

O papel da vontade na interpretação dos contratos

Gustavo Tepedino¹

Resumo

A evolução do papel da vontade nas relações contratuais associa-se a diferentes graus de intervenção legislativa sobre a autonomia privada. Sob a influência voluntarista nas codificações civis, o legislador preocupava-se em assegurar exclusivamente a higidez formal da declaração de vontade na celebração do negócio jurídico, cujo conteúdo, livremente avençado, fazia lei entre as partes. O dirigismo contratual agregou gradualmente fontes heterônomas à autonomia privada (*auto nomos*), com a imputação imperativa aos contratantes de deveres destinados à promoção de valores existenciais e sociais alcançados pelas relações contratuais. Nesta esteira, os princípios da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio das prestações flexibilizam a obrigatoriedade dos pactos e tutelam interesses socialmente relevantes nas atividades contratuais, mesmo quando ausentes os pressupostos e requisitos de validade do negócio jurídico subjacente.

Neste cenário, supera-se o rigor formal da teoria das invalidades, admitindo-se a eficácia de comportamentos socialmente típicos, bem como a formação progressiva das relações contratuais.

Palavras-chave: Direito privado; negócios jurídicos; contratos; autonomia privada.

Abstract

The evolution of the role of will in contractual relations is associated with different degrees of legislative intervention on private autonomy. Under the voluntarist influence in civil codifications, the legislator was concerned only with ensuring the formal integrity of the declaration of will. Therefore, the content of the agreement, once freely agreed upon, made law between parties. The contractual dirigisme gradually added external influences to the private autonomy (*auto nomos*), with the imperative imputation to contractors of specific duties destined to the promotion of existential and social values reached by the contractual relations. Accordingly, principles of objective good faith, the social function and the balance of provision flexibilize the covenants compulsory and protect socially relevant interests in contractual activities, even when the validity requisites of the underlying juridical relation are absent. Thus, the formal stringency of the theory of invalidities is surpassed, admitting the effectiveness of socially typical behaviors, as well as the progressive formation of contractual relations.

Keywords: Private law; juridical relations; contracts; private autonomy.

¹ Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Evolução das categorias de direito privado e critérios interpretativos

A análise dos institutos fundamentais do direito civil impõe, como premissa metodológica indispensável, a reflexão acerca dos critérios interpretativos que devem nortear o intérprete na contínua reconstrução das categorias de direito privado, examinando-se, a partir daí as inovações legislativas. Para tanto, apresenta-se atualíssima a lição admirável do Professor Tullio Ascarelli dedicada à teoria da interpretação,² em que procurou ressaltar dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar, a função criativa do intérprete, que em sua atividade deve proceder a uma *ricostruzione tipologica della realtà*, de tal modo que “a uma reconstrução tipológica da realidade se reporte depois todas as normas como pressuposto para sua aplicação. Esta reconstrução tipológica não pode ser, por sua vez, integralmente realizada dentro do sistema normativo. Isto porque este tem em mira a disciplina de uma mutante realidade, em relação à qual quer oferecer critério de valoração e decisão. A realidade econômica, dada a sua própria mutabilidade, não pode ser objeto de exaustiva classificação por parte de qualquer *corpus iuris*, importando a sua aplicabilidade uma contínua reconstrução tipológica da realidade disciplinada”.³

Na esteira de tal construção, conclui Ascarelli: “para aplicar a uma realidade concreta um *corpus iuris* qualquer que se apresenta como certo e unitário, o intérprete deve reconduzir com unidade ao sistema normas fruto de tendências diversas e reconstruir tipologicamente a realidade em função das normas, enquadrando depois o caso em relação à referida reconstrução, para superar, portanto, o momento meramente declaratório” da atividade interpretativa.⁴

² Cfr. *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Il diritto dell'economia*, 1955, pp. 1179-1223; *Proprietà e controllo della ricchezza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pp. 753-759 e disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, 273-317.

³ Tradução livre. No original: “ad una ricostruzione tipologica della realtà si riporta poi ogni norma per i presupposti della sua applicazione. Questa ricostruzione tipologica non può essere a sua volta compiutamente data dal sistema normativo. Ciò appunto perché questo [sistema normativo] mira alla disciplina di una mutevole realtà nei cui confronti vuole offrire un criterio di valutazione e decisione. Questa realtà, data la sua stessa mutevolezza, non può essere oggetto di compiuta classificazione da parte di nessun *corpus iuris*, importando perciò la stessa applicabilità di questo una continua ricostruzione tipologica della realtà disciplinata”.

⁴ Tradução livre. No original: “Per applicare a una realtà concreta un qualunque *corpus iuris* che si pone come dato e unitario, l'interprete deve coordinare unitariamente a sistema norme frutto di tendenze diverse e ricostruire tipologicamente la realtà in funzione della norma inquadrando poi il caso in relazione a detta ricostruzione e supera pertanto il momento meramente dichiarativo”. Aduz ainda o autor a belíssima síntese: “É perciò che l'oggetto della giurisprudenza non è il mero studio delle norme e seppure si possa soggiungere in funzione della realtà, ma proprio quello della realtà in funzione delle norme, a loro volta oggetto di studio ai fini della loro applicazione alla realtà e così un ordinamento normativo della realtà”. La norma non è intelligibile in sè, ma solo in funzione di una realtà e compito del giurista è necessariamente e sempre quello di una valutazione normativa di questa realtà”.

Em segundo lugar, a necessidade de se superar o descompasso entre as categorias jurídicas ultrapassadas e a realidade emergente, mediante atividade interpretativa que tenha em conta a *concepção aberta e unitária do sistema jurídico*, que não se contenha nos limites do dado normativo. Desta forma, segundo Ascarelli, procede-se a um equilíbrio constante entre as atividades do legislador e do intérprete, mecanismo que aproxima os sistemas da *common law* e *civil law*, sendo igualmente verificado em ambos os ambientes culturais, como antevisto, com argúcia, pelo professor italiano.⁵

A advertência de Ascarelli apresenta renovada importância no momento em que setores nostálgicos do voluntarismo parecem pretender atribuir à codificação de 2002, ou a pretendido projeto de Código Comercial, a solução para o aperfeiçoamento do sistema. Como se uma lei nova pudesse tornar desnecessário, a partir de sua promulgação, o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República.⁶ Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria ao civilista o seu estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de direito público e a autonomia privada. O mesmo entendimento assegura que um novo Código Comercial permitira uma espécie de purificação do tratamento interpretativo das relações mercantis. A tese, contudo, mostra-se inteiramente descabida. Em primeiro lugar, porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito

⁵ Ainda nas palavras de Ascarelli: “I codici, così come il sistema dispregato nei precedenti giurisprudenziali, stanno perdendo quel carattere di definitività e completezza, di specchio di un ordine naturale che storicamente rivendicavano. In ambedue i sistemi – diritto codificati e *common law* – viene accentuandosi l’importanza della produzione legislativa la cui frequente variazione accompagnata da un carattere regolamentare diminuisce la portata dell’opera dell’interpretazione e, a sua volta, risponde alla necessità di una soluzione autoritaria de fronte a una fenomenologia nuova nel contrasto di valutazione diversa (...) La soluzione legislativa è spesso la risposta a una mancata evoluzione interpretativa e la soluzione interpretativa la replica a una non gradita soluzione legislativa. È notissimo il peso di questo contrasto nell’evoluzione costituzionale americana – contrasto fra il poter esecutivo e legislativo, più sensibili alle esigenze popolari, e quello giudiziario naturalmente più legato a criteri conservatori”. E conclui: “Nell’Europa continentale il fenomeno è meno evidente, ma non sarebbe forse difficile ritrovarlo nell’atteggiamento della dottrina e della magistratura nei riguardi della valutazione delle nuove costituzioni, della persistenza in vigore di norme dettate in regime precedenti, dell’interpretazioni di leggi dettate dopo la seconda guerra ai fini di una modificazione della struttura sociale”.

⁶ Ao excessivo apego às categorias cristalizadas pelo legislador, Ascarelli adverte para a indevida substituição substitui “all’esame della realtà effettuale quella di una realtà ideale. Ciò che si apre inevitabilmente il cammino a una dottrina aulica e concettuale, che trascura una valutazione normativa della realtà presente, ciò che si traduce non (come a volte si pensa) in una accentuazione di quella funzione di conservazione che è sempre e necessariamente propria di ogni diritto costituito, ma in un’accentuazione del potere delle forze economicamente prevalenti in quanto operanti in una realtà diversa da quella visualizzata nella normativa”.

privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.

Por outro lado, as novas tecnologias, que despontam no cenário contemporâneo, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de o controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.

O desafio do jurista de hoje, especialmente quando trata de institutos fundamentais como a autonomia privada, consiste na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um *microclima* de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional.

Voluntarismo, autonomia privada e negócio jurídico como instrumento privilegiado de autorregulamentação: controle exclusivamente dos meios e não dos fins. Negócio jurídico e obrigatoriedade dos pactos.

As liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, permitem a livre atuação das pessoas na sociedade. Expressão de tais liberdades no âmbito das relações privadas é a autonomia privada, tradicionalmente entendida como poder de autorregulamentação e de autogestão conferido aos particulares em suas atividades. Tal poder, cujo conteúdo se comprime e se expande de acordo com opções legislativas, constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais – na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados –, quanto no campo das relações existenciais – por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana.

No apogeu do liberalismo econômico dos Séculos XVII e XVIII, a vontade assumiu importância formidável. Tanto assim que, para muitos autores, as liberdades fundamentais, das quais decorre o papel da vontade, constituem noção pré-jurídica, que seria apenas reconhecida pelos ordenamentos nacionais.

A teoria do negócio jurídico, formulada no esplendor do voluntarismo e dotada de substrato teórico de rara sofisticação, serviu de instrumento técnico para a segurança da autonomia privada, subordinando os efeitos obrigacionais a uma série de pressupostos, requisitos e modalidades associados a elementos subjetivos, objetivos e formais. Com a teoria do negócio jurídico, logrou o direito assegurar-

se de que os efeitos obrigacionais tivessem por fonte, inicialmente, a vontade real dos agentes, e, posteriormente, a vontade declarada, valorando-se, assim, à luz de disciplina legal extensa e analítica, o livre discernimento e o conteúdo das declarações tais quais manifestadas, em homenagem a maior segurança social.⁷ O contrato, compreendido pelo voluntarismo nos termos pactuados no negócio jurídico que o instaura, fazia lei entre as partes, para as quais vale essencialmente a vontade manifestada.

Compreende-se, nessa vertente, a análise dos três planos do negócio jurídico, cronologicamente investigados, na perspectiva de sua existência, validade e eficácia. Solução tão engenhosa quanto artificial, já que a *existência* revela valoração fenomenológica (existir ou não existir), enquanto o controle jurídico se mostra eminentemente deontológico (comportamento devido). Com o plano da existência, contudo, permitiu-se estabelecer o controle jurídico sumário de manifestações despidas de vontade, antecipando-se o desfazimento do negócio ao controle de validade, este a demandar cognição judicial demorada e profunda, já que destinado a privar de efeitos determinado negócio jurídico – a lei instaurada voluntariamente entre as partes.

A análise do negócio em seus três planos desenha-se, assim, como solução de compromisso entre a segurança que deve despertar o negócio jurídico (a justificar, por isso mesmo, a dificuldade anteposta para a declaração de sua nulidade mesmo na presença de vícios graves em seus elementos essenciais) e a inadmissibilidade de vínculos jurídicos assumidos na ausência da vontade do agente ou dos demais elementos essenciais.

Entende-se, portanto, facilmente o porquê de as codificações romano-germânicas terem consagrado portentoso espaço ao negócio jurídico e à obrigatoriedade dos vínculos dele decorrentes.

Dirigismo contratual e o ocaso do voluntarismo. Flexibilização da obrigatoriedade dos pactos, o surgimento das relações de fato e a admissibilidade de comportamentos socialmente típicos.

A despeito da prevalência, até os dias de hoje, da dogmática voluntarista assim concebida, a evolução política e econômica da sociedade, desde o final do Século XIX, exigiu a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se a força vinculante da vontade negocial. Especialmente diante de situações específicas de vulnerabilidade, arrefeceu-se a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos.

Por conta da eclosão de movimentos sociais, no Brasil e alhures, a intervenção nas atividades contratuais incidiu primeiramente nas relações

⁷ A magnitude do tema é traduzida em bibliografia clássica. V, por todos, EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1952.

laborais, tendo sido o direito do trabalho precursor do que se convencionou chamar de *dirigismo contratual*, destinado a proteger a parte mais desfavorecida – técnica e economicamente – do contrato de trabalho. O desconforto do direito privado clássico com a intervenção heteronímica⁸ na deliberação das partes levou à autonomia do direito do trabalho, afastando-se do direito civil tudo o que se considerava destinado a reduzir o papel da vontade como fonte soberana de vínculos obrigacionais.⁹

Esse processo de intervenção legislativa, que muitos julgavam contingências momentâneas de crises econômicas, mostrou-se inevitável e irreversível, acirrando-se na primeira metade do Século XX como mecanismo de equilíbrio do mercado e do próprio regime capitalista. Nessa esteira, as locações também foram objeto de forte intervenção legislativa, com o intuito de gerir a escassez de imóveis e as crescentes demandas locatícias. Ao longo do tempo, tem-se tutelado de modo imperativo tanto o direito à moradia quanto o fundo de comércio, assegurando-se desde os anos 30 do Século passado a renovação do contrato de locação para fins comerciais (Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934). O legislador interveio também intensamente na economia popular, combatendo os juros extorsivos, o curso de moeda estrangeira e assim por diante (cfr., dentre outras normas, o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933; *Lei nº 1.521*, de 26 de dezembro de 1951).

⁸ Sobre a referida intervenção heterônoma nos contratos, afirma STEFANO RODOTÀ que o contrato, embora decorrente da vontade das partes, uma vez formado, sujeita-se à intervenção de fontes exteriores, alheias à vontade individual: “è evidente, allora, che le diverse fonti si ispirano ciascuna a peculiari valutazioni: ma qui interessa rilevare soltanto che tutte convergono nella finalità comune della costruzione del regolamento contrattuale; rispetto a quest’ultimo la particolare ratio delle singole fonti non viene in questione, riguardando esclusivamente il modo in cui ciascuna di esse, in sé considerata, opera” (*Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 87).

⁹ Conforme se afirmou em outra sede: “Coincide, em certa medida, por isso mesmo, o movimento teórico de sustentação do direito de trabalho com construções antiformalistas surgidas no final dos anos 60 do século passado, que se opunham aos princípios dogmáticos do direito privado, inflexíveis no assegurar a vontade do proprietário e do contratante. Em certa medida, o crescimento do direito do trabalho, na segunda metade do século XX, coincide com a legitimação política do *Welfare State* e se aproxima a formulações teóricas que, na tentativa de romperem com a lógica da igualdade formal, notabilizaram-se como o *uso alternativo do direito*. A afirmação de direitos subjetivos extraproprietários, capazes de vergar as forças hegemônicas e de fazer prevalecer direitos sociais, afigurava-se sediciosa, sendo significativa a alusão, por parte de conceituado teórico do direito francês, à criação de *contradireitos*” (GUSTAVO TEPEDINO, “Direito civil e direito do trabalho: diálogo indispensável”, *In Gustavo Tepedino et al. (coords.), Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho*, São Paulo: RT, 2013, pp. 14-15). Sobre a expressão “contradireitos”, veja-se MICHEL MIAILLE: “Todas as lutas políticas e sociais dos séculos XIX e XX se desenrolaram sob esta palavra de ordem; todas as leis liberais que foram, assim, arrancadas à ordem burguesa se justificam pelos direitos subjetivos, do direito à instrução ao direito de defesa, passando pelo direito de associação. Neste sentido, como toda a ideologia de combate, a afirmação dos direitos subjetivos faz parte de uma luta viva, ainda eficaz nos nossos dias [...] É o ‘contradireito’” (*Uma introdução crítica ao direito*, Lisboa: Moraes, 1919, p. 143-144).

Esse processo de intervenção legislativa, que se acirrou na Europa a partir da Segunda Grande Guerra, destinada à tutela de direitos fundamentais alcançados pela iniciativa econômica privada e que, no Brasil, culminou com a Constituição da República de 1988, acaba por colocar em crise a noção de autonomia privada e a teoria do negócio jurídico, incapazes de abranger a variedade de modelos e interesses mediante os quais a atividade privada se estabelece e é socialmente reconhecida.

Anotem-se, nesse longo itinerário histórico, ao menos duas relevantes consequências para a teoria dos contratos. De um lado, o aparecimento de princípios mitigadores da obrigatoriedade e da relatividade dos pactos, notadamente a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social, que desde o início do Século XX foram incorporados gradualmente às legislações nacionais, dando margem ao surgimento de numerosos instrumentos de controle da justiça contratual (como a lesão, a revisão e a resolução por excessiva onerosidade, o adimplemento substancial, a vinculação a deveres anexos, o dever de mitigar danos, a proibição de comportamento contraditório, o abuso de direito). Essas e tantas outras figuras, na experiência brasileira, foram absorvidas pela doutrina, legislação e jurisprudência somente no final do Século XX, especialmente a partir da Constituição da República de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, de 1990.

De outra parte, como espécie de válvula de escape para o rigor técnico imposto pelo excessivo controle de validade dos negócios jurídicos, desenvolveu-se, a partir do final da primeira metade do Século XX, a teoria das relações contratuais de fato, a qual, ao confrontar a realidade jurídica à realidade fática, teve o mérito de alargar a admissibilidade, pelo direito, de relações admitidas socialmente embora sem a proteção conferida pelo Direito ao negócio. De maneira geral, os países da família romano-germânica que adotam, de forma direta ou indireta, a doutrina do negócio jurídico, encontram dificuldade semelhante: o excessivo controle de validade do negócio acaba por excluir de seu espectro de incidência certas atividades que, em sua substância, despidas do aparato negocial, são admitidas como socialmente úteis e legítimas pelo corpo social.

Diante do contraste entre a legitimidade da atividade desenvolvida e a invalidação do ato negocial que a constitui, autores de renome sustentaram a preservação dos efeitos de tais atos a despeito de sua invalidade. No início do Século XX, Haupt construiu teoria pioneira nesta direção.¹⁰ Com resultados semelhantes, Larenz produziu trabalho importantíssimo no qual concebeu a categoria dos comportamentos socialmente típicos.¹¹ De outra parte, na doutrina italiana, Ascarelli¹² e inúmeros outros conceituados autores desenvolveram, em

¹⁰ GÜNTHER HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941.

¹¹ KARL LARENZ, *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956)*, in *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, jan-jun/2006.

¹² Ao propósito, a obra de TULLIO ASCARELLI mostra-se particularmente importante. Cfr. *Lezioni di diritto commerciale - Introduzione*, 1955, Milano, Giuffrè, pp. 102 a 108, onde se lê: “L’attività

diversos campos da autonomia privada, o que seria a teoria das relações jurídicas de fato, a qual atingiu o seu apogeu nos anos 60 e 70, com o seu reconhecimento pela Corte Suprema Alemã – BGH (*Bundesgerichtshof*).¹³

Declínio da teoria das relações de fato e do comportamento socialmente típico. Vontade negocial e vontade contratual. Ocaso da subsunção, qualificação contratual, e juízo de merecimento de tutela das atividades apartadas de negócio jurídico.

Paradoxalmente, o principal motor da teoria do comportamento socialmente típico, consubstanciado na crítica à exasperação da vontade negocial como fonte primordial das obrigações, transformou-se em sua maior vulnerabilidade. Associada ao processo histórico de crítica ao poder impositivo das forças econômicas nos regulamentos contratuais, no âmbito da massificação da economia e do fortalecimento dos mercados consumidores, a teoria do comportamento típico passa a ser admitida a prescindir do elemento volitivo. Buscava-se proteger a vontade do vulnerável, estigmatizando-se o poder da vontade como inevitável imposição das forças econômicas na celebração dos negócios jurídicos.

Em última análise, da crítica ao voluntarismo opressor decorreu a hostilidade à vontade e a rejeição de seu papel como motor da livre iniciativa. Tal perspectiva não resistiria à retomada dos movimentos liberais que, ao lado do declínio do *Welfare State*, acabaram por sepultar a doutrina do comportamento socialmente típico.

dovrà essere valutata in via autonomia, indipendentemente cioè dalla valutazione dei singoli atti, singolarmente considerati. Indipendentemente dalla disciplina dei singoli atti può essere illecito (o sottoposto a norme particolari) l'esercizio dell'attività" (p. 103). Sobre o tema, v. também o verbete fundamental de Giuseppe Auletta (*Attività (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 982), que define attività "quale insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo".

¹³ Na doutrina italiana, CARLO ANGELICI analisa o caso julgado em 28 de janeiro de 1976 pelo *Bundesgerichtshof* em que uma criança se acidentou no supermercado enquanto a mãe comprava, e estava pagando no caixa. Discutiu-se se a responsabilidade era contratual ou extracontratual e se haveria responsabilidade pré-contratual. Exclui-se a responsabilidade pré-contratual já que a autora, sendo criança, não efetuará compra alguma, ou seja, não teria nada a comprar, o que a impediria de intentar a ação contra o supermercado (*Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, ano LXXV, 1977, pp. 23-30). Segundo observa o autor, o dever de boa-fé serve de fundamento para a relação de proteção em face de terceiros, aplicando-se a teoria designada como *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, de modo a proteger terceiros alcançados pela atividade contratual independentemente de qualquer vínculo negocial: "il *Bundesgerichtshof* accentua il profilo del rapporto di protezione che deve intercorrere tra il contraente ed il terzo danneggiato e riconduce la vicenda ad una sua rilevanza, tramite il contratto o l'attività precontrattuale, pure nei confronti della controparte" (p. 25).

Com efeito, a partir dos anos 70 do Século passado, assistiu-se, tanto na Alemanha quanto na Itália e em Portugal, à progressiva substituição dessa construção por uma ampliação da categoria do negócio jurídico, cuja abrangência o tornaria apto a compreender numerosas atividades socialmente típicas, ora mediante a invocação de *vontade presumida* dos seus agentes (a ampliar o conceito de negócio jurídico), ora por meio da *ratificação de atos inválidos*, ora mediante a mera *admissão de efeitos patrimoniais ressarcitórios* decorrentes de negócios inválidos – cuja fonte, portanto, seria o ato ilícito, não já o contrato.

Do ponto de vista dogmático, não parece convincente a legitimação de efeitos obrigacionais com base na técnica da vontade presumida ou, por outro lado, como mera liquidação de danos. Basta lembrar a hipótese do incapaz que compra e vende artigos de suas necessidades pessoais, faz-se transportar e assim por diante. Não seria razoável admitir como válidos tais negócios com fundamento em suposta vontade presumida de seus responsáveis, já que, por vez, as atividades desenvolvidas são levadas a cabo contra a vontade expressa de quem deveria autorizá-las. Também em outras hipóteses de atividades desenvolvidas por pessoas capazes, mostra-se insustentável cogitar-se de vontade presumida pelo simples fato de que o agente se recusa a celebrar o negócio. E tampouco se sustentaria a explicação circunscrita à liquidação de danos quando se pensa na execução específica de certos contratos fundados em negócio nulo, na esteira de tendência progressiva do direito obrigacional.

Dá ser plausível a suspeita de que a rejeição à doutrina do comportamento social típico se associe mais ao contexto histórico e ideológico em que se insere do que aos seus fundamentos teóricos. Por ter sido germinada em oposição à Teoria do Negócio Jurídico, aquela doutrina acabou sendo desenvolvida como construção crítica ao papel da vontade na teoria contratual, associando-se a orientações que, por diversos matizes, enaltecera, ao longo do Século XX, o papel do Estado intervencionista, seja em regimes autoritários de diversos países, seja no dirigismo contratual.¹⁴

¹⁴ Bastaria, para comprovar tal percepção, a crítica de DIETER MEDICUS à expressão “comportamento socialmente típico” (*Il ruolo centrale delle disposizioni relative al negozio giuridico, in I Cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana – Atti del convegno di Ferrara, 26-28 settembre 1996, Padova, Cedam, 2002, pp. 155 a 176*). O autor critica (p.165) especialmente a decisão da Corte alemã (sentença de 1966, Landgericht di Brema, *in NJW* 1966, p. 2360) que obrigou o pagamento de bilhete de trem em face de um menino de 8 anos que havia realizado o trajeto, imputando-lhe também a multa. Invoca o festejadíssimo Flume (civilista liberal que se transformou em uma lenda viva na Alemanha, por sua posição de resistência ao regime nazista, quando se exonerou da Cátedra), que reduz a construção à retroatividade de efeitos para relações obrigacionais inválidas. Afirma a p. 166: “Il ricorso alla formula ‘contratto di fatto’ ha consentito di trattare come efficaci, per il periodo in cui era stata ad essi data esecuzione, contratti di lavoro subordinato e contratti di società conclusi sulla base di accordi giuridicamente inefficaci (...). In definitiva, essa non fa altro che sostituire l’effetto retroattivo della nullità, dell’annullamento e del recesso operante *ex tunc* (*Rücktritt*), con una causa di scioglimento del rapporto non pienamente retroattiva, assimilabile al recesso operante *ex nunc* (*Kündigung*)”. E remata de forma sarcástica: “In

As duas últimas décadas do Século passado, por outro lado, coincidem, em diversos países europeus e da América Latina, com a densificação do neoliberalismo e, especificamente na esfera jurídica, com a retomada entusiasmada do prestígio da autonomia privada, reduzindo-se, em diversos setores – mercado de locação, relações de trabalho, setores da economia privatizados – o grau de intervenção do Estado, que adquire feição regulamentar, com suas agências e instrumentos que enaltecem o papel da livre contratação, ainda que sob rígido controle do Estado.

A Europa, neste particular, diferencia-se da América Latina, onde, talvez pelas contradições sociais ainda muito evidentes, e por não se terem alcançado níveis médios satisfatórios na promoção dos direitos sociais, é compreensível que se propugne por um grau de intervenção e de promoção de políticas públicas maior, capaz de favorecer a distribuição de rendas e diminuir a desigualdade social. Tal diferença, superficialmente percebida, explica, em certa medida, intensificação mais visível, na doutrina europeia, da retomada do papel da vontade nas atividades privadas.

A preocupação com a preservação da vontade como elemento relevante da iniciativa privada, associada à reação liberal ao dirigismo contratual, mostram-se eloquentes para a compreensão do alargamento das doutrinas do negócio jurídico e da rejeição da doutrina do comportamento social típico.

Entretanto, a análise dos comportamentos socialmente típicos, especialmente na perspectiva ascarelliana de atividade contratual sem negócio, não renega o papel da vontade, limitando-se a considerar secundária, para determinadas atividades socialmente típicas, a vontade negocial, ou seja, a existência de negócio jurídico que inaugure a atividade já existente de fato.

Considerando-se a insuficiência do negócio jurídico – e da vontade presumida – para justificar a presença de atividades admitidas pelo grupo social, que produzem efeitos jurídicos carecedores de qualificação, ainda que desprovidas de negócio fundante, torna-se oportuno revisitar a doutrina dos comportamentos socialmente típicos.

Do ponto de vista metodológico, a atividade contratual sem negócio exige qualificação da concreta relação jurídica a partir da sucessão de atos funcionalmente interligados, sem prévia tipificação e reconhecimento jurídico do negócio. Corrobora-se o ocaso da subsunção, como técnica hermenêutica a reclamar premissa legal abstrata, correspondente a suporte negocial determinado, em favor da verificação em concreto da disciplina aplicável ao conjunto de atos de natureza diversa. Amplia-se, dessa forma, o controle da atividade privada, permitindo-se proteger efeitos socialmente relevantes decorrentes de negócios nulos ou inexistentes, sem que a presença de negócio válido seja um pressuposto para a tutela jurídica.

conclusione, si può dire che, nel complesso, il diritto classico dei contratti, imperniato sulla volontà negoziale, ha saputo difendersi dagli attacchi che gli sono stati portati: i tentativi operati in questo senso da quella che Flume ha efficacemente definito ‘*giurisprudenza della corsa in tram*’ sono falliti (*Jurisprudenz der Straßenbahnfahrt*)”.

Releitura da doutrina dos comportamentos socialmente típicos na legalidade constitucional. Consequências nos planos das Teorias dos Contratos e da Responsabilidade Civil. Notas conclusivas.

O que se pretende propor, para a reflexão contemporânea, é a necessidade de se reler a doutrina dos comportamentos socialmente típicos, a partir, não já do afastamento do elemento volitivo como motor da livre iniciativa, mas da distinção entre a vontade negocial e a vontade contratual.

O negócio jurídico mantém-se vinculado ao controle estabelecido pelo Código Civil. Ao seu lado, contudo, uma série de atividades socialmente típicas, decorrentes de atos não negociais, é valorada positivamente e a ordem jurídica reconhece, como jurígenos, seus efeitos. Enquanto no negócio jurídico a declaração de vontade hígida é um *príus* para a sua validade (elemento essencial), nas atividades socialmente típicas a vontade suscita verificação *in posterius*, a partir dos efeitos por elas produzidos, independentemente de declaração destinada à instauração do vínculo, conferindo-se juridicidade a situações jurídicas que, de outra forma, não poderiam ser admitidas.

Duas ordens de consequências decorrem de tal construção: em primeiro lugar, no plano contratual, podem-se admitir como válidos efeitos de atividades desprovidas de negócios jurídicos fundantes. Em tais hipóteses, inexistente o negócio de origem ou este é nulo por (i) ilicitude do objeto, (ii) incapacidade das partes ou (iii) violação da forma exigida por lei.

Manifesta é a insuficiência, nestes casos, de teorias expansionistas do negócio, mediante a vontade presumida, já que muitas vezes a atividade e a vontade contratual se desenvolvem (independentemente, em desacordo ou até mesmo) em oposição à vontade negocial. Além disso, restaurar o negócio, em situações como essas, equivale à fraude à lei, alcançando-se os efeitos vedados pelo legislador mediante exótica flexibilização de elementos essenciais.

Ao contrário, a admissão da relação contratual sem negócio permite atribuir juridicidade a efeitos socialmente reconhecidos, a partir de qualificação *a posteriori* da função da atividade realizada, estabelecendo-se, dessa forma, controle de merecimento de tutela, à luz da legalidade constitucional, acerca de atos praticados sem negócio jurídico de instauração (mas que, nem por isso, podem ser considerados fora da lei), cuja eficácia, de ordinário, é mais restrita do que a gama de efeitos almejados pelo negócio. Basta lembrar as hipóteses do funcionário público cujo acesso à carreira não se deu por concurso público;¹⁵ ou do vínculo

¹⁵ A respeito, v. o Enunciado nº 363 da Súmula do TST: “Contrato nulo. Efeitos (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

empregatício do apontador de jogo do bicho;¹⁶ ou do policial militar em empresa de segurança privada, a despeito de vedação legal expressa;¹⁷ ou do menor que adquire, por si mesmo, produtos ou serviços; ou ainda o exemplo dos sócios de sociedade irregular ou da pessoa que integra modalidade de família inadmitida pelo direito.¹⁸

Em todos esses casos, a invalidade dos negócios não exclui a admissibilidade, para certos fins, de eficácia jurídica à atividade desenvolvida¹⁹. E somente graças a artificialismo retórico se poderia afirmar que se pretendeu, em tais hipóteses, celebrar ou extinguir uma série de negócios, alçando-se o mesmo efeito rejeitado ora pela vontade expressa do declarante, ora pela lei. Torna-se, assim, incongruente, nesses casos, falar-se em negócio jurídico, cuja admissão colidiria com matéria de ordem pública, que pautava a teoria das capacidades, das formas *ad substantiam* e da licitude dos bens passíveis de circulação.

A segunda ordem de consequências, no plano da responsabilidade, diz respeito à teoria do inadimplemento, permitindo-se superar a rígida distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, baseada na existência ou não de negócio jurídico. Pela doutrina tradicional, a aplicação da responsabilidade contratual depende exclusivamente do conteúdo do negócio celebrado entre as partes, permanecendo a teoria da culpa *in contrahendo*, engendrada pelo gênio

¹⁶ A respeito, v. a O.J. n.º 199 da SDI-1: “Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico”.

¹⁷ A hipótese é disciplinada pelo art. 22 do Decreto-lei n.º 667/1969: “Art. 22. Ao pessoal das Polícias Militares, em serviço ativo, é vedado fazer parte de firmas comerciais de empresas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer função ou emprego remunerados”.

¹⁸ Em interessante precedente, o Superior Tribunal de Justiça, baseado no princípio da monogamia (compreendido pela Egrégia Corte como essencial ao regime das famílias no ordenamento brasileiro), decidiu, ao analisar pretensões sucessórias das partes, pela impossibilidade de reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas do *de cujus* – que, após se divorciar, manteve união estável com a própria ex-esposa, bem como com segunda mulher. *In casu*, foi privilegiada a união estável com a companheira com a qual não foi casado, em detrimento da união com a ex-esposa (iniciada após o divórcio), reputada concubinato diante da pré-existência da outra união (STJ, REsp. 1.157.273, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 18.5.2010).

¹⁹ Nessa esteira, entendeu o STJ que “a assertiva segundo a qual o negócio jurídico nulo é desprovido de qualquer efeito é um evidente exagero. Na verdade, os efeitos de que é desvestido o negócio nulo são aqueles próprios para os quais o ato foi praticado, não havendo empecilho a que, em razão da própria natureza das coisas, outro efeito a ele possa ser atribuído, desde que não afronte lei imperativa. Assim, mesmo que se considere nula a escritura pública de compra e venda, o documento pode ser considerado à conta de ato particular apto a gerar direito à posse, o que já seria o bastante para viabilizar a procedência do pedido deduzido em ação de imissão, sobretudo contra terceiros que não detêm nem justo título nem boa-fé”. (STJ, 4ª T., REsp 1273955, Rel Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.4.2014).

de Jhering²⁰ há mais de século, como único recurso para a responsabilidade (extracontratual) de quem culposamente rompeu tratativas ou deixou de cumprir o negócio preliminar, daí decorrendo a reparação por interesses negativos (o prejuízo causado por quem deixou de contratar). Já o comportamento socialmente típico permite verificar, a partir dos efeitos produzidos pelas tratativas efetivamente levadas a cabo, o conteúdo contratual estabelecido na atividade realizada sem a celebração de negócio jurídico, propiciando a deflagração de indenização por interesses positivos.²¹

²⁰ *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht jur Perfektion gelangten Vertrag*, in *Ihering Jahrbucher*, 4, 1861, 1.

²¹ A matéria, de extrema atualidade, foi objeto de tese exaustiva, em dois densos volumes, de PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Em rara referência expressa à indenização por interesse positivo, entende o Superior Tribunal de Justiça pela proximidade do conceito com o de lucro cessante: “Indenização. Contrato de mediação de seguros. Quebra da exclusividade. Pretensão da corretora de receber comissão a título de lucros cessantes. Interesse positivo. Prova. Ausência de dano. O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória. Caso em que a corretora não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade” (STJ, REsp. 107.426/RS, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 20.2.2001). Interessante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo indenizou, por interesse positivo, o contratante que se viu surpreendido pela ruptura das negociações em processo de licitação com o Poder Público: “Direito civil. Responsabilidade civil pré-contratual. Sociedade de economia mista. Ruptura da confiança depositada após negociação para formalização do contrato e ausência de ato revocatório. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Responsabilidade aquiliana. Dever de indenizar. Cabimento. A ruptura injustificada das negociações para celebração do contrato após adjudicação em procedimento licitatório, aliada à inexistência de ato revocatório formal para dar ciência da vontade administrativa, proporcionando ao licitante vencedor a ampla defesa e o contraditório, configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva por deslealdade e rompimento da confiança depositada, impondo à sociedade de economia mista o dever de indenizar ante a sua responsabilidade civil pré-contratual” (TJSP, Ap. Civ. 0139502-81.2005.8.26.0000, 27ª C.D.Priv., Rel. Des. Gilberto Leme, julg. 9.8.2011). Mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul entendeu que enseja responsabilidade civil pré-contratual a atitude desempenhada por empreendedor que realiza e não cumpre promessa de instalação de redes âncoras em shopping center, de maneira que tal informação teria sido crucial para a realização do contrato pelo comerciante, que se viu surpreendido pela não instalação, a qual teria gerado o fechamento de sua unidade, inclusive. Nesse sentido: “Caracteriza-se, na espécie, a responsabilidade civil pré-contratual. A boa-fé contratual permeia o negócio jurídico antes, durante e depois da celebração do respectivo contrato, seja qual for sua natureza. Existe uma relação de confiança na fase pré-contratual que leva o comerciante a adquirir uma unidade no condomínio diante das garantias ainda que meramente verbais que são dadas pelo empreendedor quanto ao sucesso do shopping, atraindo o adquirente, o qual se convence, durante as fases de negociação, de que o contrato a ser celebrado realmente poderia ensejar a cobertura de suas expectativas vendidas como esperança pelo empreendedor quanto ao sucesso do negócio” (TJMS, 3ª C.C., Apel. Civ. 0016241-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j. 9.11.2017). Vê-se, contudo, que a boa-fé nem sempre se mostra suficiente à antecipação de efeitos contratuais,

A atividade contratual precede, por vezes, a celebração do negócio, quando nas tratativas, minutas ou acordos preliminares se desenvolvem vínculos com propósitos definitivos, parciais embora inteiramente aperfeiçoados, a despeito da inexistência ainda do negócio jurídico, cuja celebração se encontra pendente, na dependência da consecução de elementos essenciais, naturais ou acidentais, pretendidos pelas partes (formação contratual progressiva). Em outras hipóteses, embora consumados todos os efeitos previstos no negócio, extinguindo-se inteiramente o conteúdo negocial, remanesce a atividade empreendida entre as partes, sendo razoável cogitar-se da expansão da relação contratual para além da extinção do negócio (poder-se-ia falar, então, em uma extinção contratual progressiva). Não se trata aqui, convém anotar, de projeção de deveres anexos para além da extinção do contrato, senão de atividade levada a cabo após o exaurimento dos efeitos do negócio jurídico originário.

Em ambos os cenários acima descritos, as atividades anteriores e posteriores ao negócio coincidem com uma espécie de contratação em etapas.²² Na formação progressiva do contrato, no que concerne aos vínculos efetivamente assumidos, mostra-se legítimo reconhecer a existência de relação contratual, a despeito da inocorrência de celebração do negócio jurídico pretendido pelas partes. Em consequência, o descumprimento, nestas fases, relativamente a determinados vínculos, constitui-se em inadimplemento contratual. Basta pensar nos vínculos

quando ainda não se aperfeiçoou, sendo mais seguro, por isso mesmo, reconhecer interesses positivos desde que em presença de atividade contratual.

²² Embora com matizes diferenciados, a formação progressiva do contrato não se constitui em designação recente, tendo sido sugerida por FRANCESCO CARNELUTTI no início do Séc. XX: *Formazione progressiva del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, I, pp. 308 a 319. Em sugestiva síntese, Carnelutti observa: “la strada del contratto viene percorsa a tappe” (p. 315; em tradução livre: A estrada do contrato é percorrida por etapas). V., ainda, sobre o tema, VINCENZO RIUCCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in Enrico Gabrielli (a cura di) *contratti in generale*, in *Trattato dei Contratti* diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, tomo I, Torino, UTET 2006, 2º ed. p. 177 a 322. Para o autor, durante as tratativas, trata-se de “individuar o conteúdo de tais momentos *intermediários*, e reconstruir-lhes a função, na perspectiva de compreender sua idoneidade para a produção de efeitos juridicamente relevantes, que poderão mostrar-se ora *finalizados* à definição do regulamento de interesses querido pelas partes, a ser alcançado tão somente com a avença contratual; ora eles próprios *definitivos*, configurando-se aquele momento, a bem observar, só aparentemente intermediário; mas em realidade, segundo a reconstrução da vontade das partes, compreendido em uma *fattispecie* negocial, a qual, por sua estrutura e função, bem se apresenta com os característicos de natureza definitiva e de completude de um regulamento contratual. No original: trata-se de “individuarne il contenuto di tali momento intermedi e ricostruirne la funzione, nella prospettiva di comprenderne l’idoneità a produrre effetti giuridicamente apprezzabili, che potranno apparire ora finalizzati alla definizione dell’assetto di interessi voluti dalle parti, che si avrà solo con la regola contrattuale; ora essi stessi definitivi, configurandosi, quel momento, a ben vedere, solo apparentemente intermedio, ma in realtà, secondo la ricostruzione della volontà delle parti, riconducibile a una fattispecie negoziale, che, per struttura e funzione, ben si presenti con i caratteri della definitività e della completezza di un regolamento contrattuale” (p. 179).

(definitivos) de confidencialidade e de exclusividade que usualmente se estabelecem durante certa tratativa contratual.²³

Há de se ampliar, portanto, a eficácia do contato social vinculante. Portentosa afigura-se a jurisprudência a reconhecer, intuitivamente, efeitos de atividades decorrentes de negócios nulos por ausência de capacidade das partes, de forma exigida por lei ou de objeto lícito, sendo significativa a solução preconizada na Justiça do Trabalho – que cogita, em tais hipóteses, para o reconhecimento da eficácia da relação laboral, do “princípio da primazia da realidade”.²⁴ Embora louvável pelos resultados positivos produzidos em favor do trabalhador, tal solução acaba por decretar a *vitória dos fatos contra o direito*,²⁵ como se este não desse conta de promover a pessoa humana, e como se, por outro lado, o elemento formal se circunscrevesse à tutela patrimonial, podendo ser afastado, pura e simplesmente, como mero “formalismo”, quando defasado do fato social, embora a forma essencial configure matéria de ordem pública. Já no campo do inadimplemento pré ou pós-contratual, hesitante se mostra a jurisprudência, sem conseguir definir critérios estáveis para a produção de efeitos (contratuais) na ausência de negócio jurídico válido de instauração da atividade desenvolvida²⁶.

²³ A literatura italiana é copiosa acerca da eficácia jurídica da fase pré-contratual. V., dentre outros, AURELIO CANDIAN, *Questioni in tema di formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, I, pp. 854 a 886; LUCIO RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in, *Giustizia Civile*, I, 1961, p. 1668 a 1673; ANGELO LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile in Contratto e impresa*, 1988, n. 1., Cedam, Padova, pp. 792 a 803; PIER GIUSEPPE MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, UTET, 1998; RENATO SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, Giuffrè, 1990; GIOVANNI D'AMICCO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in, AAVV, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Tomo II, *Proprietà e diritti reali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1.043 a 1.073; RODOLFO SACCO, *La conclusione del accordo*, in Enrico Gabrielli, (a cura di) *Contratti in generale*, in *Trattato dei Contratti* diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrieli, tomo I, Torino, UTET, 2006, 2° ed., p. 7 a 173; NATALINO SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008.

²⁴ Relata AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ que, em sua formulação original, o termo “contrato–realidade”, cunhado por Mario de La Cueva, fazia alusão apenas ao fato de que o contrato de trabalho seria fundamentalmente distinto dos contratos civis, na medida em que estes dependeriam tão somente do acordo de vontades para sua configuração, ao passo que o contrato de trabalho é também necessário à efetiva prestação do serviço, de tal modo que a existência da relação contratual de trabalho depende da situação real em que o trabalhador se ache colocado. A expressão, porém, adquiriu posteriormente o sentido de que, “em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais”, acepção que acabou por prevalecer na prática jurisprudencial (*Principios de direito do trabalho*, São Paulo: Ed. LTr, 1996, p. 217–222).

²⁵ Toma-se por empréstimo o célebre título de GASTON MORAND, “A revolta dos fatos contra os Códigos”, que se consagrou no século XIX como verdadeiro libelo contra a escola da exegese, denunciando justamente seu excessivo formalismo.

²⁶ A propósito, destacou o Superior Tribunal de Justiça: “A responsabilidade pela confiança é autônoma em relação à responsabilidade contratual e à extracontratual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou ‘terceira pista’ (*dritte Spur*) da responsabilidade civil, tendo caráter subsidiário: onde houver o dano efetivo, requisito essencial para a responsabilidade civil e não

Para que se possam suplantar tais dificuldades teóricas, há de se abandonar o negócio como único instrumento de aferição do papel da vontade. Supera-se, nessa linha de raciocínio, a perspectiva que circunscreve a atuação da vontade à seara do negócio jurídico e à ausência de fontes heteronímicas de integração. Se a liberdade há de ser exercida à luz da legalidade constitucional, em respeito e em harmonia com a solidariedade social, o exame de licitude e de merecimento de tutela dos atos se projeta tanto nos negócios como em atividades realizadas mediante a prática de atos extranegociais.

O princípio da autonomia privada, longe de ser absoluto²⁷, insere-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.),²⁸ corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo (princípio da legalidade, *ex vi* do arts. 5º, II, 170, parágrafo único, C.R.) e positivo (arts. 1º, III, 3º, I e III, C.R.).

Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), fundamento da República, da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada

for possível obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, a teoria da confiança será a opção válida. (...) A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma *ratio* da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp 1051065/AM, REsp 1367955/SP). O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, enquanto que na responsabilidade pela confiança, o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado” (STJ, 4ª T., REsp 1309972/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.4.2017).

²⁷ Sobre o tema, anota Ricardo Lorenzetti: “O exercício da liberdade deriva em uma regra de autonomia que importa a possibilidade de decidir sem condicionamentos externos. Não se trata de decidir sem limites, já que estes existem, como temos visto no ponto anterior, e são derivados dos direitos dos outros e dos bens públicos. Trata-se que dentro do espaço de autonomia concedido pelo ordenamento jurídico o sujeito possa decidir por si mesmo” (RICARDO LUIS LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. P. 502).

²⁸ Destacam a proteção constitucional da livre iniciativa como princípio informador da autonomia privada, ORLANDO GOMES, *Transformações do Direito das Obrigações*, Rio: Forense, 1967; FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 359.

adquire, assim, conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade.²⁹

Como se vê, a ideologização da vontade (a exasperá-la ou demonizá-la) acaba por prejudicar a dogmática do direito civil, reduzindo, de maneira inquietante, o debate jurisprudencial (relacionado ao controle da atividade econômica privada, à execução específica das obrigações e à responsabilidade civil) à posição política do magistrado em relação ao consumidor, ao fornecedor, à Fazenda Pública, ao empresário, ao empregado e assim por diante. Daí o empobrecimento da dogmática e da jurisprudência. O caminho parece ser, em contrapartida, o respeito à autonomia privada sem mistificá-la, controlando-se evidentemente as forças de produção e o mercado, para que não venham estes a moldar a doutrina contratual e a teoria da interpretação.

A partir do controle (positivo e negativo) da autonomia privada nas relações concretas, fragmenta-se o tratamento abstrato que reduz a atividade contratual a *standards* estáticos, incapazes de qualificar funcionalmente a autonomia de acordo com os interesses em jogo. Em seguida, e em consequência, autonomia patrimonial e existencial hão de ser apartadas, sendo incompatível com o sistema a utilização da técnica patrimonial para a tutela da personalidade.

A atividade privada, em última análise, estabelece-se mediante atos de natureza diversa, funcionalmente convergentes, pouco importando tratar-se de atos *stricto sensu*, atos-fatos ou mesmo negócios jurídicos, integral ou parcialmente válidos. A valoração funcional desse conjunto de manifestações amplia as possibilidades de controle social e de promoção dos valores existenciais, mantendo-se o intérprete atento não às suas escolhas pessoais, mas à tábua axiológica complexa e unitária definida pela Constituição da República.

²⁹ Nesta direção, leciona FEDERICO CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 29, segundo o qual, na dinâmica dos negócios jurídicos, a definição de finalidades a serem alcançadas pelos particulares “no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino pó el contrario tenerla em cuenta em su doble aspecto de libertad y de responsabilidad”.