de encarar a questão¹⁶⁴. A maior parte dos contratos – e os mais relevantes – não seria composta por “contratos puramente executórios”, mas sim por contratos nos quais, pelo menos no momento do inadimplemento, alguma forma de benefício já haveria sido conferida ou já haveria sido verificada alguma mudança de posição que se revelará potencialmente danosa caso a prestação prometida não seja executada¹⁶⁵.

162 ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. pp. 1-3.

163 ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. pp. 4-6.

164 ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. pp. 1-7; ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 22; p. 19.

165 ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 22; p. 19.

Imagine-se uma situação em que Caio promete a entregar a Tício, daqui a 30 dias, uma máquina de moer café, caso Tício o entregue, hoje, a quantia de R\$ 500,00. Suponha-se que Tício entrega o dinheiro à vista. O contrato aqui descrito não é puramente executório, pois um benefício prévio foi conferido (R\$ 500,00). Da mesma forma, imagine-se, ainda que Tício, confiando que a máquina será entregue a tempo, adquira, por R\$ 200, uma saca de café, que se inutilizará rapidamente caso não seja moída. A aquisição do café demonstra uma mudança de curso de ação por parte do promissário, Tício, que se revelará prejudicial caso a promessa seja frustrada.

Em contraposição aos exemplos acima, um contrato puramente executório se conformaria, por exemplo, no caso de Caio prometer entregar a máquina de moer café no prazo de 30 dias, em contrapartida de Tício prometer pagar-lhe o preço no ato da entrega. Caso o eventual inadimplemento se dê antes de que Tício, confiando na promessa, faça arranjos na expectativa do recebimento da máquina, tem-se um contrato puramente executório. Nessa situação o que existem são apenas promessas contrapostas. Apenas na hipótese de a quebra de uma das promessas se dar antes do pagamento por uma das partes e antes mesmo de qualquer delas alterar seu curso de ação de maneira potencialmente prejudicial, que se terá uma situação de um contrato puramente executório inadimplido. Essa situação, no entanto, é rara, pois, a mais das vezes, antes que o descumprimento se materialize, uma das partes, confiando na promessa da outra, já confere um benefício ou já se engaja em uma mudança de plano de ação que pode ser revelar prejudicial diante de uma quebra da promessa.

Nessas situações, que, de fato, são as mais comuns, a justificativa para embasar a responsabilidade não seria a promessa, mas sim o benefício tornado indevido, ou os danos incorridos pela frustração da confiança. A razão de ser da responsabilidade contratual, a mais das vezes, se submeteria, portanto, aos princípios do enriquecimento sem causa ou da sanção dos delitos¹⁶⁶, os quais são totalmente coetâneos

166 ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 22; p. 21.

ao pressuposto moral do princípio do dano de Stuart Mill¹⁶⁷, pois, de fato, agem para impedir que o exercício da liberdade de um indivíduo cause danos a outrem. É intuitivo que o remédio que o direito contratual possa melhor oferecer para esses casos de verdadeiros danos impingidos por um indivíduo na esfera jurídica do outro é a restituição da coisa indevida ou a reparação do dano. Ou ambos, caso a quebra de confiança induza as duas consequências. Vale dizer, o direito contratual deveria agir de forma a retornar as partes ao *status quo antem*, tal como se a promessa – e mais, a confiança na promessa – jamais tivesse se materializado (interesse de confiança). Essa, no entanto, não é a solução que se observa como sendo a adotada como preferencial pelo direito contratual positivo da *common law*, que, diante de um descumprimento de promessa, determina uma tutela jurídica que coloca o promissário na mesma situação em que ele estaria se a promessa tivesse sido integralmente cumprida (*status quo ad quem*, interesse de execução).

É importante notar que Atiyah expressa claramente que a obrigatoriedade de uma promessa que enseja um benefício ao promitente ou induz confiança no promissário, além de mais frequente, tem uma demanda moral de tutela superior aos contratos puramente executórios¹⁶⁸, e, nesse sentido, compartilha das mesmas premissas de Fuller e Perdue. Essa atribuição de maior vigor moral às promessas que sejam acompanhadas da contrapartida de um benefício material por parte do declaratório ou que tenha ensejado nele uma confiança legítima que o levou a incorrer em um dano não significa, entretanto, que Atiyah rechace a obrigatoriedade de contratos puramente executórios.

Na verdade, e em sentido contrário, Atiyah encontra outro fundamento para justificá-la. O autor, na mesma linha de Fuller e

167 STUART MILL, John. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 13. A relevância do princípio do dano de Stuart Mill para uma justificação moral do contrato será abordado no capítulo 4, quando do balanço crítico da teoria da confiança. Adianta-se, no entanto, que a principal vantagem moral da teoria é, justamente, o respeito a este princípio.

168 ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 22; p. 150.

Perdue, reconhece que comprovar no processo judicial a existência de prejuízos induzidos pelo investimento de confiança, ou de apurar pelos métodos disponíveis a existência de um benefício prévio pode ser uma empreitada custosa e sujeita a erros judiciais em razão de sua complexidade. Essas considerações podem levar o direito, em um raciocínio consequencialista, a legitimar a presunção formal de que sempre que se verifique uma promessa, também haverá um investimento de confiança ou algum benefício correspondente. Confere-se, assim, guarida à obrigatoriedade a contratos que possam ser, de fato, puramente executórios. Da mesma forma, esse raciocínio orientado às consequências pode levar o direito a considerar como um remédio adequado para o inadimplemento contratual a indenização pelo interesse de execução¹⁶⁹. Por esta razão, Atiyah não defende a abolição da obrigatoriedade dos contratos puramente executórios e a negativa da possibilidade de se determinar o cumprimento forçado ou de se conferir indenização pelo interesse de execução. Sua contribuição central é a de contestar que esses sejam o modelo arquetípico da teoria contratual.

Por contestar que o fundamento da obrigatoriedade do contrato seja a promessa em si, Atiyah é enfático no sentido de que o ponto de partida formal adotado pela teoria jurídica de se tornar obrigatório o conteúdo da promessa e de se oferecer remédios legais pelo interesse de execução é passível de superação e relativização quando razões substanciais o desafiem¹⁷⁰. Ademais, o autor lança dúvidas acerca de se as justificativas econômicas que ele mesmo aventa como passíveis de subsidiar a obrigatoriedade de contratos puramente executórios e da indenização preferencial pelo interesse de execução subsistiriam a uma análise que se dedicasse a constatar sua efetiva eficiência – sem o qual, por princípio, essa justificativa seria insubsistente¹⁷¹. Com efeito, se Atiyah não chega extremo de rechaçar a legitimidade da obrigatoriedade dos contratos puramente executórios e da utilização

169 ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. pp. 111-113.

170 ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 150.

171 ATIYAH, P. S. **Essays on contracts**. Oxford: Clarendon Press, 2001. pp. 178.

do interesse de execução como medida da indenização contratual, ele lança sobre elas sérios questionamentos.

Foi buscando esclarecer, do ponto de vista econômico, essa opção preferencial do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução e pela obrigatoriedade dos contratos puramente executórios que Charles Goetz e Robert Scott escreveram seu artigo *Enforcing Promises: an examination of the basis of contract*. Os autores, apesar de enxergarem na confiança o fundamento de obrigatoriedade do contrato, buscam comprovar que a adoção do interesse de execução como o remédio legal por excelência se justifica por razões econômicas e é o melhor mecanismo de se tutelar a confiança contratual.

A visão de Goetz e Scott é, a princípio, compatível com as conclusões de Atiyah. Porém, ao contrário deste último, que duvida da potencialidade das justificações econômicas em dar respostas às questões normativas em debate, os primeiros sustentam que a Análise Econômica do Direito corrobora e justifica a opção do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução. Às mesmas conclusões de Goetz e Scott chega Joseph Raz. O autor, partindo não de pressupostos propriamente econômicos, mas de considerações institucionalistas que compreendem que o direito deve tutelar as práticas sociais valorosas, também sustenta que a indenização pelo interesse de execução se justifica por considerações consequencialistas de proteção ao valor da promessa e de facilitação do processo de adjudicação. As ideias desses autores serão objeto de análise logo a seguir.

C) GOETZ & SCOTT E RAZ: JUSTIFICATIVAS CONSEQUENCIALISTAS DA OPÇÃO PREFERENCIAL DO DIREITO CONTRATUAL PELA INDENIZAÇÃO PELO INTERESSE DE EXECUÇÃO

A sugestão antecipada por Fuller e Perdue, e repetida, com reservas, por Atiyah, de que a preferência do sistema jurídico pela

indenização pelo interesse de execução poderia se justificar por considerações consequencialistas é melhor desenvolvida, cada qual a sua maneira, por Goetz e Scott em uma perspectiva de Análise Econômica do Direito, e por Joseph Raz, em uma perspectiva normativa segundo a qual ao direito cumpre o papel de apoiar e tutelar as instituições sociais que lhe precedem.

Em seu artigo *Enforcing Promises: an examination of the basis of contract*, Goetz e Scott demonstram que a confiança em uma promessa é uma situação que aumenta o bem-estar geral. Os autores conceituam a promessa como uma informação relativa ao curso futuro de ação do promitente dirigida ao promissário¹⁷². Confiar na promessa permite ao promissário rearranjar seu próprio curso de ação, de forma a maximizar seus ganhos¹⁷³. No entanto, a confiança revela-se como uma faca de dois gumes, pois, por um lado, se o promitente de fato seguir o curso de ação prometido, o benefício para o promissário será maximizado, por outro lado, caso a promessa seja descumprida e a confiança frustrada, o promissário ficará em um situação pior do que ele estaria caso a promessa jamais lhe tivesse sido endereçada. Em suas palavras: “como uma informação antecipada sinalizando uma transferência futura, uma promessa típica traz prospectivamente tanto benefícios se mantida, quanto danos se quebrada”¹⁷⁴.

Goetz e Scott, por serem partidários da escola da Análise Econômica do Direito, compreendem que cabe ao direito estatuir regras que maximizem a eficiência das transações privadas¹⁷⁵. A

172 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1267.

173 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. pp. 12670-1270.

174 Tradução livre. No original: “[a]s advance information signaling a future transfer, a typical promise prospectively carries both benefit if kept and harm if broken”. GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1264.

175 Sobre ser essa uma das principais característica das teorias normativas da AED, cf. o artigo revisional de Eric Posner. POSNER, Eric A. Economic Analysis of Contract Law after three decades: success or failure? **Yale law journal**, vol. 112, pp. 829-880, 2003. p. 834.

confiança na promessa, para eles, é um fator que permite a cooperação interpessoal, a qual se reverte em ganhos de utilidade para a sociedade em geral. A quebra de confiança, por outro lado, geraria prejuízos ao promissário de modo não ótimo no que se refere ao somatório de utilidade geral. Ao direito cabe, portanto, coibir a quebra de confiança. Essa coibição é feita pela obrigatoriedade jurídica da promessa – com a possibilidade de coerção.

Entretanto, por ser o fundamento da tutela da confiança justamente a maximização da utilidade que ela proporciona, não pode o direito, ao coagir o promitente a manter sua promessa, fazê-lo de forma tão severa a ponto de desincentivar *ex ante* um potencial promitente a formular uma promessa com receio de ser coativamente submetido a observá-la. Nesse sentido, a justificação econômica da teoria da confiança formulada por Goetz e Scott reside no papel do direito contratual de efetivar promessa socialmente úteis, dando-lhes eficácia jurídica dotada de coercibilidade, evitando descumprimentos ineficientes e cuidando para que a atuação estatal, neste processo, não desincentive a formulação de futuras promessas, o que, da mesma forma, geraria resultados sub-ótimos¹⁷⁶.

Em termos de custos e benefícios, pelos quais se interessam Goetz e Scott e toda a escola da Análise Econômica do Direito, situações diversas demandam soluções diversas diante da quebra da promessa. Por esta razão, em determinados contextos de transações, a obrigatoriedade da promessa traz mais custos do que benefícios e *vice versa*. Os autores sustentam que o direito contratual do *common law*, de forma natural, está atento a essa tensão entre a necessidade de tutela de confiança pela obrigatoriedade da promessa e o risco de que promessas úteis não sejam formuladas por receio da coerção estatal. É daí que surgiriam as diversas doutrinas da formação e dos remédios contratuais¹⁷⁷.

176 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1266.

177 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1291.

Em situações de promessas unilaterais, o custo para o promitente de se ver forçado a cumprir a promessa é menor do que o benefício ao promissário de poder nela confiar sem ressalvas. É por isso que, em regra, aquilo que no direito brasileiro denomina-se contratos gratuitos não contam com obrigatoriedade jurídica no *common law*. Por outro lado, no contexto de uma transação em que se verifica uma verdadeira barganha e relativamente a qual o promissário oferece uma contrapartida à promessa, as partes poderiam, de forma negociada, chegar a um nível ótimo de sua vinculatividade, caso não existissem custos de transação. Como esses custos existem, a regra supletiva que alcança resultados ótimos é a obrigatoriedade.

Idealmente, o direito alcançaria a máxima utilidade em situações de quebra de confiança, fazendo valer a obrigatoriedade da promessa, se condenasse o promissário inadimplente a colocar o promitente na mesma situação em que ele estaria caso não tivesse confiado (interesse de confiança). No entanto, também em razão dos custos reais, neste caso vinculados à administração da justiça, verifica-se que a precisa mensuração do *quantum* do interesse de confiança é extremamente difícil, de forma a gerar elevadas despesas para sua apuração, além de deixar a aplicação da regra sujeita a erros, que também implicam em custos ao determinarem remédios jurídicos sub-ótimos (deficitários ou excessivos). Por essa razão, presuntivamente, o direito utiliza o interesse de execução como um substitutivo ao interesse de confiança¹⁷⁸.

Essa presunção não é despida de fundamento, pois, em um mercado competitivo, a medida do interesse de execução, de fato, acaba por se aproximar de forma bem acurada do interesse de confiança¹⁷⁹. Um médico que, quando o paciente não comparece à consulta, cobra o equivalente ao valor da prestação do serviço, está exigindo uma indenização pelo interesse de execução. No entanto, esse valor

178 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1289.

179 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1284.

amplamente equivale àquilo que ele deixou de lucrar consultando um outro paciente no lugar daquele que não compareceu. No mercado das consultas médicas, um profissional com uma boa clientela, ao reservar um horário em sua agenda, confiando na promessa de que o paciente aparecerá, na expectativa de um benefício (preço da consulta), perde a oportunidade de prestar seu serviço para outras pessoas, no mesmo horário, por, em média, o mesmo preço. Nesse sentido, o interesse de confiança do médico em não ter marcado aquela consulta e atendido outro paciente, para receber a mesma quantia, equivale ao recebimento do valor da consulta contratada pelo paciente faltoso¹⁸⁰. É com base nesse modelo que o direito contratual, buscando maximizar a utilidade geral, teria por regra indenizar os promissários que viram sua confiança frustrada em uma promessa dotada de contrapartida, por um valor equivalente ao interesse de execução¹⁸¹.

Casos há, no entanto, em que a linha entre a gratuidade e a reciprocidade das promessas é tênue. São situações nas quais não se verifica uma contrapartida propriamente dita a uma promessa especificamente formulada, mas em que as partes contratantes se encontram no contexto de uma transação e, portanto, a proteção de determinada situação de confiança pode, em sua utilidade, suplantiar o desincentivo à formulação de promessas. Isso se verifica nas situações pré-contratuais (promessas feitas nas fases de tratativas) e pós-contratuais (promessas de modificar condições contratuais, sem contrapartida, em benefício de uma das partes). Goetz e Scott observam que promessas, nessas condições, vêm sendo consideradas obrigatórias pelas cortes da *common law*, a despeito de serem carentes de contraprestação explícita¹⁸².

180 O exemplo é dos próprios Fuller e Perdue. FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. p. 60.

181 FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936. p. 60.

182 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1314.

Isso se justificaria precisamente pelo fato de os benefícios da proteção da confiança, nesse contexto, se sobreporem aos custos do desincentivo às promessas¹⁸³. Nesses casos, não obstante a falta de requisitos para se configurar uma verdadeira relação de barganha, com prestação e contraprestação, quando os danos decorrentes da promessa sejam previsíveis à parte inadimplente, não apenas o interesse de confiança, mas o próprio interesse de execução, por vezes, tem sido tutelado. Isso contraria o que a doutrina comumente propugna ser o mais adequado, dada a natureza supostamente delitual dos remédios jurídicos a essas promessas¹⁸⁴, mas é completamente compreensível sob a perspectiva da eficiência econômica do direito contratual, calcada na ideia de proteção da confiança.

Extrapolando as conclusões de Goetz e Scott, tem-se que o reconhecimento de tutela pelo interesse de execução de promessas despidas de contrapartida – portanto, *a priori*, fora do espectro do direito contratual – mas que ensejam confiança, reforça o argumento da teoria da confiança. É nas situações em que o quadro formal do direito contratual se revela insuficiente a dar respostas aos conflitos envolvendo transações que o princípio subjacente – a confiança – é chamado à atuação. Seja, no *common law*, com as promessas despidas de contraprestação, seja no *civil law*, nas tratativas pré-contratuais, a insuficiência dos quadros tradicionais demandam recurso a esse fundamento primeiro. O fato de o direito persegui-lo demonstra que o quadro tradicional não se justifica em si mesmo, mas serve à tutela da confiança. Os institutos tradicionais se sustentam como regra geral, mas, quando sua estrutura se afasta de sua teleologia, a incidência direta da tutela jurídica da confiança revela que, de fato, ela é o fundamento subjacente à obrigatoriedade contratual.

183 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1315.

184 GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980. p. 1315. No direito brasileiro, contra a tradicional tendência, também presente no *civil law* de limitar a responsabilidade pré-contratual ao interesse negativo, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 338.

Em que pese se assentar em pressupostos totalmente diversos dos de Goetz e Scott, uma compreensão muito semelhante à destes autores é sustentada por Joseph Raz¹⁸⁵. Tal como aqueles autores, Raz compreende que o direito contratual é legitimado a indenizar violações pelo interesse de execução com base em considerações de facilitação dos custos de adjudicação, em que pese o interesse de confiança ser a medida mais adequada para tutelar o verdadeiro valor subjacente: a proteção da confiança¹⁸⁶.

Para compreender a visão do direito contratual sustentada por Raz, é importante ter em mente que o autor pressupõe a prática social de formular e cumprir promessas para avançar a cooperação social como algo anterior e independente da lei. O direito contratual teria por função primordial apoiar essa instituição, ainda que, por vezes, tenha ele que intervir na praxe social para corrigi-la ou proteger suas próprias bases¹⁸⁷.

Em contratos que não se enquadram na categoria dos “puramente executórios”, para além do interesse institucional de proteger o valor da promessa, tem-se, ainda, a demanda de justiça corretiva. A proteção do indivíduos contra os danos causados pela frustração da confiança legítima, na visão do autor, é justificada *de per se*, dentro de uma concepção liberal que, baseada no princípio do dano de Stuart Mill, entende como legítima a intervenção estatal na esfera de liberdade de um indivíduo para a evitar um dano a outrem¹⁸⁸. A proteção da instituição social da promessa – que se faz pela tutela da confiança nela depositada –, por sua vez, seria justificada por ser ela

185 Enquanto Joseph Raz é um notável juspositivista de matiz liberal, Goetz e Scott são partidários da escola da Análise Econômica do Direito. Sobre o positivismo jurídico de Raz, cf. SILVEIRA, Sheila Stolz da. El positivismo jurídico exclusivo. una introducción a la teoría de Joseph Raz. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**, Blumenau, v. 12, nº 23, p. 25 - 43, jan./jun. 2008.

186 RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. pp. 937-938.

187 RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. p. 934.

188 RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. p. 937.

um meio de se permitir a cooperação entre indivíduos, avançando as possibilidades de autorrealização individual e coletiva. Nesse sentido, a tutela jurídica da confiança na promessa seria justificada em uma perspectiva consequencialista. Ela seria um meio para um outro fim: preservar a instituição social da promessa, que é considerada como algo socialmente valioso¹⁸⁹. Dessa forma, na visão de Raz, ambas as facetas do contrato são justificadas com base na noção de proteção da confiança.

O primeiro objetivo da proteção da confiança pelo direito contratual na formulação de Raz se assemelha àquela premissa central já lançada por Fuller e Perdue, no que se refere ao questionamento pela opção preferencial do direito pela indenização pelo interesse de execução. Já o segundo objetivo é bem afim à premissa de Goetz e Scott. Onde Raz vê a tutela de uma prática social moralmente valiosa, Goetz e Scott veem uma medida que garante a maximização da utilidade social. Conceitos diversos, porém, com implicações semelhantes. Tanto o primeiro quanto os segundos consideram que o valor da obrigatoriedade da promessa não está em si próprio, mas na confiança que ela desperta. Essa confiança, por sua vez, é relevante, pois sua frustração gera um dano. Esse dano, para Raz, é a erosão da instituição social da promessa, e, para Goetz e Scott, é produção de resultados sub-ótimos que reduzem a utilidade geral. Dessa forma, a tutela da confiança pelo interesse de execução respeita o princípio do dano, pressuposto moral formulado por Stuart Mill, segundo o qual o Estado só poderia interferir na esfera de liberdade dos indivíduos para prevenir ou remediar a ocorrência de um dano¹⁹⁰. Ambos compreendem, ainda, que o remédio adequado a esse dano seria, idealmente, a reparação visando *status quo antem* (interesse

189 RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. pp. 933-934.

190 RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. pp. 934;937. O princípio pode ser encontrado em: STUART MILL, John. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 13. As implicações do princípio para a aceitabilidade moral de uma teoria do contrato será melhor desenvolvida a frente, quando do balanço da teoria da confiança.

de confiança), no entanto, ponderações de custos levam o direito a favorecer o remédio que coloque a parte prejudicada no *status ad quem* da promessa descumprida (interesse de execução).

D) SÍNTESE DE UMA TEORIA DA CONFIANÇA DO DIREITO CONTRATUAL DO COMMON LAW

Em síntese, a teoria da confiança é uma corrente teórica que buscou explicar e justificar o direito contratual do *common law*. Suas bases foram lançadas por Fuller e Perdue, com seu questionamento sobre a incoerência da opção preferencial do direito pela indenização do interesse de execução como remédio para o inadimplemento contratual e a necessidade de se justificar com fatores extrajurídicos esse dado. A crítica histórica de Gilmore sobre a artificialidade do direito contratual forjado pela teoria clássica catalisou a derrocada desta última, abrindo o espaço para o florescimento de ideias que vieram a ser congregadas como a “teoria da confiança”.

Assentado nessa base crítica, Atiyah propõe uma mudança de paradigma na compreensão do contrato, tirando o modelo arquetípico dos contratos puramente executórios do centro para, em seu lugar, colocar contratos nos quais foi conferido um prévio benefício ou realizado um investimento de confiança. Em outras palavras, contratos que envolvem interesses de confiança e interesses de restituição, caso sejam inadimplidos. Nesse sentido, o contrato puramente executório assume um lugar periférico, devendo a teoria se preocupar mais com o porquê se tutelar pelo interesse de execução situações em que o que há, em regra, é uma violação a interesses de restituição e de confiança. Nessa linha, para tentar compreender esse porquê, vêm as explicações consequentialistas, já antecipadas por Fuller e Perdue, mas que são desenvolvidas, em sua vertente econômica por Goetz e Scott, e em sua vertente institucional por Raz.

Em suma, pela teoria da confiança, os contratos, em regra, envolvem interesses de confiança e de restituição. Sua tutela, no

entanto, se dá, em regra, pelo interesse de execução em razão de ponderações de custos e visando tutelar a própria confiança no sistema, que depende largamente do respeito à promessa a fim de favorecer a cooperação social. Apresentado esse panorama, adiante serão avaliadas as críticas que foram endereçadas à teoria da confiança por seus detratores, explicitando o motivo pelo qual, não obstante as objeções formuladas, entende-se que ela é a que melhor se sustenta como uma base pública de justificação¹⁹¹ adequada para o direito contratual.

E) BALANÇO DA TEORIA DA CONFIANÇA: ENTRE A SUPERAÇÃO E A PLAUSIBILIDADE NORMATIVA COMO BASE PÚBLICA DE JUSTIFICAÇÃO PARA O DIREITO CONTRATUAL

Como se percebe da leitura do item anterior, a teoria da confiança do *common law*, apesar de pouco conhecida no cenário teórico brasileiro, não é nenhuma novidade. Seus próceres escreveram na segunda metade do século XX e as raízes de seus principais postulados remontam ao início daquele século. Ademais, os desenvolvimentos teóricos sobre a teoria da confiança parecem ter alcançado seu auge naquele período, de modo que não se identificaram propostas contemporâneas de relevo que buscam reafirmá-la. Em razão disso, a crítica mais natural endereçada à teoria da confiança como uma possível base pública de justificação para o direito contratual é justamente a de que a teoria já se encontra superada.

Charles Fried, cuja obra *Contract as Promise* constitui uma das mais representativas reações à teoria da confiança imperante na década de 1980, ao retomar suas ideias contemporaneamente, avalia que todo aquele arcabouço que motivou sua crítica teria “perdido a proeminência”¹⁹². A “sanha socializante” de autores como Gilmore

191 Sobre o conceito bensoniano de base pública de justificação, cf. Item E) deste capítulo.

192 FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of**

e Atiyah não mais teria o mesmo eco dos tempos de outrora¹⁹³. Acrescenta o autor que o debate teórico dos tempos presentes, dominados, sobretudo, pela perspectiva da Análise Econômica do Direito, compartilharia a sua premissa de que o direito contratual se presta a efetivar a persecução privada do melhor interesse individual¹⁹⁴. Sua posição retrata um certo desprezo pela teoria da confiança, vindo em suas premissas um ranço intervencionista incompatível com o paradigma neoliberal ao qual ele parece se alinhar.

Entretanto, divergências ideológicas à parte, não parece razoável deslegitimar o valor dos argumentos de uma teoria apenas em razão de sua identificação com determinado momento histórico que se almeja superar, ou que se tem por superado. Se, de fato, as premissas da teoria da confiança se ligam de forma perceptível ao contexto e aspirações do estado social estadunidense e inglês de meados do século XX¹⁹⁵, isso não significa que essas não sejam boas premissas para explicar teoricamente o funcionamento do direito contratual em uma sociedade massificada¹⁹⁶ – atributo que, a toda evidência, só fez se intensificar nas últimas décadas.

contractual obligation. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 138

193 FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 137

194 FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 139

195 Na análise de Eric Posner, o próprio Gilmore faria essa correlação em seu livro *“The Death of Contract”*, ao seu ver, inclusive, exageradamente. Cf. POSNER, Eric. Contract Theory. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Eds.). **The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell, 2005. p. 114. Ela também é assumida por Atiyah. Cf. ATIYAH, P. S. Contracts, promises and the law of obligations. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 11.

196 Sobre a correlação entre a importância da ideia de confiança no direito contratual e a massificação da sociedade, sobretudo no âmbito do consumo, vale destacar, na doutrina brasileira, o trabalho de Cláudia Lima Marques. Cf., a propósito, MARQUES, Cláudia Lima. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Triunais, 2007.

Decerto que, da década de 1980 até o presente momento, muito se evoluiu em termos de teorizações acerca do direito contratual. Diferente do que o próprio Fried parece sugerir¹⁹⁷, não só de Análise Econômica do Direito se faz o debate teórico anglo-americano contemporâneo sobre o direito contratual. Diversas teorias procuram hoje compreender o fenômeno jurídico contratual e elas variam desde perspectivas como a de James Gordley, que empreende um esforço histórico-filosófico de basear o direito contratual nas virtudes aristotélicas recuperadas pelos jusnaturalistas da idade moderna¹⁹⁸, até a teoria que, baseando-se em considerações consequencialistas, entende que o contrato pode funcionar como mecanismo de justiça distributiva, como Anthony Kronman¹⁹⁹. Em meio a diversas propostas concorrentes, no salutar jogo científico das hipóteses e refutações, não apenas o mérito das propostas em si se aprimora, mas a própria forma de se pensar teoricamente o direito contratual se refina.

Com a evolução do pensamento teórico, pode até ser que as formulações da teoria da confiança, hoje tão antigas, não sejam elegantes como as propostas contemporâneas. Isso, no entanto, não deslegitima o poder de seus argumentos que, a rigor, não foram refutados de forma suficiente para que possam ser considerados superados. Por outro lado, constatando-se que a teoria da confiança em determinado momento se alijou do debate, sem que tenha sido refutada a contento, é válido retomar seus pressupostos à luz do refinamento teórico que se agregou pelas teorias contemporâneas.

A propósito desse refinamento, um marco contemporâneo no que se refere ao método de se pensar teoricamente o direito contratual

197 Essa inferência é feita com base na leitura do texto “*Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics*”, no qual o autor parece presumir uma certa hegemonia teórica da Análise Econômica contemporaneamente. Cf. FRIED, Charles. *Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics*. In: FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

198 GORDLEY, James. **Foundations of Private Law**. Nova Iorque. Oxford University Press, 2010. pp. 287-413, *passim*, sobretudo pp. 287-297.

199 KRONMAN, Anthony T. *Contract law and distributive justice*. **Yale Law Journal**, vol. 89, n. 3, pp. 472-511, 1980.

pode ser identificado na obra de Peter Benson. O autor publicou recentemente uma obra que, consolidando as premissas lançadas em artigos publicados no lapso de três décadas e avançando a sua reflexão, propõe fundar o direito contratual na ideia de transferência de titularidades sobre bens ou direitos²⁰⁰. A despeito de sustentar uma visão própria, e não de todo pacífica²⁰¹, de se encarar o fenômeno jurídico contratual, a maior contribuição de Benson é a elaboração da premissa de que as teorias do contrato deveriam buscar oferecer uma “base pública de justificação” ao direito contratual tal como ele se estrutura no direito positivo.

O que Benson caracteriza como a busca de uma “base pública de justificação”, é a construção de um esquema teórico que propõe identificar no direito contratual vigente os princípios subjacentes à base normativa comum que explique e justifique as regras de interação entre indivíduos livres e iguais²⁰². Essa base normativa, por estar inscrita nas práticas corriqueiras, seria tida como razoável por todos aqueles que a ela se submetem, compreendendo-se por razoável a medida de justiça das normas que os indivíduos aceitam se submeter e esperam que seus iguais também se submetam²⁰³. Essa base comum, pautada na ideia do razoável é, nessa concepção, o pressuposto para legitimar a coerção estatal de que dispõem as normas reguladoras das relações contratuais²⁰⁴.

200 Trata-se do extenso livro “*Justice in Transactions: a theory of contract law*”. BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. Para uma interessante resenha do livro, cf. DAGAN, Hanoch. Two visions of contract. **Michigan Law Review**, n. 119, 2021 (no prelo). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3537025>>. Acesso em junho de 2020.

201 A teoria proposta por Benson, conforme será adiante explanado, pode ser categorizada como uma “teoria do contrato como transferência”, que é alvo de críticas poderosas no debate da teoria contratual contemporânea.

202 BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 14.

203 BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 15.

204 BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 12.

Uma teoria do direito contratual que procura identificar a base pública de justificação, nesse sentido, supera a dicotomia entre teorias normativas – que propõe que o direito positivo se conforme a determinada premissa moral – e teorias interpretativas – que buscam extrair determinados princípios pela interpretação das disposições de direito positivo²⁰⁵. Sua proposta é refletir sobre o direito contratual buscando identificar os elementos normativos ínsitos à própria conformação do direito positivo vigente e compreender sua relação com os princípios morais de justiça extraídos dessa base normativa comum, pautadas na lógica do razoável²⁰⁶. Destarte, os atributos de uma teoria que se preste a oferecer uma base pública de justificação são (i) a aceitabilidade moral, pautada na lógica do razoável e (ii) a compatibilidade com o direito positivo vigente.

Como afirmado acima, ainda que tenha sido de certo modo esquecida, a teoria da confiança jamais foi adequadamente refutada. Nesse sentido, é interessante aproveitar o arcabouço metodológico trazido por Benson com sua proposta de analisar o direito contratual sob o prisma da busca da uma base pública justificação e testar a adequabilidade da teoria da confiança nesses termos. Isso significa, conforme os atributos isolados acima, (i) ponderar a sua aceitabilidade na perspectiva da moral do razoável, bem como (ii) a sua capacidade de explicar a conformação do direito contratual tal como ele se estabelece no direito positivo.

Benson intentou fazê-lo em seu primeiro artigo a tratar sobre a proposta de uma base pública de justificação para o direito contratual, publicado ainda em 1999. Em referido artigo, intitulado “*The idea of a public basis of justification for contract*”²⁰⁷, o autor testa a adequabilidade da teoria da confiança, dentre outras teorias em voga à época, como

205 BENSON, Peter. **Justice in transactions**: a theory of contract law. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 12.

206 BENSON, Peter. **Justice in transactions**: a theory of contract law. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 12.

207 BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 33, n.2 – Symposium Michael J. Trebilcock's The Limits of Freedom of Contract, pp. 273-336, verão de 1995.

base pública de justificação para o direito contratual, refutando cada uma delas. Por esta razão é que o autor avança na proposta de uma teoria própria, baseada na ideia central de que o contrato seria um mecanismo de transferência de titularidades²⁰⁸. Entretanto, tem-se que a sua refutação da teoria da confiança não é feita a contento, conforme será demonstrado adiante. Portanto, por um argumento de coerência para com o próprio esquema teórico do autor, é válido recuperá-la e, novamente, testá-la sob a perspectiva de sua adequabilidade como base pública de justificação.

A refutação de Benson à teoria da confiança se apoia em um único eixo crítico. O autor toma por base a conformação proposta por Goetz e Scott, mas sua crítica direciona-se a um pressuposto da teoria da confiança em geral. Segundo Benson, a premissa segundo a qual o que determina a responsabilidade jurídica é a confiança depositada na conduta daquele que se verá obrigado confrontaria com uma exigência moral de que toda assunção de responsabilidade deve derivar do consentimento. Imputar responsabilidade jurídica a um indivíduo por conta da confiança depositada por outrem em seu plano de conduta não seria compatível com esse princípio, que Benson entende como anterior a qualquer outra consideração que pudesse justificar a tutela da confiança²⁰⁹.

Essa crítica, no entanto, é insuficiente por duas razões. A primeira delas é a equivocada compreensão de Benson de que a confiança a que autores como Goetz e Scott se referem seria um estado mental subjetivo da parte que confia. A confiança em questão não é essa. Toda a teoria da confiança, desde sua criação, se baseia em premissas objetivistas, erigidas, inclusive, em contraponto à teoria

208 As principais premissas dessa proposta já se identificavam no artigo “*The idea of a public basis of justification for contract*” e encontra sua versão mais recente no livro “*Justice in transactions: a theory of contract law*”.

209 BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 33, n.2 – Symposium Michael J. Trebilcock’s The Limits of Freedom of Contract, pp. 273-336, verão de 1995. pp. 301-302.

clássica, calcada na ideia de vontade²¹⁰. Conforme se infere da leitura do capítulo anterior, por confiança, no léxico da teoria aqui defendida, entende-se a expectativa que um sujeito diligente e probo depositaria na conduta de seu semelhante, com base em circunstâncias e padrões de conduta compartilhados pela comunidade de pessoas do universo em análise²¹¹. A propósito, vale reproduzir a seguinte reflexão de Atiyah, central à compreensão da teoria da confiança. O autor afirma que uma parte em um contrato

[...] é obrigada não tanto por aquilo que ela pretende, mas por aquilo que ela faz. Tal qual o homem que deve pagar a passagem porque sobe no ônibus, o homem que assina um contrato escrito é responsável por aquilo que ele faz e não por aquilo que ele pretende. E ele é responsável por aquilo que ele faz pela boa razão de que outras partes provavelmente confiarão naquilo que ele faz de formas que são razoáveis e mesmo necessárias pelos padrões de nossa sociedade²¹².

210 A propósito o texto fundamental de Atiyah, que erige a teoria da confiança como um contraponto objetivista à teoria clássica, que, de forma alheia à própria realidade subjacente ao direito positivo, procura justificar o contrato em bases subjetivista. ATIYAH, P. S. *Contracts, promises and the law of obligations*. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. *passim*.

211 A ideia de confiança aqui tratada se aproxima da noção moderna subjacente ao princípio da boa-fé em seu sentido objetivo, já bem desenvolvido e teorizado na doutrina do *civil law*. A boa-fé objetiva, segundo Menezes Cordeiro, tem sua fundamentação na ideia de confiança nos termos acima explorados. Assenta-se ela em um padrão de conduta, variável a depender do contexto em que se insere a relação contratual, que autoriza a um sujeito diligente e probo a confiar que, ao depositar sua confiança em determinada expectativa, terá a tutela do ordenamento jurídico caso seja ela frustrada. MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Da boa fé no direito civil**. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017. *passim*, sobretudo pp. 1234-1251.

212 Tradução livre. No original: “[...] is bound not so much because of what he intends but because of what he does. Like the man who is bound to pay his fare because he boards a bus, the man who signs a written contract is liable because of what he does rather than what he intends. And he is liable because of he does for the good reason that other parties are likely to rely upon what he does in a way which are reasonable and even necessary by the standards of our society”. ATIYAH, P. S. *Contracts, promises and the law of obligations*. In: ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 22.

Com efeito, conforme se verifica-se do excerto acima, a teoria da confiança é, por excelência, uma teoria objetivista. Noutros termos, não importa a subjetividade daquele que confiou. Independe se, de fato houve, em seu íntimo, a confiança. O que importa é o contexto objetivo de uma situação em que confiar seria razoável. É esta a confiança a que faz referência a teoria aqui defendida. Portanto, a crítica de Benson revela-se insubsistente.

Chega-se então à segunda razão: uma vez compreendida a confiança em um sentido objetivo, não subsiste a crítica da unilateralidade de imposição de responsabilidade jurídica ao arrepio do princípio de que toda responsabilidade deve ser voluntariamente assumida. Se a confiança que tem relevância jurídica é a tomada em sentido objetivo, sua criação e potenciais condutas que a ensejam são dados cognoscíveis a qualquer ator do contexto socioeconômico em que a relação contratual se verifica. Nesse sentido, a criação de confiança em outrem é um ato controlável pela parte ensejadora, que bem pode abster-se de fazê-lo, alterando seu plano de ação. Tem aqui pertinência a invocação da ideia do razoável, proposta pelo próprio Benson. É razoável aquilo que um sujeito aceita que seja imposto a si pois pretende que a mesma regra seja aplicada a seus semelhantes²¹³. Portanto, é razoável a atribuição de responsabilidade contratual a um sujeito naquelas situações em que ele próprio, compreendido como um agente diligente e probo, caso estivesse na mesma posição de sua contraparte, julgasse adequada a sua responsabilização.

O argumento de que não seria moralmente consistente responsabilizar um sujeito a não ser quando ele tivesse assumido para si essa responsabilidade, conforme Benson parece sugerir, acabaria por refutar também a consistência moral da responsabilidade civil delitual. Isso é algo que um autor como Benson, que vê no direito positivo um valor normativo *a priori*²¹⁴, jamais cogitaria, dada a

213 BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 15.

214 Benson adota uma postura conservadora em relação ao direito positivo, sustentando que a prática reiterada do *common law* na solução de problemas levaria a um aperfeiçoamento que conferiria às regras positivas - tais como se estruturaram

consolidação histórica e teórica dessa categoria e sua consagração na prática jurídica tanto do *common law* quanto do *civil law*. A rigor, aquele que causa um dano não assume voluntariamente a responsabilidade de indenizar. Sem embargo, a razoabilidade – ideia tão cara ao próprio Benson – impõe que esse dano seja indenizado por seu causador. Isso porque aquele que causa o dano, caso estivesse na posição daquele que o sofreu aceitaria, e mesmo exigiria, a responsabilização daquele que o prejudicou, à medida de seu dano. Outrossim, essa objeção não se sustenta dentro do próprio substrato sobre o qual Benson erige sua teoria.

Com essas duas razões, parece claro que a refutação bensoniana à teoria da confiança não foi feita a contento. Tomada em sentido objetivo, a confiança é um dado cognoscível e controlável pela parte que a ensejou. Por esta razão, é difícil compreender como arbitraria a imposição de responsabilidade a um sujeito que venha a ensejar – e, em seguida, frustrar – confiança em outrem. A não ser que se busque argumentar que a responsabilidade delitual seria em si uma contradição em termos, o que Benson decerto não subscreve.

Por um argumento de coerência, derrubada a refutação à teoria da confiança, justifica-se recuperá-la e retomar o debate sobre a sua adequação como uma base pública de justificação. Essa noção, como já explanado, congrega a aceitabilidade de pressupostos morais dentro da lógica do razoável com a sua compatibilidade com o direito positivo vigente. A força dos pressupostos morais da teoria da confiança é um argumento que milita em favor de sua adequabilidade como uma

historicamente - uma presunção de validade normativa. Em suas palavras: “*It is difficult to believe that systems of contract law that have arrived at general and intelligible principles on the basis of sustained collective analysis and reasoning over centuries and across jurisdictions do not contain within themselves, even latently, normative ideas and reasons that can be suitably explored and perhaps explained in their own terms*”. Em tradução livre: “É difícil acreditar que sistemas de direito contratual que chegaram a princípios gerais e inteligíveis na base de um pensamento e de uma análise coletiva sustentada por séculos e que transcende jurisdições não contenham em si, ainda que de forma latente, ideais e razões normativas que possam ser exploradas e, talvez, explicadas de forma satisfatória em seus próprios termos”. Cf. BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 4.

base pública de justificação do direito contratual. O atributo central dessa teoria reside no respeito ao princípio do dano (*harm principle*). Formulado por John Stuart Mill, esse princípio postula não ser moralmente aceitável que o Estado interfira na esfera de liberdade do indivíduo senão para reparar ou evitar a ocorrência de um dano a outrem²¹⁵. Stuart Mill apresenta o princípio do dano como:

[...]um princípio bem simples, que tem o poder de governar de forma absoluta as relações da sociedade com o indivíduo no que se refere à compulsão e o controle, seja por meio da força física, na forma de penalidades legais ou pela coerção moral da opinião pública. Esse princípio é o de que o único fim para o qual à humanidade é garantido, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus membros é a autoproteção. De que o único propósito para o qual o poder pode corretamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos a outrem²¹⁶.

Referido princípio é amplamente aceito pelas teorias morais²¹⁷ e, em que pese ter sido formulado por um notável teórico utilitarista, tem suas bases solidamente assentadas nos postulados liberais de matriz

215 BRINK, David. Mill's Moral and Political Philosophy. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/contracts-theories/>>. Acesso em maio de 2020. Item 3.1.

216 Tradução livre. No original: “*The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others*”. STUART MILL, John. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 13.

217 Conforme diagnóstico de Joseph Raz. RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982. pp. 934;937.

kantiana²¹⁸, que explicam o direito como um método de coordenação entre os arbítrios de indivíduos igualmente livres²¹⁹.

Em se tratando de direito contratual, nada justifica, sob uma perspectiva liberal, que o Estado intervenha na esfera de liberdade do indivíduo para coagi-lo apenas para manter o valor moral da promessa, por exemplo, e não para evitar a causação de um dano a outrem. Nesse ponto, a teoria da confiança segue normativamente vantajosa mesmo em relação às propostas mais contemporâneas de se compreender o contrato baseado nas noções de vontade e autonomia²²⁰ e, *a fortiori*, à incoerente perspectiva “voluntarista mitigada” presente na doutrina brasileira.

Benson está consciente da crítica de que as teorias baseadas na promessa e na vontade não respeitam o princípio do dano²²¹. Por esta razão, busca construir sua proposta teórica de modo a contornar essa fragilidade. Se, pelo princípio do dano, ou, como Benson o constrói, o princípio da *liability for misfeasance only*²²², a intervenção estatal

218 SMITH, Stephen A. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. 4ª série. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000. pp. 109-110, sobretudo na nota n. 7 da página 110.

219 Essa conclusão pode ser extraída, sobretudo, da leitura dos “Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito” de Kant, que consiste na primeira parte da Metafísica dos Costumes. Cf. KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2017. Para aprofundamentos sobre a compreensão kantiana de liberdade e igualdade, que se coadunam amplamente com a formulação do princípio do dano de Stuart Mill, cf. SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995. pp. 243-251.

220 Stephen Smith faz coro a esta compreensão. Cf. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. 4ª série. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 116.

221 Ele o aponta, utilizando sua versão específica do princípio do dano, abaixo abordada, a propósito da crítica à teoria de Charles Fried. Cf. BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 33, n.2 – Symposium Michael J. Trebilcock’s The Limits of Freedom of Contract, pp. 273-336, verão de 1995. p. 312.

222 Em tradução livre, “responsabilidade pelo mal feito apenas”. Essa é uma ideia central da teoria de Benson. Sua formulação se assemelha ao princípio do dano, na medida que estatui que a responsabilidade jurídica entre privados somente pode surgir pela violação de um dever que é imposto por um correlativo direito que visa a tutelar uma titularidade daquela pessoa que seria prejudicada caso o dever fosse descumprido e o direito violado. Nessa perspectiva, o autor estatui que, no direito privado, apenas haveria responsabilidade pelo cometimento de um ilícito (entendido

apenas se justificaria para evitar ou reprimir a causação de um dano, o autor resolve esse desafio ao estruturar a proposição de que, logo na formação do contrato, haveria uma transferência da titularidade da prestação prometida do promitente para o promissário²²³. Nesse sentido, após a formação contratual, caso o promitente falhe em cumprir com sua promessa, isso equivaleria a uma ofensa às titularidades do promissário. O inadimplemento equivaleria, portanto, a uma forma de esbulho²²⁴. Por esta razão, dentro do princípio da justiça corretiva, seria legítima a intervenção estatal para garantir a obrigatoriedade dos contratos. Os comentadores da obra de Benson alcinham, para a sua linha de pensamento, o rótulo de “teoria do contrato como transferência”²²⁵.

Ocorre que a teoria proposta por Benson contém uma grave inconsistência. Conforme bem apontado por Stephen Smith, a ideia de transferência pressupõe algo preexistente a ser transferido. Entretanto, o objeto do contrato é a prestação prometida, e não o bem ou o direito subjacente a essa prestação em si. Nesse sentido, quando da celebração do contrato, transfere-se algo que antes não existia: o direito de exigir juridicamente a prestação. Este, com

como violação de direitos alheios) – *misfeasance* – e não pela omissão na concessão de um benefício – *nonfeasance*. Para a elaboração analítica desse princípio por Benson, cf. BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 33, n.2 – Symposium Michael J. Trebilcock’s The Limits of Freedom of Contract, pp. 273-336, verão de 1995. pp. 314-316.

223 Os primeiros lineamentos dessa construção são sugeridos no artigo *The Idea of a Public Basis Of Justification For Contract* e adquire sua conformação final no livro *Justice in Transactions*. Cf. BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 33, n.2 – Symposium Michael J. Trebilcock’s The Limits of Freedom of Contract, pp. 273-336, verão de 1995. p. 319. BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. *passim*.

224 Essa analogia, que tem na clareza a sua virtude, é de Stephen Smith. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. 4ª série. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 119.

225 No inglês, “*transfer theories of contract*”. A propósito, cf. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. 4ª série. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 118-120; DAGAN, Hanoch. Two visions of contract. **Michigan Law Review**, n. 119, 2021 (no prelo). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3537025>>. Acesso em junho de 2020.

efeito, é um direito que jamais pertenceu ao promitente, posto sequer existir em momento anterior à formação do contrato e, mais, antes da constatação do inadimplemento. Ele surge para o promissário em razão do contrato, mas não é lógico pensar que esse direito lhe tenha sido transferido pelo promitente. Daí a fragilidade da teoria do contrato como transferência, que é defendida por Benson como apta a oferecer uma base pública de justificação. Ao que parece, essa inconsistência interna a que, conforme observado por Smith, ignora “a intuição do senso comum de que o contrato se diferencia de uma mera atribuição de direitos”²²⁶, milita contra a aceitabilidade normativa da teoria do contrato como transferência como uma base pública de justificação.

A teoria da confiança não padece dessa mesma dificuldade. Nela o contrato não cria *ex nihilo* uma titularidade do promitente ao promissário. Pelo contrário, para a teoria da confiança, a relevância jurídica do contrato apenas se verifica no caso de inadimplemento, quando da frustração da confiança decorra, presuntivamente, um dano potencial ou atual, criando para o promissário o direito de exigir a prestação ou reclamar perdas e danos. O que se verifica é a repressão de uma situação antijurídica pela intervenção estatal, visando evitar ou sancionar a ocorrência de um dano na esfera de um sujeito de direitos. Nesse sentido, sua formulação é mais coerente do que a proposta bensoniana de interpretar o contrato como transferência.

Uma última crítica que poderia ser endereçada à teoria de confiança, que, na verdade, não se conforma como uma crítica, mas sim como uma observação, é o fato de que os pressupostos da teoria da confiança tornariam indistintas as figuras do contrato e do delito. Se a frustração da confiança é compreendida como um dano que incumbe ao direito contratual remediar, este não diferiria do direito dos delitos civis, que busca remediar um dano decorrente de uma violação à propriedade, a direitos da personalidade etc.

226 “[...] common sense intuition that a contract is different from a mere assignment of rights”. SMITH, Stephen. *Towards a theory of contract*. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. 4ª série. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 120.

De fato, trata-se de uma verdade. Isso, entretanto, nada desabona a teoria da confiança. Inicialmente, inexistiu uma real indistinção das figuras do contrato e do delito, o que se tem na teoria da confiança é uma comunhão de fundamentos teóricos que animam os campos do direito destinados a regular juridicamente ambas as figuras. Ademais, compreender a violação do contrato *grosso modo* como uma espécie de delito, nesse sentido, nada mais faria do que considerar que as situações de inadimplemento conformariam mais um entre tantos delitos previstos pelo *common law*²²⁷. Nessa ótica, as especificidades do direito contratual em termos probatórios, de hipóteses de cabimento de sua invocação, diferentes prazos prescricionais etc. não seriam argumentos válidos para desacreditar a teoria da confiança. Os delitos são em si diversos e a conformação dogmática de cada um deles varia a depender das circunstâncias trazidas pelos precedentes que, cumulativamente, o forjaram como hipótese de *case law* para a responsabilidade delitual. O inadimplemento do contrato seria um delito entre tantos. É verdade, talvez seja o contrato o delito mais diferenciado entre os demais delitos. Entretanto, isso não significa que seja absurdo compreendê-lo teoricamente desta forma. De qualquer modo, esse argumento, por situar no plano da observação das categorias do direito positivo, não coloca uma verdadeira contestação à proposta teórica aqui sustentada.

Tendo sido demonstrado que a teoria da confiança foi alijada do debate teórico contemporâneo sem que tenha sido refutada a contento, apontou-se a necessidade de retomar suas premissas dentro da ideia de busca de uma base pública de justificação. Nesse particular, verificou-se que ela não apenas detém a vantagem de ser normativamente mais atrativa dos que as teorias baseadas na promessa e na vontade, dado o respeito ao princípio do dano, mas também se revela superior à própria proposta de Benson, do contrato como transferência, haja vista não

227 No *common law*, diferentemente da tradição brasileira na qual existe uma cláusula geral de responsabilidade civil (arts. 186 e 187 c/c art. 927 do Código Civil brasileiro), os delitos (denominados *torts*) são típicos, diferenciando-se em suas particularidades regulamentares e hipóteses de verificação. A propósito, cf. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. Vol. II: Obrigações. São Paulo: Almedina, 2018. pp. 398-399.

compartilhar das fragilidades de referida teoria. Nessa linha, por um argumento de coerência interno à própria proposta metodológica de Benson, a teoria da confiança deve ser tida como um dado a ser considerado na elaboração de uma base pública de justificação para o direito contratual.

Se no plano da aceitabilidade moral ela revela-se inclusive mais adequada do que a construção bensoniana do contrato como transferência, resta ainda testar sua adequabilidade na perspectiva da compatibilidade com o direito positivo vigente antes de sentenciar sua primazia teórica como modelo a oferecer ao direito contratual uma base pública de justificação²²⁸. Decerto que a até aqui muito se falou das teorias do direito contratual tomando-se por pano de fundo o direito das jurisdições de *common law*. Isso se justifica, pois, a

228 Em seu livro mais recente, *Justice in Transactions*, para além dos atributos da aceitabilidade moral e da compatibilidade com o direito positivo, Benson coloca como um terceiro atributo de uma base pública de justificação aquilo que ele denomina a “estabilidade” da teoria em confronto com outros âmbitos da sociedade. O autor contrasta sua proposta com (i) a moralidade da promessa, (ii) o mercado e (iv) as demandas da justiça distributiva. Pelos limites traçados pelo objetivo do presente trabalho, não será explorada a estabilidade da teoria da confiança em confronto com esses âmbitos. Justifica-se o recorte pois essa análise demandaria um amadurecimento da teoria da confiança no debate teórico brasileiro, tal como a proposta de Benson pôde amadurecer no plano teórico do *common law* nas últimas décadas. Ademais, em que pese o mérito de se buscar a compatibilização com outros âmbitos, em um notável esforço de interdisciplinaridade, as categorias propostas por Benson, bem como suas conclusões, não parecem de todo pacíficas. A limitação às três categorias acima indicadas parece arbitrária, dada a pretensão de uma teoria geral. Ademais, a posição tomada por Benson no que se refere à compatibilização de sua teoria com as demandas de justiça distributiva apela ao argumento da “divisão institucional do trabalho”, pelo qual o direito privado como um todo e, portanto, o direito contratual, estaria eximido de desempenhar um papel na redistribuição de riquezas, o qual deveria, por uma consideração de eficiência, limitar-se à tributação. Cf. BENSON, pp. 395-476, sobretudo pp. 395-395; sobre a questão da relação entre contrato e justiça distributiva, *idem*, pp. 448-476. Essa linha de argumentação não é pacífica, e o autor não parece considerar os contra-argumentos existentes, v. g. SCHEFFLER, Samuel. *Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 2, pp. 213-235, 2015; ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls and private law. **Revista Juris Poiesis**, vol. 22, n. 28, pp. 59- 76, 2019; ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado e justiça: o argumento da divisão institucional do trabalho. **Philosophos – Revista De Filosofia**, vol. 24, n. 2, pp. 73-96, jul./dez. 2020. Para uma análise da relação do direito contratual com as demandas da justiça distributiva, cf. ZANITELLI, Leandro Martins. Direito contratual, justiça distributiva e virtudes cívicas. **Revista Sapere Aude**, v. 9, n. 18, pp. 406-424, jul./dez. 2018.

explicação da teoria da confiança apresentada se baseou amplamente nas considerações particulares daquela tradição que geraram as condições de possibilidade para o seu desenvolvimento.

Entretanto, libertada de sua genealogia, sua estruturação teórica presta-se a justificar moralmente o direito contratual tanto no contexto específico de seu surgimento – o *common law* – quanto no contexto do *civil law*. Isso é verdade pois, em que pese as peculiaridades em termos de tradição jurídica, tanto as jurisdições de uma quanto a de outra família são perpassadas pelos valores ocidentais do liberalismo político e econômico, ou, como prefere James Gordley, remete-se, ainda, ao elo mais remoto do pensamento jusnaturalista medieval, inspirado pelas ideias aristotélico-tomistas²²⁹. Nesse sentido, o argumento mais forte a subsidiar a teoria da confiança – qual seja, a aceitabilidade moral em razão do respeito ao princípio do dano – é um elemento que serve bem a justificações teóricas do direito contratual em ambas as tradições, posto se assentar nas razões abstratas que constituem um cerne comum a ambas. O próprio Benson, em sua proposição metodológica, admite que a busca da adequação normativa seria transponível entre jurisdições, enquanto apenas a testagem da compatibilidade da proposta com o direito positivo seria mais específica à tradição jurídica do *common law*²³⁰.

A testagem do segundo atributo de uma base pública de justificação – a compatibilidade com o direito positivo – sob a ótica das jurisdições de *common law* decerto seria uma empreitada muito bem vinda a fim de reforçar o ponto ora proposto²³¹. Entretanto, foge ao interesse e às possibilidades do presente trabalho examinar a realidade

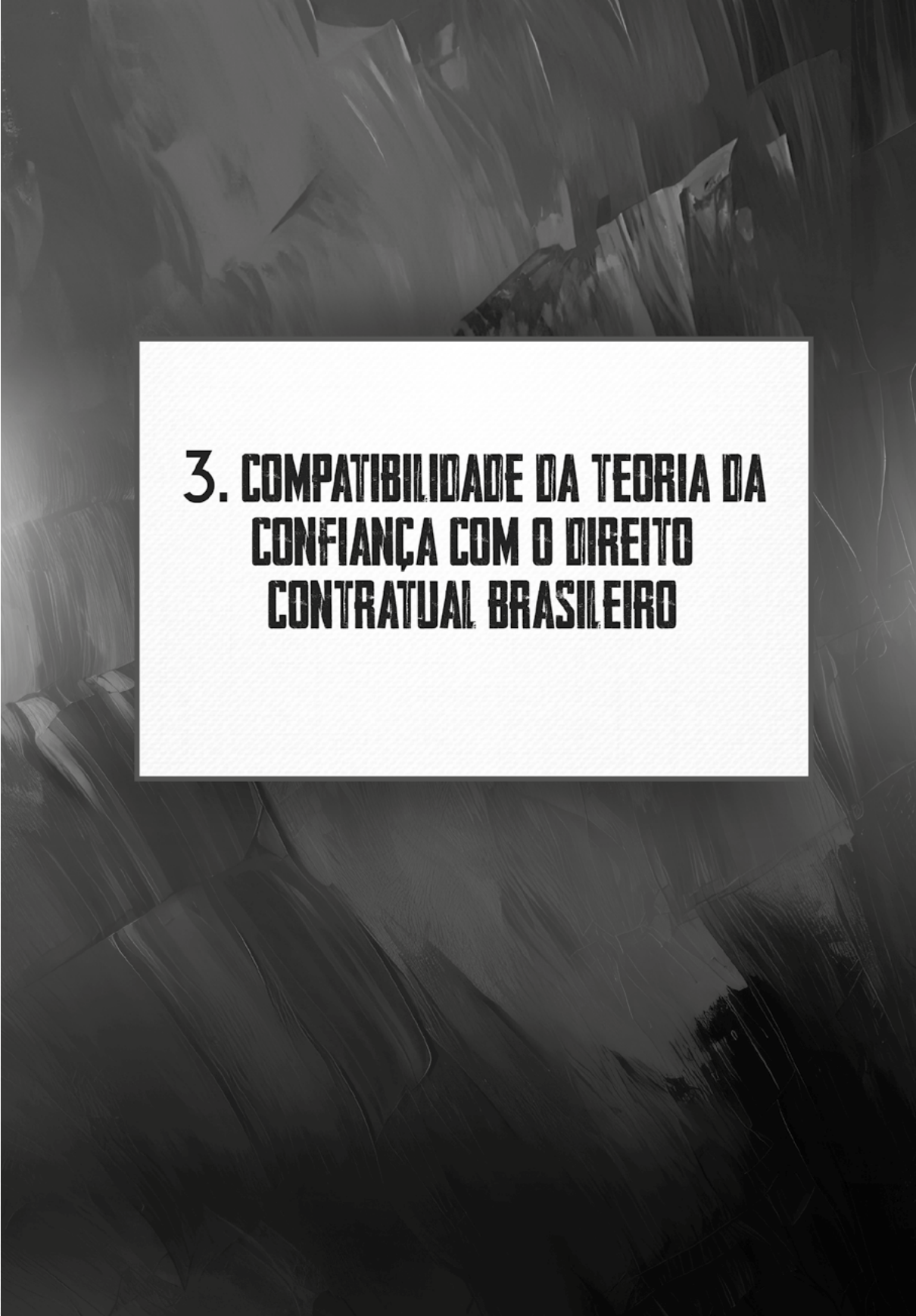
229 GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. pp. 1-9.

230 BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. pp. 29-30.

231 Há autores como Stephen Smith que sugerem uma suposta incompatibilidade da teoria da confiança com o direito positivo do *common law*, sendo essa uma das principais críticas endereçadas à teoria. Entretanto, essa constatação não parece derivar de uma perquirição exaustiva e tampouco sistemática do tema. SMITH, Stephen. **Towards a theory of contract**. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. 4ª série. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 117-118.

jurídica do *common law* neste particular. O escopo deste estudo é refletir teoricamente sobre uma base pública de justificação para o direito contratual brasileiro, superando o modelo voluntarista mitigado ainda em voga e partindo das intuições já lançadas por autores nacionais, acima referidos, as quais foram refinadas com a presente contribuição da teoria jurídica do *common law*. Nesse intuito, aproveitando-se das conclusões do presente capítulo, será testado, no capítulo seguinte, o segundo atributo de uma base pública de justificação tomando por base a compatibilidade da teoria da confiança com o direito contratual positivo contemporaneamente vigente no Brasil.

Henry Colombi



3. COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA CONFIANÇA COM O DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Henry Colombi

Conforme a investigação efetivada no capítulo 2, no presente trabalho aproveita-se da metodologia desenvolvida por Peter Benson a fim de testar a compatibilidade da teoria da confiança como uma base pública de justificação ao direito contratual brasileiro. A proposta metodológica aqui sustentada supera a dicotomia entre teorias normativas e teorias interpretativas²³², ao analisar o direito contratual vigente no intuito de identificar os elementos ínsitos à sua própria conformação e compreender sua relação com os princípios morais de justiça extraídos dessa base normativa comum, pautada na lógica do razoável²³³. Destarte, os atributos de uma teoria que se preste a oferecer uma base pública de justificação são (i) a aceitabilidade moral, pautada na lógica do razoável – perspectiva normativa – e (ii) a compatibilidade com o direito positivo vigente – perspectiva interpretativa.

Nas argumentações empreendidas no capítulo 2, concluiu-se que a ideia de proteção da confiança oferece uma resposta normativamente adequada para o fundamento do direito contratual. Essa conclusão subsidia e refina intuições já lançadas por autores nacionais, exploradas no capítulo 1. Assentado isso, cumpre, agora, demonstrar que, interpretativamente, essa noção também se encontra imbricada em institutos centrais do direito contratual brasileiro, a fim de comprovar a hipótese de que a proteção da confiança constitui a sua base de pública de justificação.

A) A TEORIA DA CONFIANÇA NA FORMAÇÃO CONTRATUAL E A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Se a confiança, de fato, possui o papel central aqui sustentado no arcabouço principiológico do direito contratual, é de se esperar que seus indícios já se percebam desde a formação contratual. Com efeito,

232 BENSON, Peter. **Justice in transactions**: a theory of contract law. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 12.

233 BENSON, Peter. **Justice in transactions**: a theory of contract law. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 12.

a confiança é uma figura que se manifesta antes mesmo do contrato se formar²³⁴.

Durante a fase das negociações, antes de celebrado o contrato, como regra, não há vinculação jurídica entre as partes. É livre a prospecção mútua, a investigação dos custos e vantagens envolvidos, sendo facultado a qualquer das partes retirar-se da negociação ao seu alvedrio. A isso se denomina o princípio do livre-recesso. Essa regra, contudo, pode ser excepcionada caso a conduta de uma das partes na situação pré-contratual se dê de forma a induzir na contraparte uma legítima confiança a qual, caso seja frustrada, ocasionará danos²³⁵. Nesse sentido, as imposições do princípio da boa-fé objetiva, seja pela vedação ao abuso de direito na recusa injustificada de se contratar, insculpida no art. 187 do Código Civil, seja pelos deveres anexos que defluem do art. 422 do Código Civil, atuam para remediar a situação da parte que confiou, haja vista a relevância normativa da confiança depositada²³⁶.

234 A teoria de Canaris acerca da responsabilidade pela confiança também caminha nesse sentido, postulando o contato negocial como um *tertium genus* de responsabilidade civil, em um meio-caminho entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual. A responsabilidade pela confiança pode se fazer presente desde o início do contato negocial, portanto, anterior à formalização da relação contratual propriamente dita, até momentos posteriores à extinção do contrato. Para considerações acerca dessa teoria, cf. FRITZ, Karina Nunes. *Culpa in contrahendo* no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 15, pp. 161-207, abr./jun. 2018.

235 É o que, de forma ainda bastante embrionária, porém avançada, considerando a época, sustenta Orlando Gomes. GOMES, Orlando. **Contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. pp. 59-60. Mais modernamente, no mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Vol. 4. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 82-84; PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 128-129.

236 PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 128-129. No mesmo sentido, FACHIN, Luiz Edson. O *aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial. **Scientia Juris**, v. 2, n. 3, pp. 14-40, 1998/1999. pp. 30-31; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002. p. 180.

Esse imperativo de tutela da confiança, especialmente por se fundar em uma cláusula geral, que, por definição, é indeterminada em sua estrutura prescritiva²³⁷, não deixa clara a extensão da responsabilidade pré-contratual. A lei não explicita se a parte faltosa deve compensar a parte prejudicada em uma quantia que a coloque em situação semelhante a que estaria na hipótese de o contrato prospectivamente esperado tivesse sido cumprido (interesse positivo), ou se a indenização limitar-se-ia a colocá-la em situação anterior à criação da legítima expectativa frustrada, removendo a violação do dever do mundo jurídico pelo seu equivalente pecuniário e nada mais (interesse negativo)²³⁸.

Em que pese a visão tradicional apontar no sentido de que os danos ocorridos na fase pré-contratual seriam limitados ao interesse negativo²³⁹, entende-se, na linha de Fabio Queiroz Pereira, que não haveria necessária limitação da responsabilidade pré-contratual ao interesse negativo, pois é a situação de confiança que deve ditar a extensão o remédio indenizatório a ser empregado²⁴⁰. Essa posição

237 Cláusulas gerais, como a boa-fé em seu sentido objetivo, caracterizam-se pelo fato de serem expressões inscritas no texto legislativo que não preveem nem a sua hipótese de incidência e tampouco a consequência jurídica que dela decorre. A concreção da aplicabilidade dessas cláusulas deve ser efetuada no caso concreto, com base na experiência jurídica veiculada pela doutrina e pela consolidação dos precedentes jurisprudenciais. Para uma explicação sobre a, origem, o contexto, a estrutura e a aplicação das cláusulas gerais, *cf.*, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 131-211.

238 É essa, basicamente, uma das principais questões que Fabio Queiroz Pereira busca endereçar em seu livro. A propósito, *cf.* PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. *passim*, sobretudo pp. 233-237.

239 *Cf.* GOMES, Orlando. **Contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 59. No mesmo sentido, mais modernamente: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Vol. 4. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 85; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 4. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 388.

240 PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. *passim*, sobretudo pp. 233-237. Concordando com a ausência de um limite necessário da indenização pré-contratual ao interesse negativo, postulando, contudo, que essa abordagem seria a regra, excepcionada apenas em circunstâncias extraordinárias. FRITZ, Karina Nunes. *Culpa in contrahendo* no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da

corroborar a compreensão normativa proposta no presente trabalho para a fundamentação teórica do direito contratual em geral.

Extrapolando as conclusões do autor, pode-se compreender, nessa perspectiva, que na responsabilidade pré-contratual, já existe vinculação jurídica que se estabelece em razão da interação negocial entre as partes, a qual é tutelada por força da extensão à fase das tratativas do dever de boa-fé. Caso a frustração da confiança se dê em fase de tratativas muito avançadas, de forma que, considerando o contexto e a representação das partes, o recesso das negociações seria claramente contrário às expectativas legitimamente nutridas por uma delas, é possível considerar que o contrato já estaria parcialmente formado em seus elementos principais. Nesse sentido, seria justificada uma tutela indenizatória pelo interesse positivo e, quiçá, uma tutela específica²⁴¹.

A adoção da ideia de proteção confiança como paradigma da significação jurídica de um vínculo contratual torna tênue a delimitação entre as fases pré-contratual e contratual propriamente dita. Nessa perspectiva, não parece adequado afirmar que às fases das tratativas o remédio contratual estaria limitado à indenização pelo interesse negativo. Entendendo-se o contrato como mecanismo de proteção de confiança, a constatação do momento de formação perde em termos de precisão, sendo a distinção entre fase pré-contratual e fase contratual *stricto sensu* permeada por uma zona cinzenta bastante indeterminada e possivelmente extensa, a depender da situação contratual subjacente. Isso fica claro, sobretudo, em contratações

responsabilidade pré-contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 15, pp. 161-207, abr./jun. 2018. p. 184.

241 Fabio Queiroz Pereira assente com a conclusão prática de que em determinadas circunstâncias nas quais o investimento de confiança é mais elevado, é cabível a indenização pelo interesse positivo ou mesmo o cumprimento específico, mas não é possível inferir de sua obra se anuiria com a argumentação segundo a qual o que determina normativamente essa conclusão é o fato de, materialmente o contrato já se encontrar formado. PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo**. São Paulo: Almedina, 2017. *passim*, sobretudo pp. 233-237.

complexas, nas quais a fase de tratativa é progressiva. Conforme Fabiana D'Andrea Ramos:

A internacionalização dos negócios e a maior complexidade das operações econômicas resultaram na sofisticação e incrementação da fase de preparação e formação dos contratos. A chamada fase “pré-contratual” tornou-se, assim, muitas vezes longa e trabalhosa. Tal realidade ocasionou a necessidade de documentação da negociação do contrato, o que serviu a diversos propósitos, como organizar a negociação, memorizar pontos já tratados, fixar prazos, etc. Trata-se aqui, portanto, da formação progressiva do contrato, compreendida como sendo aquela em que o contrato se forma não por meio das clássicas modalidades de oferta e aceitação, mas por uma “seqüência de comunicações e de reações que, por aproximações sucessivas, são finalmente lugar à celebração do contrato”(FERREIRA DE ALMEIDA, 2000)²⁴².

A rigor, portanto, quando se afirma ser possível a tutela pré-contratual pelo interesse positivo ou pela tutela específica, o que se está a dizer é que, ainda que não formalizado o fechamento completo ente oferta/aceitação de todos os pontos do negócio, o contrato pode se encontrar parcialmente formado em alguns de seus aspectos. Casos os pontos essenciais já estejam suficientemente acertados, pela hermenêutica das declarações e comportamentos das partes, é possível considerar que um vínculo de natureza contratual estaria formado,

242 RAMOS, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos. In: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos. **Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 156. Orlando Gomes, já em 1966, observava esse mesmo fenômeno. GOMES, Orlando. **Contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 59.

razão pela qual a tutela pelo interesse positivo e, eventualmente, a tutela específica, serão possibilidades²⁴³.

O precedente mais célebre de responsabilidade pré-contratual da jurisprudência brasileira, a Apelação Cível n. 591.028.295, julgada em 1991 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido como o “Caso dos Tomates”, trata de uma situação na qual a responsabilidade pré-contratual determinou a indenização da parte prejudicada pelo interesse positivo, colocando-a na mesma posição em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. O caso, trata, em síntese, da relação comercial que a companhia de produtos alimentícios CICA – famosa pelo extrato de tomate Elefante – mantinha com os pequenos produtores de tomate da região de Pelotas/RS. A companhia, costumeiramente, entregava como incentivo aos produtores as sementes para plantio dos tomates, comprando a safra do ano seguinte. Contudo, na safra de 1987/1988, em que pese ter entregado as sementes, induzindo, assim, a legítima expectativa na manutenção do comportamento costumeiro, a CICA não adquiriu a produção, a qual, por dificuldade de escoamento, foi parcialmente perdida. O processo que se tornou célebre foi o de um desses produtores, o Sr. Wili Elert, que perdeu 50% da safra de tomates colhidos em razão da não contratação pela CICA. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos termos do voto do então desembargador e, posteriormente ministro, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, complementado pela divergência do desembargador

243 Não serão abordadas no presente trabalho as questões relativas à possibilidade de tutela específica ou a limitação ao remédio indenizatório. A rigor, a concepção de que o fundamento do direito contratual é a proteção da confiança se sustenta tanto se o remédio colocado à disposição constituir no cumprimento forçado quanto se apenas a indenização estiver disponível. Ambas as modalidades constituem sanções que visam ao mesmo objetivo. A possibilidade de se utilizar um remédio em detrimento de outro, contudo, assenta-se em questões muito mais complexas. *Mutatis mutandis*, Hanoch Dagan esclarece que o valor tutelado pelo direito não é capaz de indicar o remédio que será utilizado para alcançar essa tutela. Cf. DAGAN, Hanoch. Restitutionary damages for breach of contract: an exercise in private law theory. **Theoretical Inquiries in Law**, vol. 1, n.1, pp. 115-154, jan. 2000. p. 121. No caso, se o fundamento da obrigatoriedade contratual é a proteção da confiança, tanto o remédio indenizatório quanto o cumprimento forçado a tutelum. A eleição entre qual dos dois remédios deve prevalecer, sobretudo em uma situação de responsabilidade pré-contratual é tema para outra investigação.

Lio Schmitt, interpretando as circunstâncias do caso, percebeu que, embora não existisse um compromisso expresso por parte da CICA em adquirir a produção do Sr. Elert, a confiança induzida o levou a alterar seu curso de comportamento, envidando esforços, trabalho, investimentos e planos baseado na representação de que, como de costume, a companhia adquiriria a totalidade de sua safra. Frustrada a confiança, tendo sido escoada apenas a metade da produção, o prejuízo representado pela perda de 50% da safra deveria ser suportado pela CICA, responsável em razão da indução de legítima confiança²⁴⁴.

No caso, verifica-se que a indenização se deu pelo interesse positivo²⁴⁵, pois, após compensado o valor correspondente à parte da produção que foi efetivamente escoada – pois relativamente a esta sequer se materializou o dano –, a indenização se deu de tal modo a colocar a parte prejudicada na mesma situação na qual ela estaria se o contrato tivesse sido cumprido, ou seja, como se a CICA tivesse adquirido a safra do Sr. Elert. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul interpretou a situação tal como se, pela situação da confiança, existisse um vínculo contratual já formado a obrigar a CICA comprar os tomates do produtor.

Christian Sahb Batista Lopes nega que a decisão no Caso dos Tomates possa ser considerada como um paradigma da possibilidade de reparação pelo interesse positivo em caso de ruptura injustificada das tratativas. O autor afirma que o precedente seria decisão excepcional na qual o Tribunal, adotando uma postura paternalista em favor do produtor rural, utilizou o valor da safra perdida como parâmetro de indenização em razão da dificuldade probatória que privilegiaria a CICA²⁴⁶. Com efeito, exigir a prova dos danos efetivos para arbitrar o

244 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. AC 591.028.295. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 06/06/1991. O conteúdo do acórdão pode ser acessado em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em 04/09/2020.

245 PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017. pp. 332-333.

246 LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual**: subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.110.

quantum do interesse negativo acarretaria uma compensação abaixo da que seria justa em razão da dificuldade probatória. Contudo, conforme demonstrado no capítulo 2, o fundamento normativo de se empregar o interesse positivo em casos de violação contratual (na expressão inglesa, o *expectation interest* em detrimento do *reliance interest*) é, justamente, a vantagem em termos de redução de complexidades probatória²⁴⁷. Portanto em situações nas quais o investimento de confiança foi tamanho que, objetivamente, poderia se considerar o contrato formado em seus principais pontos, é justo considerar que o remédio mais adequado seria aquele aplicável à fase contratual propriamente dita, ou seja, o interesse positivo.

Na perspectiva aqui sustentada, o contato negocial entre a CICA e os produtores gerou expectativa legítima tutelável pelo direito contratual. Isso porque as condutas das partes, objetivamente interpretadas de acordo com um padrão social peculiar ao contexto em que a transação se desenvolve, é capaz de fazer surgir um vínculo contratual, ainda que ausente uma manifestação expressa ou um fechamento definitivo. Noutras palavras, formou-se um contrato. Por esse motivo, diante da recusa de adquirir a safra, é cabível uma tutela da confiança legítima depositada, que não difere, *in casu*, houvesse ou não termo escrito no qual a companhia assumisse esse dever: a CICA deve ser condenada a indenizar o produtor no valor necessário a colocá-lo na mesma situação patrimonial que estaria caso aquela houvesse adquirido a sua safra.

Em outro cenário, caso a frustração da confiança não seja reconduzível a uma representação já bem consolidada de determinada prestação, mas apenas ocasione danos decorrentes da realização de despesas ou perdas de oportunidades de celebrar negócios alternativos, a tutela pré-contratual limitar-se-ia à indenização pelos danos decorrentes deste investimento de confiança, ou seja, pelo interesse negativo. Imagine-se um contexto, de todo diverso ao paradigma do “Caso dos Tomates”, no qual uma prestadora de serviços de eventos,

247 Cf. cap. 2, sobretudo a análise da teoria de Charles Goetz & Robert Scott e da teoria de Joseph Raz.

confiando nas expectativas legítimas, induzidas pela contratante de que o negócio seria fechado, contratou fornecedores e despendeu esforços e gastos, que se frustraram em razão de posterior ruptura injustificada de tratativas.

Um caso como esse foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2014, no qual a prestadora de serviços de eventos Asti Promoções e Eventos LTDA, tendo sido induzida a confiar que fecharia um contrato para promover o evento “A maior loja de informática do Brasil”, no interesse da Companhia Brasileira de Distribuição (Grupo Pão de Açúcar), realizou investimentos na monta de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), os quais foram frustrados em razão da posterior ruptura das tratativas. O Tribunal, a despeito de não existir contrato formado, condenou o Grupo Pão de Açúcar a indenizar a prestadora de serviços pelos investimentos perdidos – ou seja, pelo interesse negativo²⁴⁸.

No caso, os pontos essenciais do contrato não estavam suficientemente estabelecidos, contudo, em razão das expectativas incutidas, a prestadora de serviços, visando uma maior eficiência em sua atuação, realizou despesas e investiu esforços. Nesse cenário, diante da indefinição dos principais aspectos do programa contratual, não haveria como condenar a indenização ao interesse positivo, e tampouco compelir a contraparte ao cumprimento. Mas a indenização pelas despesas incorridas, e, se fosse o caso, mesmos as oportunidades perdidas, é medida que se impõe, em decorrência da tutela da confiança propiciada pelo princípio da boa-fé.

A perspectiva aqui defendida poderia ser ilustrada na alegoria de uma “formação contratual como processo”, ou seja, não existiria propriamente um único momento da formação do contrato, mas os acertos entre as partes seriam conduzidos gradativamente, fixando-se os pontos de consenso, dos mais elementares aos mais casuísticos, até que o quadro final das disposições contratuais antevistas pelas partes seriam consolidadas em um “momento do fechamento”

248 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1367955/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18/03/2014, publicado em 24/03/2014.

entre oferta e aceitação em sua completude²⁴⁹. Considerando a perspectiva teórica da confiança, tem-se que a aferição do grau de concretude desse consenso e a intensidade desse contato será sempre interpretada, em caso de conflito, de acordo com as manifestações e o comportamento das partes, segundo um teste objetivo e racionalmente controlável, conforme os padrões de conduta praticáveis no contexto social em que a relação contratual está inserida²⁵⁰.

Parece claro, portanto, que a confiança é a razão de ser tanto da atribuição de responsabilidade pré-contratual quando do grau que a tutela jurídica em questão alcança. Nesse contexto, parece correta a constatação de Marcos Catalan, segundo o qual:

[...] sendo inegável que a confiança atua na fase que antecede a formação do contrato parece impossível refutar a constatação de que ela permeia também as relações negociais, pois, se com lastro na confiança, é possível extrair efeitos de negócios ou de cláusulas que sequer existem e fundar a reparação de danos pré-contratuais, seria contraditório não admitir que ela deva assumir o papel de protagonista na fundamentação do dever de reparar os danos contratuais²⁵¹.

De fato, se o fundamento de vinculações pré-contratuais, que podem levar, inclusive, à imputação de deveres de prestação e a consequente indenização pelo interesse positivo são fundamentadas na tutela da confiança, parece lógico concluir que o fundamento

249 RAMOS, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos. In: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos. **Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 156.

250 RAMOS, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos. In: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos. **Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 172-173.

251 CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 140.

subjacente à obrigatoriedade contratual propriamente dita também se assentaria nesse mesmo princípio.

B) A CONFIANÇA E OS DEFEITOS GENÉTICOS DO CONTRATO: VÍCIOS DO CONSENTIMENTO, VÍCIOS SOCIAIS E FIGURAS ASSEMELHADAS

Não apenas como delimitador momento em que se inicia a possibilidade de se imputar responsabilidade civil por um engajamento contratual, a confiança atua também como um valor preponderante em situações nas quais a manutenção da eficácia do contrato encontra-se em tensão com outros valores prezados pelo direito. Essas situações são endereçadas, sobretudo, pelas figuras denominadas “defeitos dos negócios jurídicos”.

Esses institutos ponderam, de um lado, a relevância jurídica dos interesses reais das partes em uma transação ou a imperatividade de razões de interesse geral ou de terceiros e, de outro lado, a tutela da confiança legítima. Pelo direito contratual hoje vigente, percebe-se que o desenho dos defeitos dos negócios jurídicos tem dado primazia a esta última. A análise dos defeitos dos negócios jurídico sob a perspectiva da confiança e, por via de consequência, da boa-fé objetiva, não é comum na doutrina jurídica brasileira. Contudo, estudos contemporâneos, sobretudo os que recorrem a legislações estrangeiras em um esforço de direito comparado, como o de Karina Nunes Fritz, têm destacado a importância de revisitar esses institutos tradicionais da teoria geral do negócio jurídico sob a ótica da renovação conceitual propiciada por essas novas compreensões²⁵².

Humberto Theodoro Júnior, comentando o projeto do que hoje é o Código Civil brasileiro, afirma que, sob a rubrica de “defeitos dos negócios jurídicos”, a codificação agrupou figuras díspares por sua

252 Cf. FRITZ, Karina Nunes. *Culpa in contrahendo* no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 15, pp. 161-207, abr./jun. 2018. p. 184.

consequência comum: a anulabilidade do negócio jurídico²⁵³. São elas o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores. Segundo o autor, a categoria dos defeitos do negócio jurídico, na verdade, seria organicamente dividida em duas. A primeira delas seria a dos vícios do consentimento, que, efetivamente, decorrem de uma anormalidade no processo da declaração da vontade, os quais se justificam como forma de salvaguardar os reais interesses das partes no negócio. A segunda das categorias seria a dos vícios sociais, que se justificam pela inadmissibilidade da consecução do negócio por razões de interesse geral ou de terceiros. Na categoria dos defeitos do negócio jurídico, tem-se como vício social a fraude contra credores, que tutela a garantia patrimonial dos credores à solvência das dívidas contraídas²⁵⁴.

Apesar de não estarem arroladas nos arts. 138 a 165 do Código Civil, justamente por não terem por consequência a anulabilidade, existem outras figuras que, por sua estrutura ou função, também se assemelham aos vícios do consentimento ou aos vícios sociais. A reserva mental²⁵⁵, por exemplo, tendo em vista representar uma divergência entre interesse real do declarante e a declaração externada, pode ser considerada um vício do consentimento quando conhecida da contraparte, pois, nessa situação, tem ela o condão de privar de eficácia o negócio jurídico. Da mesma forma, a simulação é passível de ser tida como um vício social, por tutelar interesses externos às partes em um contrato consubstanciado nos imperativos de transparência do comércio jurídico para fins de fiscalização e tutela de interesses da coletividade. Ao conjunto dessas figuras que, na formação do contrato, ponderam a proteção da confiança legítima

253 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos dos negócios jurídicos no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40, pp. 91-123, 2001. p. 92.

254 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos dos negócios jurídicos no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40, pp. 91-123, 2001. p. 92.

255 Esta figura está prevista no art. 110 do Código Civil, que dispõe “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

com outros valores juridicamente relevantes dá-se o nome de defeitos genéticos do contrato.

B.1) VÍCIOS DO CONSENTIMENTO E FIGURAS ASSEMELHADAS

Verifica-se que nos vícios do consentimento o ordenamento jurídico oferece mecanismos para relativizar a obrigatoriedade contratual em situações nas quais a sua manutenção vulnera o real interesse subjacente a uma das partes que, em razão de circunstâncias diversas, distingue-se daquilo que foi efetivamente declarado. Contudo, tem-se que a confiança permanece como o valor primordial, pois a tutela do real interesse sempre é colocada em segundo plano, e não subsiste se, para tanto, a confiança legítima da contraparte tenha de ser vulnerada. Por esta razão, analisando-se as disposições legais do erro, do dolo, da coação, da reserva mental, verifica-se que a obrigatoriedade contratual apenas é relativizada quando se comprova que, na relação contratual concreta, a confiança legítima da contraparte não será prejudicada.

Isso é visível na regulamentação legal do erro, arquétipo dos vícios do consentimento. Dá-se o erro quando se verifica divergência entre a vontade interna e a vontade declarada, ocasionada por uma incorreta compreensão da natureza do negócio pelo declarante, ou por um equívoco na transmissão da declaração²⁵⁶. Pelo sistema jurídico vigente, a despeito da divergência entre vontade e declaração, o contrato celebrado em erro subsistirá sempre que a situação da parte que erra não for cognoscível à contraparte. O próprio art. 138 do Código Civil esclarece que se entende por cognoscível aquele erro passível de ser identificado por uma “pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”²⁵⁷. Essa referência claramente se relaciona a um padrão objetivo de conduta, nos moldes dos imperativos de boa-

256 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 30ª ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 420.

257 Art. 138 do Código Civil, *in fine*.

fé. Portanto, tem-se que apenas terá lugar a anulação do contrato por erro caso a situação de divergência entre vontade interna e vontade declarada for passível de ser conhecida por um declaratório que atua de forma diligente e proba na consecução do negócio.

Conforme afirma Lucas Costa de Oliveira, esse dispositivo indica que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu a teoria da confiança em matéria de erro²⁵⁸. Nesse sentido é o que afirma o próprio Moreira Alves, redator da parte geral do anteprojeto da lei que hoje constitui o Código Civil:

[...] manteve-se a concepção subjetiva de negócios jurídico, não com o absolutismo do Código Civil [de 1916], mas litigada, em que se leva em consideração, para efeitos dos defeitos do negócio jurídico, a responsabilidade por parte daquele que declara a sua vontade e os aspectos de confiança daquele que recebe essa vontade. Com isso, permitiu-se que vícios como o do erro pelo aspecto puramente subjetivo da parte que errou não fossem admitidos, mas somente quando há a possibilidade de a parte que não erra saber ou poder saber que a outra celebrou negócio porque havia errado. Adotou-se, dessa forma, o princípio da responsabilidade de quem declara e o da confiança de quem recebe a declaração²⁵⁹.

Essa adoção pelo Código Civil brasileiro da teoria da confiança em matéria de erro reforça que a razão de ser da obrigatoriedade

258 OLIVEIRA, Lucas Costa de. Aspectos controversos sobre o erro no negócio jurídico: uma análise a partir da tensão entre autonomia e confiança. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 19, p. 17-37, jan./mar. 2019. p. 36.

259 ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do Código Civil. **Revista CEJ**, vol. 3, n. 9, pp. 5-11, set./dez. 1999. No mesmo sentido se posiciona Humberto Theodoro Júnior. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos dos negócios jurídicos no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40, pp. 91-123, 2001. p. 120. Modernamente, cf. o trabalho de Lucas Costa de Oliveira. OLIVEIRA, Lucas Costa de. Aspectos controversos sobre o erro no negócio jurídico: uma análise a partir da tensão entre autonomia e confiança. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 19, p. 17-37, jan./mar. 2019

contratual está na tutela da confiança legítima do declaratório, sendo o real interesse particular de uma parte ou da outra um dado secundário. Isso porque o art. 138 demonstra que a divergência entre vontade e declaração não autoriza a relativização da obrigatoriedade contratual, mas a inexistência de uma confiança legítima na contraparte – que carece de legitimidade em razão da cognoscibilidade que a primeira parte caía em erro – o faz. Nas palavras de Jayme Landim: “o princípio da confiança não se aplica ao destinatário que não procedeu com legítima atenção, nem considerou os elementos que o teriam advertido da falta ou vício da vontade do declarante”²⁶⁰. No mesmo sentido, Gerson Luiz Carlos Branco interpreta a relativização da obrigatoriedade do contrato eivado de erro na hipótese do art. 138 do Código Civil como sendo fundada no fato de que a eficácia jurídica do contrato depende de se ter suscitado na contraparte uma legítima confiança, sendo que “se não houver a formação de uma expectativa legítima, não há por que se atribuir efeitos ao ato”²⁶¹.

Reitera-se que é justamente na legitimidade da invalidação do negócio jurídico por erro que Orlando Gomes encontra o ponto de partida para a formulação de sua perspectiva da teoria da confiança para o direito contratual²⁶². Antes mesmo de o Código Civil brasileiro assimilar o critério da cognoscibilidade, o autor compreendia que, na tensão entre a teoria da declaração – que pontua que a vontade declarada é vinculante e obrigatória *tout court* – e a teoria da vontade – que postula que a divergência entre esta e a declaração dá azo à flexibilização da obrigatoriedade contratual pela anulação da avença – o equilíbrio se encontraria na teoria da confiança, para a qual:

260 LANDIM, Jayme. **Vícios da vontade**: em comentário ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 30. *Apud*. OLIVEIRA, Lucas Costa de. Aspectos controversos sobre o erro no negócio jurídico: uma análise a partir da tensão entre autonomia e confiança. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 19, p. 17-37, jan./mar. 2019. p. 21.

261 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002. p. 182.

262 A posição de Orlando Gomes foi analisada mais a fundo acima, no capítulo 1.

Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se poderia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. Enquanto, pois, tem um dos contratantes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade²⁶³.

Da mesma forma que no erro, também no dolo e na coação – os dois demais vícios clássicos, reunidos pela primeira vez no texto do *Code Napoléon*²⁶⁴ – a tutela da confiança legítima é o valor priorizado pelo direito contratual brasileiro. O dolo, segundo Pontes de Miranda “é o ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea”²⁶⁵, já a coação, define o mesmo autor como sendo “a presença de violência ou intimidação, que faça B praticar o que A sugere”²⁶⁶. Verifica-se que tanto o dolo quanto a coação pressupõem a comissão de um ato ilícito²⁶⁷, seja pelo próprio contratante, seja por um terceiro. Nas hipóteses de a própria contraparte ser a causadora e a beneficiária do vício, não há que se cogitar legitimidade na confiança de que a avença seria mantida. Isso porque aquele que induz, por seu próprio ato

263 GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. In: GOMES, Orlando (Coord.). **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 14.

264 CARNAÚBA, Daniel Amaral. A renovação dos vícios do consentimento: considerações a propósito dos institutos introduzidos pelo Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, pp. 3-34, abr./jun. 2012. pp. 7;9.

265 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §449.1.

266 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §458.1.

267 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §456.1 e §466.1.

ilícito, uma outra parte a celebrar contrato não pode reclamar a tutela estatal caso o devedor de uma obrigação fundada em dolo ou coação se recuse a prestar e reclame a anulação do contrato. A confiança aí depositada não é legítima.

A tutela da confiança, no entanto, é colocada em questão quando o dolo ou a coação são causados por terceiros, ou seja, quando a celebração do negócio viciado não é imputável à parte beneficiária. Com efeito, pelas disposições legais do Código Civil acerca da matéria, tem-se que apenas na hipótese de a parte contratante ter ou dever ter conhecimento da situação de dolo ou coação em que sua contraparte se encontra em razão da conduta ilícita de um terceiro pode-se cogitar de anulação da avença. Noutras palavras, é necessário, ao menos, a negligência do declaratório, reforçando a natureza de vício-punição do dolo e da coação, mesmo quando perpetrado por terceiros²⁶⁸. Caso contrário, o contrato mantém-se válido e eficaz, prestigiando-se a confiança do terceiro de boa-fé. É o que dispõe o Código Civil, relativamente ao dolo em seu art. 148: “[p]ode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou”, e, relativamente à coação, em seu art. 154: “[v]icia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos”.

Verifica-se aqui a mesma solução legislativa dada às situações de erro. Isso porque a locução “sabia ou deveria saber” abrange tanto situações de conhecimento do vício pela contraparte quanto situações de cognoscibilidade, que, conforme ensina João Baptista Villela, deverão ser auferidas com base nas circunstâncias fáticas, segundo o padrão de conduta esperado nas relações em questão, conforme os

268 CARNAÚBA, Daniel Amaral. A renovação dos vícios do consentimento: considerações a propósito dos institutos introduzidos pelo Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, pp. 3-34, abr./jun. 2012. p. 29.

ditames da boa-fé em seu sentido objetivo²⁶⁹. Tem-se, portanto, que, a rigor, a disciplina da anulação dos contratos por dolo ou coação de terceiro é a mesma das situações de erro: sendo, de acordo com o padrão de conduta esperado, a situação cognoscível à contraparte, tem cabimento a relativização do vínculo, haja vista a ausência de confiança legítima a ser tutelada.

Da mesma forma, no estado de perigo – entendido como a situação na qual o contratante “premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa” – disposto no art. 156²⁷⁰, o ordenamento jurídico também privilegia a tutela da confiança da contraparte, ao exigir seu conhecimento quanto à situação de risco de grave dano que impele o declarante a assumir a obrigação excessivamente onerosa. Verifica-se uma tutela inclusive mais gravosa do que nas hipóteses de erro, dolo e coação, haja vista o Código exigir não apenas a possibilidade de conhecimento por uma pessoa *standard*, de acordo com os padrões de conduta pautados na boa-fé – ou seja, cognoscibilidade –, mas o efetivo conhecimento. Não sendo conhecida, em que pese o potencial danoso e a iniquidade da obrigação, prestigia-se a confiança da parte contratante em detrimento da justiça substancial.

A lesão, por sua vez, entendida, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, como “o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes”²⁷¹, é também atenuada pelo filtro da proteção da confiança. Isso porque a situação de lesão apenas se presta a invalidar o contrato quando a desproporção entre a obrigação

269 VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 97, pp. 179-200, 2008. p. 188.

270 Art. 156 do Código Civil: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

271 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 30ª ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 439.

assumida e a contraprestação esperada é manifesta²⁷² – sendo que essa avaliação deve ser realizada em observância ao valor de mercado vigente à época da contratação²⁷³. Em que pese não seja costumeiro identificar a cognoscibilidade como requisito de anulação do negócio jurídico por lesão²⁷⁴, o vocábulo “manifesta” neste dispositivo significa, justamente, aquela desproporção passível de ser percebida de maneira indubitável por qualquer contraparte de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Postula-se, portanto, um padrão de conduta. Caso uma parte diligente e proba não pudesse perceber a desproporção decorrente da inexperiência ou necessidade da outra parte no contrato, ainda que esta exista, não há que se cogitar de anulação do negócio jurídico, que seguirá válido e eficaz²⁷⁵.

Esse diagnóstico sobre os vícios do consentimento é reforçado pelo regulamento legal das situações de divergência entre os

272 Art. 157 do Código Civil: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta’.

273 Art. 157, parágrafo único, do Código Civil: “Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico’.

274 Nestor Duarte, por exemplo, chega a afirmar expressamente que a lesão prescindiria de conhecimento da situação pela parte beneficiada. DUARTE, Nestor. Parte Geral. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2013. p. 124.

275 Escrevendo ainda sob a égide do Código Civil de 1916, Caio Mário da Silva Pereira identifica na lesão dois elementos: um objetivo, consistente na desproporção entre as prestações, e um subjetivo, consistente na consciência da parte beneficiada no que se refere à situação de fragilidade (inexperiência ou necessidade). A este último dá-se o nome de *dolo de aproveitamento*, ainda que o próprio autor ressalve que não se faz necessário o proceder doloso, com intensão de lesar. Bastaria, para tanto, a consciência do estado lesivo. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 474. Da leitura do art. 157 do Código Civil, não há previsão expressa do dolo de aproveitamento como requisito. Contudo, a interpretação acima sugerida do vocábulo “manifesta’ como a remissão a um padrão objetivo de conduta pode caminhar no mesmo sentido da compreensão doutrinária que exige, para configuração da lesão, o dolo de aproveitamento. Isso porque, conforme acima assentado, o dolo de aproveitamento significa não propriamente um proceder doloso, mas sim a cognoscibilidade do estado lesivo. Dentro os autores que, já sob a égide do Código Civil de 2002 sustentam o dolo de aproveitamento como requisito de configuração da lesão, cf. SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Estado de perigo e lesão. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 638.

interesses do representado e o representante. A representação é o poder, outorgado pela lei ou pelo contrato, para que uma pessoa (representante) pratique atos jurídicos em nome e no interesse de outrem (representado), ficando este vinculado pelas declarações daquele²⁷⁶. Contudo, é possível que o representante, exercendo de forma inadequada sua função, aja em contrariedade ao interesse do representado. Mesmo nessas hipóteses, tem-se que a declaração do representante vincula o representado, ainda que os atos do primeiro não correspondam aos interesses do segundo²⁷⁷. O representado se exime da vinculação apenas como exceção, caso logre provar que o terceiro sabia ou deveria saber – ou seja, se estava presente a cognoscibilidade – da situação de defeito de representação. Caso contrário, a proteção da confiança do terceiro de boa-fé impõe que a vinculação contratual permaneça válida e eficaz²⁷⁸. É esta a expressa disposição do art. 119 do Código Civil: “É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou”. Verifica-se, aqui, a mesma locução “era ou devia ser do conhecimento” da contraparte, a qual demonstra a identidade de tratamento das situações de conflito de interesses do representante para com o representado relativamente às situações de erro, e de dolo e coação perpetrados por terceiro. Prestigia-se a confiança do declaratório, de modo que, apenas caso se demonstre que a situação de conflito de interesses lhe era cognoscível – e, portanto, não haveria confiança legítima a se tutelar – será possível a invalidação do contrato.

Por fim, a disposição do art. 110 do Código Civil, pelo qual a reserva mental não prejudica o negócio jurídico quando não conhecida

276 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §308.3.

277 GOMES, Orlando. Aparência do direito. In: GOMES, Orlando (Org.). **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 120.

278 GOMES, Orlando. Aparência do direito. In: GOMES, Orlando (Org.). **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 120.

da contraparte²⁷⁹ atesta definitivamente que não é a intenção interna e tampouco simplesmente a vontade declarada que são priorizadas pelo ordenamento jurídico, mas sim a confiança legítima em sua seriedade pela contraparte. Segundo Nestor Duarte:

A segurança das relações jurídicas [...] reclama que se empreste eficácia ao que foi declarado e não ao que, eventualmente, foi desejado, mas não declarado. Por esse motivo, o que foi objeto de reserva mental, em regra, não é levado em conta [...]. Esse entendimento, todavia, é abrandado pela *teoria da confiança*, na medida em que, segundo Orlando Gomes, “[...] concede-se à declaração valor relativo, tornando-a decisiva sempre que a confiança em seu conteúdo se possa fundar na boa-fé de destinatário’. Pode-se esquematizar assim a teoria: a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponde à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”²⁸⁰.

Por reserva mental entende-se a declaração de vontade na qual o declarante não se dispõe, intimamente a cumprir o prometido²⁸¹. Se a ausência de seriedade de propósitos não for conhecida pelo declaratório, a reserva mental é irrelevante. Caso contrário, sabendo o declaratório da ausência de seriedade dos propósitos do declarante, inexistente confiança legítima depositada sobre a declaração, razão pela qual não há que se cogitar sequer a perfeição do contrato, o qual se considera inexistente²⁸².

279 Art. 110 do Código Civil: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

280 DUARTE, Nestor. Parte Geral. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2013. pp. 98-99.

281 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 675.

282 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 678

B.2) VÍCIOS SOCIAIS E FIGURAS ASSEMELHADAS

No que tange aos vícios sociais, tem-se que a razão de ser de seu papel de relativização da obrigatoriedade contratual está em considerações diversas que se inserem no âmbito da ordem pública. Não obstante os valores a eles subjacentes, tem-se que tais vícios apenas são reconhecidos no ordenamento quando não vulnerarem a confiança legítima depositada sobre o contrato. Assim, noutros termos, pelo regramento legal, verifica-se que o pressuposto para que qualquer vício social seja capaz de relativizar a eficácia de um determinado contrato está na ausência de confiança legítima a ser vulnerada em caso de relativização da obrigatoriedade.

Na hipótese da fraude contra credores, tutela-se a garantia genérica de solvabilidade do devedor em favor de terceiros credores²⁸³. Contudo, o art. 159 é expresso²⁸⁴ que essa tutela apenas terá lugar em negócios jurídicos onerosos pelo instituto da fraude contra credores quando, em razão da insolvência manifesta ou conhecida – novamente, a hipótese de que o contratante sabia ou deveria saber da situação de insolvência do terceiro –, não se poderia cogitar de uma confiança legítima pela contraparte na hignidez do negócio²⁸⁵.

283 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão. **Revista EMERJ**, vol. 5, n. 20, pp. 51-78, 2002. p. 60.

284 Art. 159 do Código Civil: “Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante”.

285 Nos negócios jurídicos gratuitos a fraude é presumida, a teor do art. 158 do Código Civil (“Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”), não se dando o mesmo valor à confiança do beneficiário de um contrato gratuito em comparação ao que confiou no recebimento de uma contraprestação onerosa. Essa menor valoração dos direitos do beneficiário de negócios jurídicos gratuitos é uma constante no direito. Em situações de recuperação judicial e falência, por exemplo, as obrigações a título gratuito sequer são exigíveis, a teor do art. 5º, I, da Lei 11.101/2005. Essa constante acusa que, na ideia de confiança legítima, tem relevo algum valor referente à comutatividade. Em que pese tratar-se de uma questão de interesse que tangencia a temática da pesquisa, esta é, contudo, uma análise que desborda o objetivo do presente trabalho.

Caso contrário, se o contratante que negocia com um insolvente um contrato oneroso, adotando uma postura diligente e prova de acordo com o padrão de conduta esperado, não pudesse ter consciência da situação de insolvência da contraparte, não é possível a anulação do contrato em razão da fraude contra credores. É necessário ter em mente, no entanto, e isso reforça a perspectiva aqui sustentada, que apenas se tutela a situação de confiança daquela parte que se comportou com as diligências de praxe e atuou de forma proba para cercar-se das confirmações necessárias sobre a higidez do contrato que viria a celebrar. Isso porque caso a insolvência do devedor fosse passível de ser conhecida por simples consultas a sistemas informatizados dos entes públicos ou tribunais na praça de celebração e de execução do contrato, ou, em negócios mais complexos, os usos do tráfego indicassem a adoção de procedimentos de apurações e investigações prévias (no anglicismo, *due diligence*), não pode o contratante arvorar-se na posição de terceiro de boa-fé.

A tomada de diligências prévias, as quais são avaliadas no caso concreto conforme os usos do tráfego e as dimensões do negócio, resguardam a parte contratante. Tendo tomado as medidas cabíveis, não será possível acusá-la de que haveria motivos para ser conhecedora da insolvência da contraparte. Maria Helena Diniz exemplifica que “será notória a insolvência se o devedor tiver seus títulos protestados ou ações judiciais que impliquem a vinculação de seus bens”²⁸⁶. Pontes de Miranda já defendia que “o Código Civil considera ciente qualquer figurante de negócio jurídico oneroso, se notória a insolvência. Todos, devido à notoriedade da insolvência, se têm como cientes”²⁸⁷. O autor afirma, ainda que “há de ser a notoriedade irradiada do lugar em que se passou o ato jurídico fraudulento, pois, ainda que se ache ausente o adquirente, basta a *scientia fraudis* pelo representante, ou ter estado em contacto com o alienante, por telefone, carta ou telegrama”.

286 DINIZ, Maria Helena. Arts. 1^a a 232. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 160.

287 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §495.1.

Se à época da redação do Tratado, há mais de dois terços de século, Pontes de Miranda já mostrava inclemência para com alegações genéricas e infundadas de desconhecimento do estado de insolvência, contemporaneamente, com o amplo acesso à informação, as hipótese de alegação de desconhecimento da insolvência estão ainda mais restritas, cabendo ao adquirente tomar os devidos cuidados prévios a qualquer aquisição de relevo. Nesse sentido, traz-se a título de exemplo, o uso corrente de consultar as certidões de protestos ou de processos judiciais do vendedor em contratos de compra e venda de imóveis, diligência que, caso não seja tomada, é passível de configurar o comprador como conivente para com o *consilium fraudis* nos autos de eventual ação pauliana visando desconstituir o contrato²⁸⁸.

Da mesma forma, o vício social da simulação²⁸⁹, que determina a nulidade do negócio, também se amolda a tese aqui sustentada. Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, a simulação consiste na “pactuação de um negócio jurídico, projetado ao mundo exterior, para a ilusão de terceiros em geral, diga-se do público, quando

288 Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. FRAUDE CONTRA CREDORES. SUBAQUISIÇÃO POR TERCEIRO. CAUTELAS NECESSÁRIAS. PESQUISA NOS CARTÓRIOS DISTRIBUIDORES. NÃO OBSERVÂNCIA. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. Não se considera de boa-fé o adquirente de imóvel que deixa de se cercar de cautelas mínimas visando a perquirir sobre eventual litigiosidade da coisa adquirida. A obtenção de certidões dos cartórios distribuidores judiciais é padrão de conduta mínimo exigido dos contratantes. Se ao tempo da celebração do negócio jurídico já existia Ação Pauliana em tramitação contra os vendedores, é impossível ignorar a publicidade do processo, ainda que essa circunstância não esteja averbada na matrícula no imóvel”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0134.15.003100-0/001. Rel. Des. Estevão Lucchesi. Julgado em 02/02/2017, publicação da súmula em 10/02/2017; “APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE CONTRA CREDOR - COMPROVAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. Caracteriza-se fraude à execução o fato de o devedor, já citado para responder ação ajuizada contra si, promover a alienação de bem, caracterizando o seu estado de insolvente, caso em que se torna desinflante a indagação de boa-fé do adquirente, que, ademais, não teve a cautela de exigir certidão de feitos ajuizados contra o alienante”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0114.07.086347-6/001. Rel. Des. Antônio de Pádua. Julgado em 11/09/2008, publicação da súmula em 17/10/2008.

289 Também entendendo a simulação como vício social, cf. MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. Simulação. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 655

internamente, para os simuladores, ele não deve ser um verdadeiro negócio jurídico, capaz de produzir os respectivos efeitos”²⁹⁰. Haja vista exigir conluio entre as partes para a celebração de um negócio diverso do declarado, nenhuma delas pode sustentar ter depositado confiança legítima no negócio simulado, posto terem ambas conhecimento de sua natureza ilegítima. Por esta razão, não há como considerar obrigatório o contrato simulado de uma parte da simulação *vis-à-vis* a outra, pois por ambas é sabido que referido negócio não era digno de confiança legítima e que qualquer investimento de confiança que venha a ser frustrado não poderá ser tutelado pelo direito²⁹¹.

No mesmo âmbito dos vícios sociais, por deterem também a mesma essência, tem-se as questões envolvendo o não cumprimento de requisitos necessários à licitude de um objeto trazidos pelo art. 104, II, do Código Civil. Não se espera que a promessa de uma prestação ilícita, impossível ou totalmente indeterminada gere na contraparte confiança legítima de que o seu descumprimento levaria o Poder Judiciário a empregar a coação para torná-la obrigatória. Por esta razão, a defraudação da confiança nessas hipóteses não é sancionável, haja vista a confiança em questão depositada carecer de legitimidade.

B.3) SÍNTESE DO PAPEL DA CONFIANÇA NOS DEFEITOS GENÉTICOS DO CONTRATO

O que se observa, portanto, seja nos vícios de consentimento, seja nos vícios sociais, é que o direito contratual brasileiro admite exceções à obrigatoriedade de um contrato a fim de privilegiar a o real interesse de uma das partes e as garantias de solvabilidade e transparência no tráfego jurídico. Contudo, percebe-se que todos

290 MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **A simulação no direito civil brasileiro**: um estudo comparativo entre os sistemas do revogado Código Civil de 1916 e o Código Civil em vigor de 2002. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 30.

291 Nesse sentido, o entendimento de MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **A simulação no direito civil brasileiro**: um estudo comparativo entre os sistemas do revogado Código Civil de 1916 e o Código Civil em vigor de 2002. São Paulo: Marcial Pons, 2020. pp. 77-83.

esses interesses cedem ao princípio central do direito contratual: a proteção da confiança.

A relativização da obrigatoriedade de um contrato, em atenção a esses outros valores coadjuvantes ao direito contratual, somente poderá ser admitida quando se demonstrar que a contraparte não chegou a confiar na avença ou essa confiança, ainda que tenha sido verificada, não pode ser considerada legítima, pois baseada em premissas manifestamente antijurídicas, que a parte que confiou levou ou deveria ter levado em conta quando da contratação. Destarte, verifica-se que a disciplina dos defeitos genéticos do negócio jurídico, sejam os vícios do consentimento, sejam os vícios sociais, sejam as figuras assemelhadas aqui mencionadas, prestigia a confiança como o valor central do direito contratual brasileiro, colocando os demais interesses como coadjuvantes, que somente têm espaço de tutela quando a confiança legítima não seja vulnerada.

C) ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E MECANISMOS DE REVISÃO E RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE

A regulamentação jurídica das alterações de circunstâncias negociais detém uma relação dúplice com a noção de proteção da confiança. Por um lado, as regras que relativizam a máxima do *pacta sunt servanda* em casos de alterações de circunstâncias podem ser interpretadas, no mesmo sentido das normas referentes aos defeitos genéticos, como sendo figuras que prestigiam valores outros prezados pelo ordenamento jurídico. Na hipótese, o valor em questão pode ser identificado nas ideias de justiça contratual, equilíbrio das prestações, ou justiça comutativa. Essa, por exemplo, é a visão que José de Oliveira Ascensão sobre o tema²⁹².

292 ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. **Revista Pensar**, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008. p. 16. Esclarece-se que, conforme se percebe, em razão do recorte metodológico de se demonstrar a presença do valor da proteção da confiança subjacente ao direito brasileiro, evita-

Nessa linha de abordagem, a centralidade da tutela da confiança como valor subjacente ao direito contratual poderia ser atestada caso fique demonstrado que, em uma situação de tensão entre o valor da justiça contratual e a proteção da confiança, esta última prevaleceria. Destarte, a corroboração da tese perpassaria pelo mesmo percurso argumentativo observado no tópico anterior. Noutras palavras, se, no arranjo normativo observado no direito positivo brasileiro, a tutela da confiança da contraparte é prezada em detrimento de eventual demanda de justiça contratual e de equilíbrio das prestações, corrobora-se o argumento da centralidade deste valor como a base pública de justificação do direito contratual brasileiro.

Por outro lado, no entanto, referidas regras podem ser interpretadas como sendo, elas mesmas, manifestações da tutela da confiança. Esse raciocínio se baseia na noção de manutenção da base objetiva do negócio jurídico, solução oferecida pela doutrina alemã, nomeadamente por Karl Larenz, à problemática da alteração das circunstâncias.

O desenvolvimento teórico dessa perspectiva é vinculado justamente à concreção da cláusula geral de boa-fé objetiva²⁹³, a qual, conceitualmente, vincula-se à proteção da confiança. A noção de base objetiva do contrato atenta-se, conforme ensina o próprio Larenz, ao “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência o contrato devidamente pressupõe – saibam ou não os contratantes –, já que, não sendo assim, não se lograria alcançar o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria «sentido, fim ou objeto»”²⁹⁴.

se citações de autores estrangeiros. Contudo, abre-se a ressalva ao presente texto que, em que pese ser de autoria de um autor português, tem por objeto a análise do ordenamento jurídico.

293 LARENZ, KARL. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contractos**. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 167.

294 Tradução livre. No original: “conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes –, ya que, de no ser así, no se lograria el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría «sentido, fin u objeto»”. LARENZ, KARL. **Base del negocio jurídico**

Nessa perspectiva, a manutenção das circunstâncias negociais inferidas no momento da pactuação, extraída da representação comum de ambas as partes acerca do objeto da contratação, exigiria, para a tutela da confiança de ambas as partes – mas, sobretudo da parte prejudicada pelo desequilíbrio superveniente –, a eventual readequação do programa contratual em razão da alteração das circunstâncias. Fabio Queiroz Pereira resume a fundamentação da resolução/revisão de contratos na cláusula geral de boa-fé objetiva da seguinte maneira:

O referido princípio [da boa-fé objetiva] estabelece a necessidade de se atuar em consonância com um comportamento eleito como o padrão adequado. Manter o vínculo contratual inalterado, na hipótese aventada [de alteração de circunstâncias], parece ser de todo iníquo. Não possibilitar solução diversa ao devedor que não se sucumbir ao cumprimento do pactuado fere a boa fé; trata-se de um comportamento socialmente condenável. Assim, deve-se diante das vicissitudes de cada caso concreto operar um juízo revisional que consiga aproximar-se das vontades emanadas pelas partes no momento de formação do contrato, adequando-se, por conseguinte, aos ideais de justiça material que devem prevalecer²⁹⁵.

Essa é a visão sustentada, por exemplo, por Clóvis do Couto e no que se refere à compreensão dos princípios subjacentes às

y cumplimiento de los contractos. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 34.

295 PEREIRA, Fabio Queiroz. **A alteração de circunstâncias contratuais como fenômeno jurídico**: bases teóricas e reflexos em Portugal e no Brasil. 2009. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. p. 140. Em sentido aproximado, cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 31, pp. 12-24, jan./mar. 2006. p. 15.

relativizações da obrigatoriedade contratual decorrente de alterações supervenientes de circunstâncias²⁹⁶.

O principal dispositivo presente Código Civil brasileiro que oferece remédios à alteração das circunstâncias contratuais parece pender para a primeira perspectiva. A redação do art. 478 do Código²⁹⁷, inspirada no art. 1467 do Código Civil italiano de 1942²⁹⁸, estrutura-se de forma erigir o valor do equilíbrio das prestações com uma razão de se relativizar a obrigatoriedade contratual. Não há, *a priori*, em sua tessitura normativa elementos que remetam ao substrato teórico da base objetiva e, portanto, não parece se fundar em considerações de boa-fé objetiva e proteção da confiança²⁹⁹. O art. 478, à exemplo de sua inspiração italiana, abre margem à relativização da obrigatoriedade contratual atento a considerações de manutenção do sinalagma e do

296 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 655, pp. 7-11, maio 1990. p. 11;

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

298 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Parecer: natureza jurídica do contrato de consórcio... **Revista dos Tribunais**, vol. 832, pp. 115-137, fev. 2005. p. 127; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 31, pp. 12-24, jan./mar. 2006. pp. 17-18. A redação do art. 1467 do Código Civil italiano é a seguinte: “*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto’.* ITÁLIA. Codice Civile. Roma: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>>. Acesso em novembro de 2020. Em tradução livre: “Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa por conta de um evento extraordinário e imprevisível, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art. 1458. A resolução não pode ser requerida se a onerosidade superveniente está contida na álea normal do contrato. A parte contra a qual a resolução é requerida pode evitá-la oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato’.

299 Nesse sentido, em uma análise comparativa, VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2018. p. 241.

equilíbrio contratual³⁰⁰, estando a proteção da confiança – representada pela obrigatoriedade – em tensão com esses valores.

Entretanto, da mesma forma como ocorre com os defeitos genéticos do contrato, esse valor cede espaço à primazia da tutela da confiança, haja vista o direito contratual brasileiro estatuir requisitos muito específicos e inalcançáveis pela parte onerada quando a resolução/revisão pretendida possa vulnerar a confiança legítima depositada pela parte beneficiada pela alteração das circunstâncias³⁰¹. Verifica-se que o art. 478 coloca uma série de condicionantes bastantes rígidas à relativização da obrigatoriedade contratual pela revisão por onerosidade excessiva. A primeira delas é a exigência de acontecimentos ‘extraordinários e imprevisíveis’. Referidas expressões, colocadas em conjunto, parecem significar um direcionamento da norma no sentido de reduzir o espectro de circunstâncias imprevisíveis que autorizam a resolução por excessiva onerosidade.

A relativização pela via do art. 478 do Código Civil somente se afigura possível se o evento imprevisível que ocasiona a onerosidade seja extraordinário, ou seja, fuja do curso normal dos acontecimentos esperados em determinado contexto negocial³⁰². Destarte, toda e qualquer desproporção que se coloque dentro do horizonte objetivo passível de cogitação das partes não autoriza revisão ou resolução do vínculo. Apenas aqueles que se coloquem para além desse horizonte

300 PEREIRA, Fabio Queiroz. **A alteração de circunstâncias contratuais como fenômeno jurídico**: bases teóricas e reflexos em Portugal e no Brasil. 2009. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. p. 55.

301 José de Oliveira Ascensão destaca a rigidez dos requisitos autorizadores da revisão ou resolução contratual por conta de alterações de circunstâncias, sobretudo no que se refere à compreensão de que apenas o desequilíbrio “manifesto” admitiria a intervenção judicial. O autor reputa essa rigidez como a marca de uma consideração do ordenamento pela “segurança jurídica”. Na perspectiva ora sustentada, contudo, tem-se que esse diagnóstico de Ascensão bem pode servir para corroborar a centralidade da tutela da confiança no tráfego negocial. A propósito, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. **Revista Pensar**, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008. pp. 15-16.

302 PEREIRA, Fabio Queiroz. Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020. p. 389.

e sejam reconhecidamente incomuns às circunstâncias do contexto relevante do negócio se prestam à relativização do vínculo contratual³⁰³.

O art. 478, no entanto, não se limita a esse requisito, já bastante exigente. O Código Civil brasileiro, inovando em relação à sua inspiração italiana, estatui como requisito adicional à resolução por onerosidade excessiva a necessidade de haver extrema vantagem³⁰⁴. A resolução apenas será autorizada na hipótese de a desproporção que onera a parte prejudicada venha a trazer à contraparte uma vantagem incompatível com a normalidade da transação contratual entabulada. Exige-se, para autorizar a interferência na esfera do credor, que este seja beneficiado para além do que se poderia ter como ordinário no arranjo contratual em questão. Nesse sentido, apenas se a situação de excessiva onerosidade levar o programa contratual a exceder às expectativas, de modo que a confiança depositada seja recompensada com vantagens excessivas em detrimento de prejuízos alheios, a resolução é autorizada.

Sente-se, nessa inovação trazida pelo Código Civil brasileiro, um influxo subjacente, ainda que não revelado na literalidade do dispositivo, da noção básica de base objetiva, que reputa contrário à boa-fé exigir um contrato em uma situação de manifesta alteração das circunstâncias em que o negócio foi entabulado³⁰⁵. Reforça essa

303 Nesse sentido foi, inclusive, o argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para impedir a revisão de contratos do agronegócio relacionados a venda futura de safra de soja, cujo preço foi severamente elevado em razão de um surto da praga “ferrugem asiática”. O Tribunal argumentou que a revisão não seria devida pois a elevação do preço em decorrência de pragas na lavoura não seria um acontecimento extraordinário a justificar a revisão do contrato. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 866414. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 20/06/2013, publicado no DJe em 02/08/2013.

304 PEREIRA, Fabio Queiroz. **A alteração de circunstâncias contratuais como fenômeno jurídico**: bases teóricas e reflexos em Portugal e no Brasil. 2009. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. p. 126.

305 Nesse ponto, analisando a formação da teoria da base objetiva do negócio jurídico no contexto alemão, cf. VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2018. p. 234.

linha de argumentação a previsão do art. 479³⁰⁶, que faculta ao credor evitar a resolução caso este se disponha à modificação equitativa do contrato. Em outras palavras, pode-se interpretar que, caso o credor se disponha a recolocar o programa contratual nos termos de sua base objetiva inicial, renunciando a tudo aquilo que as circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis, por obra do azar, lhe atribuíram como vantagem excessiva, este, por estar agindo em conformidade com a boa-fé, não poderia ser sancionado com a resolução do vínculo contratual. Por outro lado, não se dispondo a esse comportamento compatível com o padrão objetivo de probidade exigido no tráfego jurídico, sua confiança no cumprimento do contrato que lhe ocasionará ganhos excessivos não é legítima, pois contrasta com o padrão de boa-fé, sendo passível de ser sancionada pela resolução contratual.

O outro dispositivo do Código Civil brasileiro a tratar de alterações das circunstâncias é o art. 317³⁰⁷. Destaca-se que, na idealização inicial do projeto do Código Civil de 2002, o art. 317 visava endereçar especificamente a situação das prestações pecuniárias que se desvalorizam em razão de alterações no valor da moeda³⁰⁸. A

306 Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

307 Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

308 Nesse sentido, PEREIRA, Fabio Queiroz. Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020. pp. 386-387. Curiosamente, apesar da origem histórica do instituto ligar-se à desvalorização monetária decorrente de perdas inflacionárias, a tendência jurisprudencial consolidada é no sentido de não considerar esse fato um motivo imprevisível suficiente a atrair a incidência do art. 317. Essa linha hermenêutica foi, inclusive, positivada no art. 7º da Lei n. 14.010/2020, o qual ofereceu balizas para uniformizar a aplicação do dispositivo, em razão do aumento do número de demandas fundadas em alteração das circunstâncias em razão da pandemia da COVID-19. Nesse sentido, cf. CARNAÚBA, Daniel Amaral; DIAS, Daniel P. N.; REINIG, Guilherme H. L. O RJET e a teoria de imprevisão: entendendo o artigo 7º do projeto. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de maio de 2020. Disponível em: <ConJur - O RJET e a teoria de imprevisão: entendendo o artigo 7º>. Acesso em dezembro de 2020. Fabio Queiroz Pereira formula críticas à opção legislativa do no art. 7º da Lei n. 14.010/2020. Na visão do autor, embora consoante à interpretação atualmente conferida ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça, referida baliza hermenêutica de

análise seria feita pela simples desproporção entre o valor objetivo da prestação no momento da pactuação comparativamente ao momento do pagamento, constituindo uma verdadeira cláusula implícita *ex lege* de correção monetária³⁰⁹. Contudo, o projeto foi alterado, tendo sido, por um lado, ampliada a sua abrangência no que se refere à subtração da limitação a situações de perdas inflacionárias, e, por outro, limitada, com a inserção do requisito da imprevisibilidade do motivo³¹⁰.

A redação do dispositivo estatui a necessidade de uma desproporção “manifesta” para autorizar o juízo revisional da prestação desvalorizada. Essa, expressão, “desproporção manifesta”, já abordada a propósito do vício da lesão, evoca um padrão de conduta objetivo, baseado na noção de boa-fé. A desproporção manifesta é aquela passível de ser percebida de maneira indubitável por qualquer contraparte de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Fabio Queiroz Pereira afirma que o próprio requisito da imprevisibilidade detém em si um elemento que invoca um padrão de conduta na perspectiva do objetivamente razoável³¹¹. Essa relevância de fatores objetivos que remetem a um padrão de conduta, presente do art. 317 do Código Civil, leva alguns autores, como Gabriel Khayat e Gustavo Saad Diniz³¹² a afirmar, inclusive, que referido dispositivo,

natureza legislativa teria a desvantagem de engessar a possibilidade de aplicação das normas revisionais, sendo especificamente problemática no que se refere à limitação da aplicação do art. 317 do Código Civil, o qual, historicamente, visava solucionar justamente questões envolvendo desvalorização monetária e fluxos inflacionários. A propósito, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz. Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020. pp. 396-397.

309 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Regras gerais do direito das obrigações no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 44, pp. 153-182, jan./jun., 2004. p. 173.

310 PEREIRA, Fabio Queiroz. Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020. pp. 386-387.

311 PEREIRA, Fabio Queiroz. Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020. pp. 388.

312 KAHYAT, Gabriel Fernandes; DINIZ, Gustavo Saad. A necessário estudo do artigo 437 do Código Civil português. **Revista de Direito Privado**, vol. 98, pp. 227-251, mar./abr. 2019.

ao contrário do art. 478, teria adotado a teoria da base objetiva do negócio jurídico. A “correção monetária *ex lege*” do art. 317 seria justificada, portanto, na ideia de tutela da confiança das partes, a qual seria vulnerada caso fosse exigido o cumprimento da prestação manifestamente alterada sem os adequados ajustes.

Tem-se, então, a partir da interpretação dada aos arts. 478 e 317 do Código Civil, que o regramento da alteração superveniente de circunstâncias negociais também prestigia a proteção da confiança. Isso se observa na primazia desse valor em relação aos demais, relacionados ao equilíbrio contratual, que se deduz da presença de requisitos estritos e de difícil configuração para a relativização da obrigatoriedade. Essa mesma preocupação é inferida, também, por outro lado, do fato de que as normas que permitem a revisão ou exigem elementos que indicam a desconformidade da parte confiante (no caso, o credor) com um padrão objetivo de conduta, pautado pela noção de boa-fé objetiva, de modo que a relativização da obrigatoriedade depende de uma desconfiguração da legitimidade da confiança depositada.

D) A PERSPECTIVA DO ADIMPLEMENTO SATISFATÓRIO, GARANTIAS IMPLÍCITAS E DEVERES ANEXOS PÓS-CONTRATUAIS NECESSÁRIOS À SATISFAÇÃO MATERIAL DO CREDOR

Também na disciplina das garantias implícitas pode-se vislumbrar a atuação da confiança como o fundamento do direito contratual. A ideia de que aquilo que há de mais importante em uma relação contratual é o atendimento aos interesses das partes sobre o objeto da obrigação, e não propriamente a vinculação a uma conduta determinada, sob pena de sanção jurídica, está no cerne da renovação do direito obrigacional brasileiro. A perspectiva de que a relação obrigacional estaria polarizada pelo adimplemento, e serviria a atender às legítimas expectativas de satisfação material das partes foi desenvolvida por Clóvis do Couto e Silva, o qual, para sustentar sua

tese, valeu-se da ideia de boa-fé objetiva como cláusula geral e fonte de deveres heterônomos a conformar o comportamento das partes ao imperativo da satisfação do crédito³¹³. Nas palavras do autor:

Da concreção desse princípio [da boa-fé] resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal³¹⁴.

As ideias de Couto e Silva, por sua ampla difusão, naturalizaram a boa-fé objetiva como princípio jurídico na doutrina brasileira, interpretando essa cláusula geral como o veículo pelo qual se permitiria um controle material dos objetivos das relações obrigacionais entabuladas entre privados³¹⁵. A análise subjacente a esse controle dá-se sob o prisma de padrões de conduta de agentes leais e probos, inseridos nas mesmas circunstâncias em que se desenrolou a relação em questão. Nessa perspectiva, desde a incorporação, pela doutrina e pela jurisprudência, das propostas de Couto e Silva quanto à análise e ao controle da satisfatividade do adimplemento contratual, tem-se que, no Brasil, a avaliação do adimplemento é permeada pela noção de confiança legítima – especificamente confiança legítima nas

313 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. *passim*.

314 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 169.

315 Nesse sentido, destacando a importância de Clóvis do Couto e Silva, ao lado de outros dois autores que o seguiram, Antônio Junqueira de Azevedo e Judith Martins-Costa, para a consolidação doutrinária da boa-fé objetiva e da noção de cláusulas gerais, cf. ZANETTI, Cristiano de Souza. Os três tempos do Código Civil de 1916: a boa-fé contratual. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 112, pp. 583-601, jan./dez. 2017. pp. 596-597.

representações das partes no que se refere aos objetivos, atributos e vantagens inerentes ao objeto da obrigação.

Colocando em termos mais simples, pode-se dizer que é pacífica no direito brasileiro a ideia de que o adimplemento contratual verifica-se não quando cumprido o verbo nuclear da descrição do comando obrigacional pactuado (o *dar*, o *fazer* ou o *não fazer*), mas, sim, quando as legítimas expectativas em que o credor depositou sobre as características do objeto da prestação são atendidas³¹⁶. É nesse sentido que Anderson Schreiber identifica que a concreção da boa-fé objetiva promoveu uma transformação conceitual do adimplemento³¹⁷, no sentido de que o cumprimento da obrigação não se verifica pela execução do verbo núcleo que representa a conduta vinculada à prestação, mas sim pelo atendimento às expectativas legítimas do credor no resultado material da avença³¹⁸.

Por expectativas legítimas, nesse contexto, entende-se aquelas objetivamente avaliadas de acordo com as circunstâncias de um sujeito diligente e probo inserido no contexto em que se opera a transação³¹⁹. Entretanto, sempre que o adimplemento de uma obrigação contratual envolver o compromisso de materialização de um ativo (bem ou direito) ao patrimônio do credor, coloca-se a questão de eventuais conflitos que podem surgir quando a qualidade ou quantidade de tal ativo divirja em relação àquilo que se tinha por expectativa, de modo apenas verificável em momento posterior ao pagamento e à extinção formal do vínculo contratual.

Nesse contexto têm relevância a disciplina das garantias implícitas³²⁰. Essa expressão designa um gênero de remédios jurídicos

316 No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 32, pp. 3-27, s/a. p. 9.

317 SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 32, pp. 3-27, s/a. *passim*.

318 SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 32, pp. 3-27, s/a. p. 15.

319 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 42; 442-443.

320 BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pp. 69-91, jan./mar. 1994.

destinados a assegurar que a prestação prometida, mesmo após o pagamento, corresponda materialmente à representação na qual o credor confiou e que o levou a contratar segundo as condições colocadas no contrato, sobretudo o preço³²¹. As duas figuras clássicas de garantias implícitas são os vícios redibitórios e a evicção³²². A primeira garante remédio jurídico ao credor caso o objeto da prestação apresente vícios materiais que se manifestem em momento posterior ao adimplemento³²³. A segunda o garante contra vícios jurídicos³²⁴, o que significa dizer que se dá a evicção quando o credor é privado do bem ou do direito adquirido em razão de um terceiro com melhor título lhe ter reivindicado o objeto da prestação³²⁵.

Os vícios redibitórios e a evicção, por estarem expressamente previstos na legislação são o que se pode chamar de garantias implícitas típicas. A par dessas figuras, aqui agrupadas na mesma categoria das garantias implícitas, pois buscam o mesmo escopo, estão os deveres anexos que visam à satisfação material do credor relativamente ao objeto da prestação³²⁶. Deveres anexos de cooperação, lealdade e informação, os quais são pela doutrina identificados como emanções da boa-fé objetiva³²⁷, desempenham funções de garantias implícitas em casos nos quais as figuras clássicas dos vícios redibitórios e da evicção

p. 80.

321 Anelise Becker relaciona à ideia de garantias implícitas na qualidade do produto, além da confiança legítima, à própria comutatividade contratual, segundo a expressão “*sound price implies a warranty of a sound commodity*” BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pp. 69-91, jan./mar. 1994. p. 80.

322 Expressamente previstas no Código Civil nos arts. 441 a 457.

323 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Atual. Caitlin Mulholland. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 37.

324 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Atual. Caitlin Mulholland. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 46.

325 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Atual. Caitlin Mulholland. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 46.

326 Para a conceituação dos deveres anexos e sua distinção relativamente aos deveres de proteção, cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 239.

327 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 239.

não alcançam a amplitude necessária para tutelar os interesses do credor na satisfação material decorrente da prestação. Por não estarem predeterminadas em lei, é possível classificar essas figuras como garantias implícitas atípicas. Sua atipicidade não implica, contudo, ausência de base normativa. Todos esses deveres detêm positividade, a qual deriva da cláusula geral de boa-fé, podendo ser reconduzida sua base legal aos arts. 113, 187 ou 422 do Código Civil, conforme o caso³²⁸.

A noção de confiança permeia o regramento das garantias implícitas, sejam as típicas, sejam as atípicas. Se o contrato obriga porque a promessa de prestação contratual enseja confiança legítima que merece tutela jurídica, esta tutela deve ser calibrada para atender à confiança despertada segundo padrões de razoabilidade. Isso significa dizer que, sendo a confiança do credor o fundamento de se coagir o devedor à prestação, o que se entende por *prestação* não pode tomar por parâmetro critérios formalistas ou voluntaristas. Quando partes contratam, a expectativa (portanto, a representação sobre a qual se induz confiança) é não um *dar*, um *fazer* ou um *não fazer* abstrato que, conjugado o verbo, se esgota. O objeto da representação que enseja confiança é uma determinada utilidade material razoavelmente esperada no contexto negocial no qual a transação se desenvolve, podendo ser objetivamente avaliada pelas partes e, em caso de litígio, por um terceiro imparcial.

Simples exemplos auxiliam a compreensão. Em um contrato de compra e venda de um telefone celular, espera-se do vendedor não apenas que *dê* o celular ao comprador. Espera-se que o bem entregue tenha determinados atributos. Por exemplo, que possa servir para fazer ligações. Eventualmente, a depender do modelo e geração, que tenha determinadas funcionalidades. Espera-se que sua vida útil prolongue-se por determinado tempo e, talvez, o mais importante, que o comprador possa apropriar-se dele com a tranquilidade de que o bem adquirido não pertença a um terceiro que venha reivindicá-lo. Se o celular adquirido detiver um grave e insanável erro de programação

328 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 565.

que impede o comprador de utilizar de suas funcionalidades mais básicas, os vícios redibitórios funcionam bem para remediar a situação³²⁹. Se ocorrer de o celular em questão ter sido adquirido pelo vendedor como produto de um furto, caso o legítimo proprietário comprovar judicialmente que o bem era furtado e conseguir uma tutela para reaver a posse, tem-se a evicção.

Essas garantias implícitas típicas garantem que, havendo uma dissonância entre a prestação realizada e a expectativa de satisfação material, cabe remédio jurídico a socorrer o comprador. A rigor, nesses casos, a prestação é *prima facie* executada, extinguindo-se o vínculo obrigacional. Entretanto, essa execução não corresponde, de fato, à expectativa, razão pela qual, com a manifestação do vício (material ou jurídico), tem-se a frustração da confiança.

Uma teoria da confiança levada às últimas consequências determinaria que a frustração das legítimas expectativas depositadas na satisfatividade material da prestação em razão de um vício de qualidade do objeto manifestado após a extinção da relação obrigacional, a ensejar a incidência das garantias implícitas, levaria à mesma consequência jurídica do inadimplemento: cumprimento forçado, quando possível, ou resolução, além da indenização por perdas e danos. Entretanto, para os vícios redibitórios, o Código Civil oferece como remédio *sui generis* à disposição do adquirente a possibilidade de abatimento no preço (art. 442). A disposição desse remédio faz sentido, dado o momento temporal em que a frustração da confiança se dá, mas não parece autorizar o cumprimento forçado, que, no caso, se daria pelo saneamento do vício ou a substituição da coisa por uma equivalente em perfeitas condições³³⁰.

329 Caso o comprador seja enquadrado como consumidor e o vendedor seja fornecedor, ou seja, tenha por atividade econômica a comercialização de mercadorias, tem-se a aplicação do regime dos vícios do produto do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, cuja lógica não destoa da argumentação acima declinada.

330 No regramento consumerista o saneamento do vício, que equivaleria uma “correção forçada” do adimplemento não apenas é possível, como é pressuposto à rejeição da coisa (que equivale à resolução) ou ao abatimento no preço, conforme o §1º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. A substituição pelo equivalente é também uma possibilidade, a teor do art. 18, §1º, I. Daí Anelise Becker identificar

Além disso, o regramento dos vícios redibitórios no Código Civil exige o conhecimento prévio do defeito por parte do devedor para que seja cabível a indenização por perdas e danos (art. 443). Esse elemento de subjetividade necessário a que o vício redibitório de uma prestação enseje o dever de indenizar destoa da teoria da confiança que parece permear o direito contratual brasileiro. Entretanto, exemplo de que essa opção legislativa foge à normalidade é a crítica destinada ao dispositivo pela doutrina. Marco Catalan, comentando o art. 443 do Código Civil, argumenta que:

[a] solução afronta sistematicamente o Direito pátrio, pois, ao não impor ao alienante o dever de reparar os danos causados ao *accipiens*, inverte-se toda a construção teórica, toda a lógica que informa a responsabilidade contratual, desprotegendo a vítima, mormente porque, ainda que o vendedor desconheça o defeito, os danos havidos são imputáveis à sua conduta, são correlatos à entrega de um bem viciado³³¹.

Essa disposição exótica, diante da crítica que a ela se formula, acaba por configurar uma exceção que confirma a regra. O regramento da evicção, por outro lado, é totalmente coerente com a teoria da confiança. O cumprimento específico de um contrato em que o objeto da prestação é evicto é sempre impossível, pois não tem o devedor legitimidade jurídica seja para recuperá-lo ao seu legítimo titular e devolvê-lo ao credor. Tampouco estará em sua esfera de controle o saneamento do vício – por exemplo, com a aquisição do bem para regularizar a titularidade do comprador – pois isso dependeria da

a insuficiência desta garantia implícita “clássica” para a regulação das relações consumeristas, na qual prevalece a teoria da qualidade, que permite essa “correção forçada” ou a exigência da substituição da coisa por uma em perfeito estado. BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pp. 69-91, jan./mar. 1994. nota 81.

331 CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 77.

participação de terceiros que podem recusar-se a cooperar. O direito a indenização pelas perdas e danos decorrentes da evicção, no entanto, é garantido. Isso é coerente com a premissa de que a obrigatoriedade contratual visa tutelar a confiança do credor de que suas expectativas legítimas serão atendidas com o adimplemento satisfatório e, frustrando-se essa representação, o Estado garantirá a satisfação de seu interesse positivo, colocando-o na mesma posição que estaria caso o contrato se tivesse cumprido.

A tutela da confiança não se contenta, entretanto, apenas com as garantias implícitas tipificadas em lei. Os deveres de boa-fé também impõem, casuisticamente, fundadas em um *standard* de expectativa legítima, garantias implícitas atípicas, ou seja, que não podem ser adequadamente caracterizadas como evicção ou vícios redibitórios e tampouco contam com qualquer suporte em garantias especiais derivadas do tipo contratual. Essas garantias atuam quando o resultado material da prestação, após a extinção do vínculo contratual, não se compatibiliza com as representações do credor relativamente às qualidades do objeto da prestação, frustrando, assim a sua confiança.

Um exemplo da atuação de uma garantia implícita dessa natureza pode ser inferido do clássico exemplo trazido por Antônio Junqueira de Azevedo, ao criticar a ausência de previsão expressa da responsabilidade contratual *post factum finitum* no projeto daquele que viria a ser o Código Civil de 2002. O autor narra:

O proprietário de um imóvel vendeu-o e o comprador o adquiriu por este ter uma bela vista sobre um vale muito grande, construindo ali uma bela residência, que valia seis vezes o valor do terreno. A verdade é que o vendedor gabou a vista e aí fez a transferência do imóvel para o comprador — negócio acabado. Depois, o ex-proprietário, o vendedor foi à prefeitura municipal, verificou que não havia a possibilidade de construir um prédio em frente, mas adquiriu o prédio em frente ao que tinha vendido e conseguiu na prefeitura a alteração do plano diretor da cidade,

permitindo ali uma construção. Quer dizer, ele construiu um prédio que tapava a vista do próprio terreno que havia vendido ao outro — esse não era ato literalmente ilícito. Ele primeiramente vendeu, cumpriu a sua parte. Depois, comprou outro terreno, foi à prefeitura, mudou o plano, e aí construiu. A única solução para o caso é aplicar a regra da boa-fé. Ele faltou com a lealdade no contrato que já estava acabado. É, portanto, *post pactum finitum*³³².

Nas garantias implícitas atípicas, o papel da confiança é total. De fato, sua concretização no direito positivo, pela atividade criativa da jurisprudência, decorre de um imperativo de proteção de situações de confiança legítima que, não fosse essa tutela atípica, ficariam desassistidas. Mauricio Mota lista uma série de exemplos de deveres pós-contratuais derivados de imperativos de boa-fé, os quais constituem verdadeiras garantias implícitas atípicas, dentre eles “o dever pós-eficaz decorrente do contrato de venda de máquinas específicas e dispendiosas, onde, mesmo sem cláusula expressa, o vendedor tem a obrigação de fornecer ao comprador as peças sobressalentes”³³³ e “o dever do vendedor, no trepasse do estabelecimento, de não se restabelecer por um prazo determinado e numa área geográfica delimitada, no mesmo ramo de atividade, de modo a não retirar toda ou parte da clientela, privando o comprador do resultado da coisa vendida”³³⁴.

Na jurisprudência, tem-se o precedente do REsp 1717112-RN, no qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o contrato de seguro obrigatório vinculado ao empréstimo para a aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação possui eficácia pós-contratual,

332 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, vol. 3, n. 9, pp. 40-44, set./dez. 1999. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/237>>. Acesso em agosto de 2020.

333 MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 4, n. 1, pp. 351-423, 2011, p. 417.

334 MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 4, n. 1, pp. 351-423, 2011, p. 418.

devendo cobrir sinistros decorrentes de defeitos da construção, ainda que esses defeitos se manifestem apenas posteriormente à quitação do empréstimo. No caso, um edifício residencial, cujas unidades foram adquiridas pelos compradores com financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação ameaçava ruína por defeitos de construção. O financiamento era vinculado a um seguro obrigatório que garantia indenização por vícios de construção. Contudo, o contrato de financiamento havia sido integralmente pago de forma antecipada pelos compradores, antes do aparecimento dos defeitos da construção, razão pela qual o contrato de seguro, a ele acessório, também teria se extinguido. De qualquer forma, tendo tomado ciência do risco de ruína, os compradores acionaram a seguradora Federal de Seguros S/A para cobrirem os danos. A seguradora negou o pagamento do benefício, afirmando que, com a quitação do mútuo, extinguiu-se a garantia do seguro. Levado o caso ao Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Turma, por maioria, decidiu, nos termos do voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, que, em que pese a extinção do vínculo contratual, o contrato de seguro, em razão das imposições de boa-fé e das expectativas nutridas pelos segurados, mantém sua eficácia quanto aos danos decorrentes de defeitos de construção que, por sua natureza oculta, somente venham a se manifestar após o término do contrato³³⁵.

A existência de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que ampliam o espectro de garantias implícitas com base nas cláusulas gerais demonstra uma tendência de interpretação do contrato como um verdadeiro mecanismo de assegurar as expectativas legítimas das partes no adimplemento satisfatório, mesmo após a extinção do vínculo formal da relação jurídica, acusando, também aqui, o valor subjacente da proteção da confiança como substrato normativo que permeia os institutos do direito contratual brasileiro.

335 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1717112-RN. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 25/09/2018, publicado no DJe em 11/10/2018.

E) SÍNTESE DO DIAGNÓSTICO: A CONFIANÇA COMO VALOR SUBJACENTE AO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

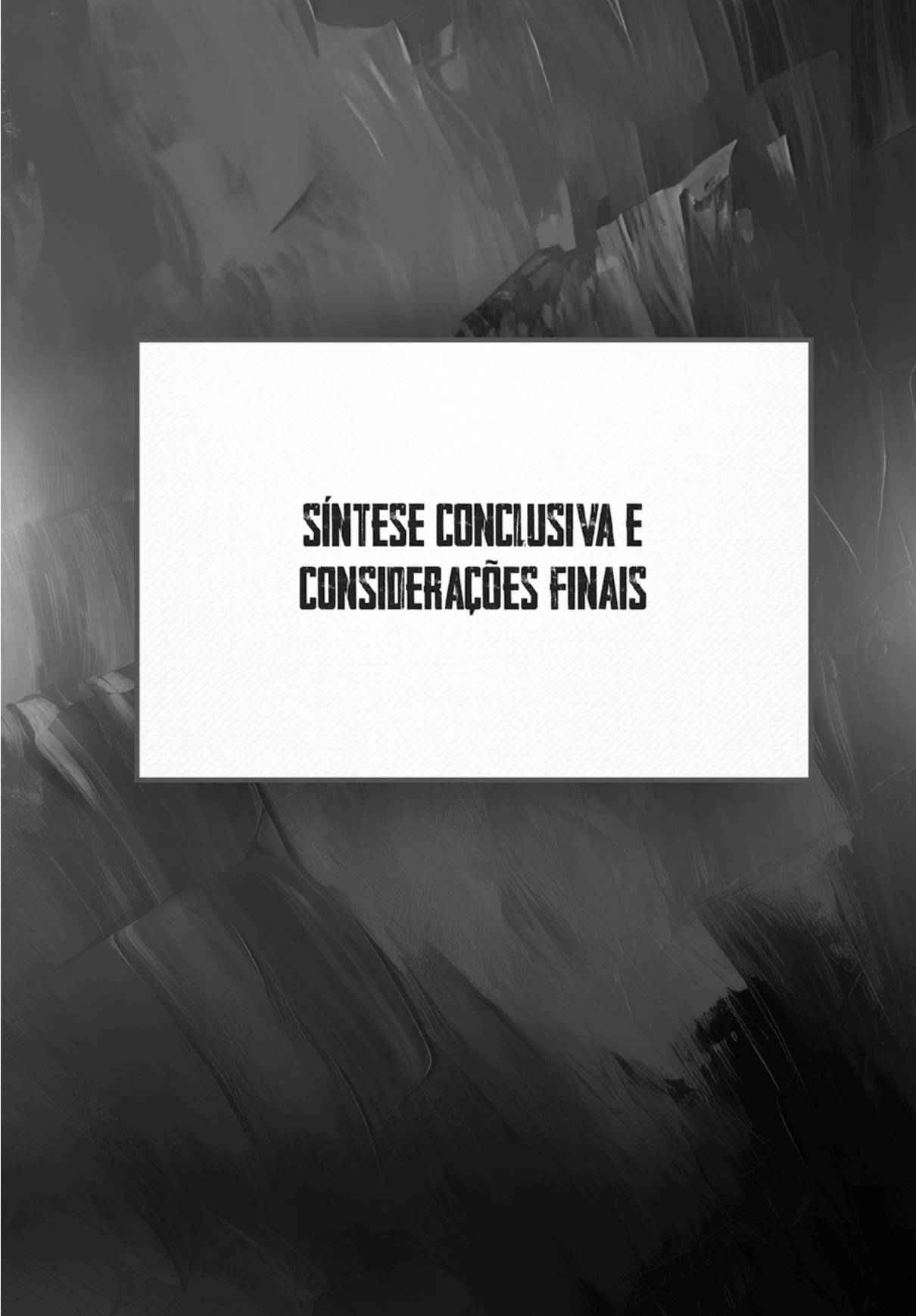
Após passar em revista aos institutos presentes em diversos momentos do direito contratual brasileiro, verifica-se que, A) desde as normas relativas ao período pré-contratual e ao momento da gênese do contrato, B) passando pelas normas que autorizam a relativização da obrigatoriedade contratual em razão de vícios genéticos e C) pelos institutos que permitem a revisão ou a resolução do vínculo contratual em razão de alterações de circunstâncias, D) bem como pelas que estabelecem os critérios a uma extinção satisfatória e dispõem sobre as garantias implícitas da satisfatividade da prestação no período pós-contratual, tudo está permeado pela ideia de proteção da confiança.

Viu-se que o momento pré-contratual não vincula, salvo se o comportamento das partes induzir uma confiança legítima de que o contrato viria a ser celebrado, de modo a causar prejuízos, alguns dos quais, inclusive, apenas poderão ser adequadamente compensados indenizando-se o interesse positivo. A relação contratual já constituída apenas poderá ser relativizada por vícios genéticos ou por alterações supervenientes de circunstâncias caso a tutela do valor subjacente ao vício se baseie ou, ao menos, não vulnere a confiança legítima depositada pela contraparte. A renovação conceitual do adimplemento impõe que a aferição da satisfatividade da prestação se dê não pela realização da conduta comandada pelo verbo núcleo da obrigação principal (dar, fazer ou não fazer), mas sim pelo atendimento às legítimas expectativas de satisfação material depositadas pelo credor, a qual é projetada, inclusive para além da extinção do vínculo contratual, atuando também nas figuras das garantias implícitas típicas e atípicas existentes no direito contratual brasileiro.

Dessa análise conclui-se que a segunda variável necessária à confirmação da hipótese de que a confiança presta-se a oferecer uma base pública de justificação, ou seja, a sua presença na estrutura positiva do direito contratual vigente, está demonstrada. A confiança é um valor imbrincado na estrutura do direito contratual brasileiro,

que, em institutos centrais de seu regramento, demonstra a relevância deste princípio.

Henry Colombi



SÍNTESE CONCLUSIVA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Henry Colombi

Contrato e Confiança

Retomando-se os pontos abordados ao longo do texto, verifica-se que, no capítulo 1, após passar em revista o panorama da evolução histórica da teoria contratual, comumente apresentado pela doutrina, demonstrou-se que a passagem de um “paradigma individualista” para um “paradigma solidarista” não representou uma evolução em termos de fundamento teórico do direito contratual. Prevalece, ainda hoje, um modelo explicativo e justificatório voluntarista, o qual é mitigado por considerações solidaristas, que atuam de modo accidental. Trata-se, em suma, de um amálgama conceitual, no qual a fundamentação de base segue apegada a noções voluntaristas ligadas à autonomia da vontade, enquanto os influxos solidaristas figuram apenas como um limite a derrogar, em situações pontuais, o esquema geral subjacente.

Ainda no capítulo 1, foi identificado, em manifestações da literatura nacional, um possível caminho teórico alternativo para explicar e justificar o direito contratual brasileiro, baseado na ideia de proteção da confiança. No capítulo 2, buscou-se refinar essa ideia, já observada na doutrina brasileira, com base em contribuições dos desenvolvimentos teóricos da *reliance theory* do *common law*. Além de examinar as contribuições dos autores ligados àquela tradição, propôs-se, também, aprimorar a metodologia de reflexão teórica sobre o direito contratual com base em propostas contemporâneas.

Demonstrou-se que as reflexões acerca da teoria da confiança foram deixadas de lado no debate teórico do *common law*, sem que seus argumentos tivessem sido refutados a contento. Nesse contexto, foi proposto um resgate de referidas ideias, revisitando-as com base nos refinamentos metodológicos atuais, de modo a testar o potencial da teoria da confiança como justificativa ao direito contratual brasileiro. Por essa proposta, formulada por Peter Benson, os atributos de uma teoria que se preste a oferecer uma base pública de justificação são (i) a aceitabilidade moral, pautada na lógica do razoável e (ii) a compatibilidade com o direito positivo vigente.

Nessa perspectiva, a aceitabilidade moral da teoria da confiança foi evidenciada, que se revela coetânea às premissas liberais do princípio do dano de Stuart Mill, pelo qual a coerção estatal sobre a

esfera de um indivíduo somente se justifica para evitar ou reprimir a ocorrência de um dano na esfera de outrem. Sustentou-se, inclusive, que a teoria da confiança detém um potencial justificatório superior a teorias concorrentes, hoje em voga no debate da *common law*. Enfim, no capítulo 3, procedeu-se à testagem da compatibilidade da ideia de proteção da confiança com o direito contratual positivo brasileiro, tendo sido demonstrado que os institutos centrais desse campo jurídico se organizam em torno desse valor. Desde o regramento da responsabilidade pré-contratual e da formação do contrato, passando pelos vícios genéticos e pela alteração das circunstâncias supervenientes que afetam o programa negocial, até as normas relativas ao cumprimento satisfatório da prestação e das garantias implícitas, verifica-se que a proteção da confiança é a ideia subjacente ao direito contratual brasileiro.

A hipótese levantada é a de que a teoria da confiança é um modelo adequado para explicar e justificar o direito contratual brasileiro. Para testar a referida hipótese, elegeu-se como metodologia a perspectiva bensoniana da busca de uma base pública de justificação. Combinando a conclusão normativa a que se chegou no capítulo 2, acerca da plausibilidade moral do princípio, com a constatação, no capítulo 3, da adequabilidade da confiança do ponto de vista interpretativo quanto à estrutura do direito positivo, confirma-se a hipótese de que *a confiança constitui a base pública de justificação do direito contratual brasileiro e, portanto, é um modelo explicativo e justificatório mais adequado à compreensão desse segmento do direito em comparação com modelo do “voluntarismo mitigado” dominante no debate doutrinário nacional.*

Por fim, é necessário ressaltar que a proposta não tem pretensões de esgotar a explicação de todo e qualquer instituto do direito contratual. Da mesma forma que o modelo voluntarista – seja o clássico, seja o mitigado – não é apto a explicar a integralidade das manifestações da contratualidade, a proposta de fundar a generalidade do direito contratual na teoria da confiança não objetiva a completude. Ela contenta-se em oferecer uma compreensão simplificada do fenômeno, com base em conceitos-chave e linhas-mestras de raciocínio. Nesse

sentido, a teoria da confiança, em sua proposta, assemelha-se à teoria voluntarista: ambas se tratam, apenas, de modelos baseados em generalizações. Todavia, pelo percurso argumentativo sustentado ao longo do trabalho, a teoria da confiança apresenta-se como mais apta a cumprir esse papel.

Em suma, a teoria da confiança não precisa dar conta de todo o fenômeno jurídico contratual para cumprir os desígnios a que se propõe. Para tanto, basta que ela demonstre ser mais coerente e contar com um potencial justificatório e explicativo superior ao da teoria voluntarista. Espera-se que o leitor se convença de que isso está suficientemente provado ao longo da construção argumentativa do texto.

Henry Colombi



BIBLIOGRAFIA

Henry Colombi

ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do Código Civil. **Revista CEJ**, vol. 3, n. 9, pp. 5-11, set./dez. 1999.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102, pp. 207-230, abr./jun. 1989.

ANDRADE, Oswald. Manifesto antropófago. **Revista de Antropofagia**, a. I, n. I, maio 1928.

ANTROPOFAGIA. In: **Enciclopédia Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2020. Disponível em: <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo74/antropofagia>>. Acesso em: 07 de out. 2020. Verbete da Enciclopédia.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan./jun. 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. **Revista Pensar**, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008.

ATIYAH, P. S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

ATIYAH, P. S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, vol. 3, n. 9, pp. 40-44, set./dez. 1999. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/237>>. Acesso em agosto de 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Parecer: natureza jurídica do contrato de consórcio... **Revista dos Tribunais**, vol. 832, pp. 115-137, fev. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, vol. 750, pp. 113-120, abr. 1998.

BARBI, Humberto Agrícola. A vontade nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 18 (nova fase), pp. 298-316, maio 1977.

BARNETT, Randy E. Foreword: Is reliance still dead? **San Diego law review**, n. 38, pp. 1-12, 2001.

BARNETT, Randy E. The death of reliance. **Journal of legal education**, vol. 46, n. 4, pp. 518-536, dez. 1996.

BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, pp. 69-91, jan./mar. 1994.

BENSON, Peter. Contract. In: PATTERSON, Denis (Ed.). 2ª ed. **A companion to philosophy of law and legal theory**. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

BENSON, Peter. **Justice in transactions: a theory of contract law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

BENSON, Peter. The expectation and reliance interests in contract theory: a reply to Fuller and Perdue. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, jun. 2001.

BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 33, n.2 – Symposium Michael J. Trebilcock's The Limits of Freedom of Contract, pp. 273-336, verão de 1995.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da teoria dos contractos em nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 34, n.1, pp. 57-66, 1938.

BIX, Brian H. **Contract law: rules, theory and context**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 4ª ed. St. Paul: West Publishing, 1968.

BODIN DE MORAES TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Coords.) **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BORGES, Adriano Souto *et alii*. Resenha do livro metodologia da ciência do direito, de Karl Larenz. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 64, pp. 565-571, 2014.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, vol. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1367955/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18/03/2014, publicado em 24/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1717112-RN. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 25/09/2018, publicado no DJe em 11/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 866414. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 20/06/2013, publicado no DJe em 02/08/2013.

BRINK, David. Mill's Moral and Political Philosophy. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/contracts-theories/>>. Acesso em maio de 2020.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A renovação dos vícios do consentimento: considerações a propósito dos institutos introduzidos pelo Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, pp. 3-34, abr./jun. 2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral; DIAS, Daniel P. N.; REINIG, Guilherme H. L.. O RJET e a teoria de imprevisão: entendendo o artigo 7º do projeto. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de maio de 2020. Disponível em: <ConJur - O RJET e a teoria de imprevisão: entendendo o artigo 7º>. Acesso em dezembro de 2020

CATALAN, Marcos. **A morte de culpa na responsabilidade contratual**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

CHAZAL, Jean-Pascal. Les nouvelles devoirs des contractants. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

COLLINS, Ronald K. L. Foreword. In: GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2ª ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

COLOMBI, Henry. Construindo uma história das ideias jurídicas das disposições de direito civil da medida provisória n. 881/2019. **Revista Empório do Direito**, 24/03/2021.

CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare**: cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII). Manuscrito do Autor. Paris, 1988.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 655, pp. 7-11, maio 1990..

DAGAN, Hanoch. Restitutionary damages for breach of contract: an exercise in private law theory. **Theoretical Inquiries in Law**, vol. 1, n.1, pp. 115-154, jan. 2000.

DAGAN, Hanoch. Two visions of contract. **Michigan Law Review**, n. 119, 2021 (no prelo). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3537025>>. Acesso em junho de 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Arts. 1^a a 232. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUARTE, Nestor. Parte Geral. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. O *aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial. **Scientia Juris**, v. 2, n. 3, pp. 14-40, 1998/1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 7^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Vol. 4. 7^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FRANÇA. **Code Civil des Français**. Edição Original e Oficial. Paris: Imprimerie de la République, 1804.

FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. **Contract as promise**: a theory of contractual obligation. 2^a ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

FRIED, Charles. **Contract as promise**: a theory of contractual obligation. 2^a ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

FRITZ, Karina Nunes. *Culpa in contrahendo* no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 15, pp. 161-207, abr./jun. 2018.

FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. **Yale law journal**, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2^a ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOETZ, Charles G.; SCOTT, Robert E. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. **Yale law journal**, vol. 89, n. 7, pp. 1261-1322, jun. 1980.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atual. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 3. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GORDLEY, James. **Foundations of Private Law**: property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato, iii: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 22, pp. 45-60, 2000.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 26, pp. 45-60, 2004.

HALPÉRIN, Jean-Louis. L'autonomie privée em France: un concept cantonné ou rejeté? **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 43, tomo 1, pp. 463-480, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 97, pp. 127-138, 2002. p. 132

HOGG, Martin. Competing theories of contract. *In*: DIMATTEO, Larry A. *et al.* (Eds.). **Commercial Contract Law: transatlantic perspectives**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

ITÁLIA. Codice Civile. Roma: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>>. Acesso em novembro de 2020.

JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. *In*: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

JESTAZ, Philippe. Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? *In*: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

KAHYAT, Gabriel Fernandes; DINIZ, Gustavo Saad. A necessário estudo do artigo 437 do Código Civil português. **Revista de Direito Privado**, vol. 98, pp. 227-251, mar./abr. 2019.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2017.

KRAMER, Adam. **Contract law**: an index and digest of published writings. Portland: Hart Publishing, 2010.

KRONMAN, Anthony T. Contract law and distributive justice. **Yale Law Journal**, vol. 89, n. 3, pp. 472-511, 1980.

LARENZ, KARL. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 31, pp. 12-24, jan./mar. 2006.

LEME, Lino de Moraes. As transformações do contrato. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 48, pp. 50-68, dez. 1952.

LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do direito. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 35, n. 1, pp. 199-213, jan. 1939.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual**: subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Prefácio a... TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. xxv.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005.

MARKOVITS, Daniel. Theories of the common law of contracts. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/contracts-theories/>>. Acesso em abril de 2020.

MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**, Ano XII, n. 40, pp. 11-19, jan./mar. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 22, pp. 228-258, set. 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES JÚNIOR, Onofre. A proteção do fraco no direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 7, pp. 79-90, 1955.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 14ª Câmara Cível. AC 1.0114.07.086347-6/001. Rel. Des. Antônio de Pádua. Julgado em 11/09/2008, publicação da súmula em 17/10/2008.

MIRAGEM, Bruno. A proteção da confiança no direito privado: notas sobre a contribuição de Cláudia Lima Marques para a construção do conceito no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 114, ano 26, pp. 397-407, nov./dez. 2017.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **A simulação no direito civil brasileiro**: um estudo comparativo entre os sistemas do revogado Código Civil de 1916 e o Código Civil em vigor de 2002. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MIRANDA, José Gustavo de Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 38, n. 153, pp. 131-149, jan./mar. 2002.

MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. Simulação. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 4, n. 1, pp. 351-423, 2011, p. 417.

NAVARETTA, Emanuela. L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 43, tomo 1, pp. 589-647, 2014. pp.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Aspectos controversos sobre o erro no negócio jurídico: uma análise a partir da tensão entre autonomia e

confiança. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 19, p. 17-37, jan./mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 30ª ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Atual. Caitlin Mulholland. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Fabio Queiroz. **A alteração de circunstâncias contratuais como fenômeno jurídico**: bases teóricas e reflexos em Portugal e no Brasil. 2009. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

PEREIRA, Fabio Queiroz. O direito comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva. **Scientia Iuris**, Londrina, v.17, n.2, pp. 9-28, dez.2013.

PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017.

PEREIRA, Fabio Queiroz. Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

POSNER, Eric A. Economic Analysis of Contract Law after three decades: success or failure? **Yale law journal**, vol. 112, pp. 829-880, 2003.

POSNER, Eric. Contract Theory. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. **The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell, 2005.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos. In: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos. **Direito contratual entre liberdade e proteção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Coimbra: Almedina, 2008.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. 4ª ed. Atual. Ovídio Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAZ, Joseph. Promises in morality and law. **Harvard law review**, n. 95, pp. 916-938, 1982.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 9, pp. 9-17, jan./mar. 2002.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em outubro de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. AC 591.028.295. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em

06/06/1991. O conteúdo do acórdão pode ser acessado em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em 04/09/2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, vol. 938, pp. 79-155, dez. 2013.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español. *In*: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Rubí (Barcelona): Antrophos, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Estado de perigo e lesão. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SAN TIAGO DANTAS. Evolução contemporânea do direito contratual dirigismo – imprevisão. **Revista dos Tribunais**, vol. 95, pp. 544 e ss., jan. 1952.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema de derecho romano actual**. Tomo II. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madri: F. Góngora, 1979.

SCHEFFLER, Samuel. Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 2, pp. 213-235, 2015.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 32, pp. 3-27, s/a.

SILVA, Arthur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 37.

SILVA, Luiz Alberto da. Dirigismo contratual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 5, pp. 116-151, 1965.

SILVA, Wilson Melo da. A cláusula revisionista nos ajustes. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 12, pp. 128-143, 1961.

SILVEIRA, Sheila Stolz da. El positivismo jurídico exclusivo. una introducción a la teoría de Joseph Raz. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**, Blumenau, v. 12, nº 23, p. 25 - 43, jan./jun. 2008.

SMITH, Stephen A. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, pp. 1-38, jun. 2001.

SMITH, Stephen A. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. **Issues in legal scholarship**, vol. 1, n. 1 – Symposium Fuller and Perdue, pp. 1-38, jun. 2001.

SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). **Oxford essays on jurisprudence**. 4ª série. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.

TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. **Boletim Migalhas**, 3 de maio de 2019. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/301612/a-mp-881-19--liberdade-economica--e-as-alteracoes-do-codigo-civil--primeira-parte>>. Acesso em outubro de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, a. 1., n.2, pp. 37-53, abr./jun. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão. **Revista EMERJ**, vol. 5, n. 20, pp. 51-78, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos dos negócios jurídicos no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40, pp. 91-123, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Regras gerais do direito das obrigações no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 44, pp. 153-182, jan./jun., 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro de 2002: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, a. 1, n. 1, pp. 525-572, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil Brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETARI, Christiano (Org.). **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 4. São Paulo: Malheiros, 2011.

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. Vol. II: Obrigações. São Paulo: Almedina, 2018.

VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 97, pp. 179-200, 2008. p. 188.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, ano XX, pp. 313-338, abr./dez. 1975.

VILLELA, João Baptista. Prefácio a... LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WALD, Arnaldo. A contribuição do Superior Tribunal de Justiça na consolidação do princípio da confiança. **Doutrina STJ**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: STJ, 2005.

WALD, Arnaldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21, pp. 14-47, jul./set. 2003.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. José Luis Caro. Madri: Civitar, 1977.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Os três tempos do Código Civil de 1916: a boa-fé contratual. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 112, pp. 583-601, jan./dez. 2017.

ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls, contrato e estado de direito. **Revista, Direito & Desenvolvimento da UNICATÓLICA**, v. 1, n. 1, pp. 74-83, jul./dez. 2018.

ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls and private law. **Revista Juris Poiesis**, vol. 22, n. 28, pp. 59- 76, 2019.

ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado e justiça: o argumento da divisão institucional do trabalho. **Philosophos – Revista De Filosofia**, vol. 24, n. 2, pp. 73-96, jul./dez. 2020.