



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

Marcos Alberto Rocha Gonçalves

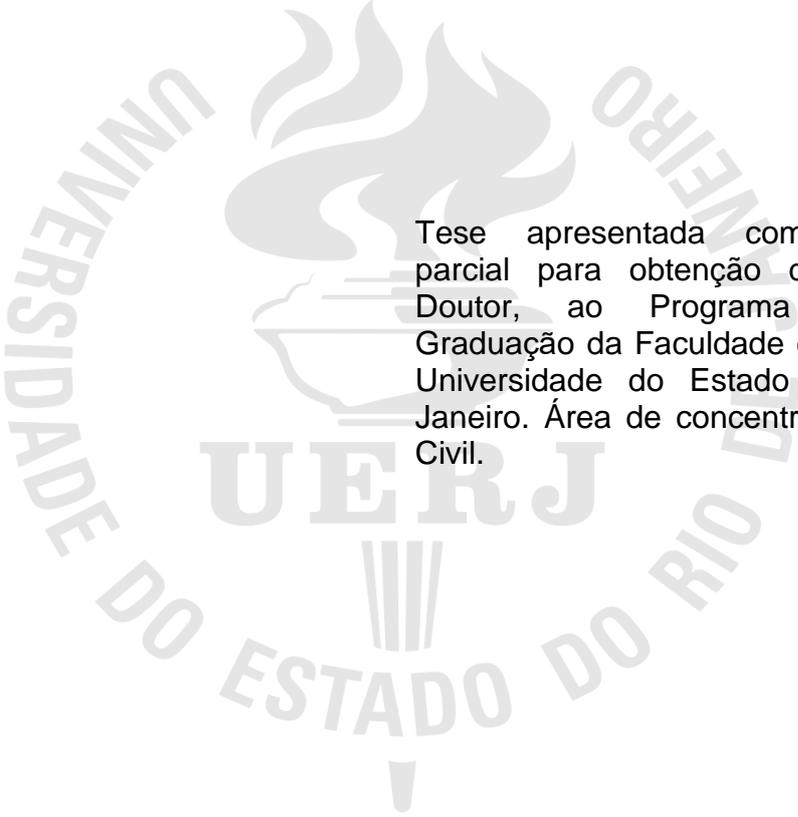
**Função social das situações jurídicas obrigacionais: da eficácia  
pós-contratual ao fim progressivo dos contratos**

Rio de Janeiro

2019

Marcos Alberto Rocha Gonçalves

**Função social das situações jurídicas obrigacionais: da eficácia pós-contratual ao fim progressivo dos contratos**



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G643 Gonçalves, Marcos Alberto Rocha.

Função social das situações jurídicas obrigacionais: da eficácia pós-contratual ao fim progressivo dos contratos / Marcos Alberto Rocha Gonçalves. - 2019.

175f.

Orientador: Prof. Gustavo Tepedino.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Função social (Direito) – Teses. 3. Obrigação (Direito) – Teses. I. Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Marcos Alberto Rocha Gonçalves

**Função social das situações jurídicas obrigacionais: da eficácia pós-contratual  
ao fim progressivo dos contratos**

Tese apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Doutor, ao  
Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro. Área de  
concentração: Direito Civil.

Aprovada em 15 de janeiro de 2019.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Anderson Schreiber  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2019

## DEDICATÓRIA

À Flor mais Bela do jardim do afeto e à Melina, que semeou, em agradecimento por me ensinarem que amor é substantivo feminino.

## **AGRADECIMENTOS**

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que resiste com sua generosidade de Geni, agradeço a acolhida e a oportunidade de por seus muros olhar o mundo.

Ao meu orientador, Professor Doutor Gustavo José Mendes Tepedino, sou grato pela fraterna generosidade ao conduzir esta tentativa de resposta ao lirismo bem-comportado.

Finalmente, agradeço à Melina, Flor e Bela, pela paciência toda, fruto do amor, esta matéria da qual somos feitos.

*“De manhã escureço  
De dia tarδο  
De tarde anoiteço  
De noite ardo.*

*A oeste a morte  
Contra quem vivo  
Do sul cativo  
O este é meu norte.*

*Outros que contem  
Passo por passo:  
Eu morro ontem*

*Nasço amanhã  
Ando onde há espaço:  
— Meu tempo é quando.”  
Poética - Vinicius de Moares*

## RESUMO

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Função social das situações jurídicas obrigacionais*: da eficácia pós-contratual ao fim progressivo dos contratos. 2019. 177f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

A presente tese tem como objeto estabelecer o conteúdo que legitima a repercussão normativa da função social no processo obrigacional, em especial como mediadora das situações jurídicas que ultrapassam a satisfação dos interesses negociais. Nesse sentido, parte-se da expansão do horizonte de análise daquilo que doutrina privatista denomina de responsabilidade pós-contratual ou eficácia pós-negocial, por ser tal conteúdo atual limitado sistematicamente à incidência da boa-fé objetiva. Tomando como pano de fundo a concretização funcionalizada das normas e dos comportamentos inspirada pelo sistema constitucional, com fundamento na função social dos contratos, busca-se tutelar circunstâncias nas quais os interesses negociais não são mais os únicos polos de interesse da situação jurídica antes surgida, reconhecendo-se os efeitos dos resultantes comportamentais comuns, à luz da existente teoria dos bens comuns. Partindo-se, pois, da projeção do programa constitucional nos processos relacionais, com protagonismo da função social, as situações jurídicas obrigacionais podem ser entrevistas para além do termo esperado da extinção das obrigações. Assim, a tese lança-se na colocação da função como causa da permanência ou de fragmentação das situações jurídicas obrigacionais, permitindo-se falar em fim progressivo das obrigações.

Palavras-chave: Processo obrigacional. Função social. Resultantes comportamentais comuns. Fim progressivo dos contratos.

## ABSTRACT

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *The social function of juridical obligational situations: from post-contractual efficacy to the progressive ending of contracts*. 2019. 177f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The object of this thesis is to establish the content that legitimizes the normative repercussion of the social function in juridical obligational situations, specifically as mediator of the process of these relations beyond the satisfaction of business interests. In this sense, the thesis considers the expansion of the analyses of what the private law doctrine calls post-contractual responsibility or post-negotiation effectiveness since it is systematically limited to the incidence of objective good faith. The functional concretization of norms and behaviors inspired by the constitutional system, in accordance with the social function of contracts, is the backdrop of the present pursuit to protect circumstances in which business interests are not the unique interest of the juridical situation previously emerged, recognizing the effects of the common behavioral outcomes, in light of the existing theory of common goods. Assuming, thus, the projection of the constitutional program on the relational process, with social function as an anchor, the juridical obligation situations are interviews that go beyond the predicted term for the extinction of the obligations. Therefore, the thesis casts itself on the placement of the function as cause for the permanence or the fragmentation of juridical obligational situations, permitting the use of the concept of progressive end of obligations.

Keywords: Obligational process. Social function. Common behavioral outcomes.

Progressive end of obligations.

## RÉSUMÉ

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Fonction sociale des situations juridiques obligatoires: de l'efficacité post-contractuelle à la résiliation progressive des contrats*. 2019. 177f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Le but de cette thèse est d'établir le contenu qui légitime la répercussion normative de la fonction sociale dans les situations juridiques obligatoires, notamment en tant que médiateur du processus de telles relations au-delà de la satisfaction des intérêts contractuel. En ce sens, cela commence par élargir l'horizon d'analyse de ce que la doctrine de la privatisation appelle la responsabilité post-contractuelle ou l'efficacité post-négociation, car elle est systématiquement limitée à l'incidence de la bonne foi objective. Se fondant sur la mise en œuvre fonctionnalisée de normes et de comportements inspirés par le système constitutionnel et fondés sur la fonction sociale des contrats, il cherche à protéger des circonstances dans lesquelles les intérêts de négociation ne sont plus les seuls pôles d'intérêt de la situation juridique antérieure, reconnaître les effets de résultats comportementaux communs à la lumière de la théorie existante des biens communs. À partir de la projection du programme constitutionnel dans les processus relationnels en passant par la fonction sociale d'ancrage, les situations juridiques obligatoires sont des entretiens au-delà de la durée attendue de l'extinction des obligations. Ainsi, la thèse est basée sur le placement de la fonction comme cause de la permanence ou de la fragmentation des situations juridiques obligatoire, permettant de parler dans une fin progressive des obligations.

Mots-clés: Processus d'obligations. Fonction sociale. Résultats comportementaux communs. Résiliation progressive des contrats

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ART.	Artigo
CC	Código Civil Brasileiro
CCom	Código Comercial
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ICMBio	Instinto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agraria
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
Flona	Floresta Nacional
Rebio	Reserva Biológica
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1</b>	<b>O PLANO DA PÓS-EFICÁCIA NO PROCESSO OBRIGACIONAL E A CRÍTICA À INSUFICIÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO NORMATIVO ÚNICO.....</b>	<b>20</b>
<b>1.1</b>	<b>A tripartição estrutural do processo obrigacional e a projeção da eficácia pós-negocial das situações jurídicas obrigacionais.....</b>	<b>21</b>
<b>1.2</b>	<b>Construção normativa da pós-eficácia negocial.....</b>	<b>36</b>
<b>1.3</b>	<b>A insuficiência da eficácia pós-negocial com fundamento exclusivo na boa-fé objetiva.....</b>	<b>44</b>
<b>2</b>	<b>O VALOR JURÍDICO DOS COMPORTAMENTOS: CENTRALIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NOS PROCESSOS OBRIGACIONAIS.....</b>	<b>62</b>
<b>2.1</b>	<b>Rupturas e permanências do conceito estrutural de contrato.....</b>	<b>65</b>
<b>2.2</b>	<b>A “obrigação como processo”: do modelo estático de contrato à construção funcionalizada e dinâmica das situações jurídicas obrigacionais.....</b>	<b>74</b>
<b>2.3</b>	<b>A função social como valor constitutivo e causa da permanência das situações jurídicas obrigacionais.....</b>	<b>91</b>
<b>3</b>	<b>A FUNÇÃO SOCIAL COMO RAZÃO DA EXTINÇÃO FRAGMENTADA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS OBRIGACIONAIS.....</b>	<b>111</b>
<b>3.1</b>	<b>A extinção das obrigações frente ao reconhecimento da fragmentação funcional das situações jurídicas obrigacionais.....</b>	<b>113</b>

3.2	<b>A satisfação do interesse negocial e a permanência dos efeitos funcionais das situações jurídicas obrigacionais.....</b>	<b>129</b>
3.3	<b>A função social como mediadora do trânsito entre a pós-eficácia negocial e o fim progressivo dos contratos.....</b>	<b>145</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>157</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>164</b>

## INTRODUÇÃO

A contratualidade contemporânea possui acepção prática dotada da amplificada complexidade, com a inserção de elementos próprios de um momento histórico cujos conceitos tradicionais formadores da clássica concepção de negócio jurídico mostram-se cada vez mais deslocados da realidade.

Esse terreno, ao mesmo tempo fértil e movediço, lança como desafio a concretização funcionalizada das normas e dos comportamentos em torno do eixo de valores construídos pela unidade constitucional. Dentre as provocações que se apresentam, pode-se destacar a construção presente da denominada *responsabilidade pós-contratual* (assim tomada em sua denominação clássica, ou eficácia pós-negocial, como se prefere indicar), limitada sistematicamente à incidência da boa-fé objetiva, sem considerar na sua formatação os comportamentos com fundamento na função social dos contratos, o que resulta na ausência de tutela em circunstâncias nas quais os interesses negociais não são mais os protagonistas da situação jurídica antes surgida.

Em tal contexto, é possível antever a insuficiência da conceituação da eficácia pós-negocial como atualmente concebida, diante do reconhecimento da função como causa da permanência ou de fragmentação das situações jurídicas obrigacionais, sendo o qualificativo social o imperativo eficaz de deveres comportamentais dotados de certa independência do interesse negocial, seja quando ao seu conteúdo, seja em relação ao seu tempo de concretização.

Destarte, reconhece-se como um espaço hermenêutico, a ser preenchido normativamente pela função social, o *momento* das situações jurídicas obrigacionais em que já não mais figuram os elementos nucleares do interesse negocial, porém os efeitos gerados pelo programa obrigacional desenvolvido demandam comportamentos próprios de uma projeção de eficácia funcional, que extrai do qualificativo social o fundamento do merecimento de tutela<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Anima e inspira o avanço da tese no rumo anunciado da percepção de Pietro Perlingieri, que, se não espelha exatamente o sentido do tema ora proposto, tangencia o conteúdo teórico que se busca produzir. Afirmo o autor italiano: “Existem, ao revés, efeitos relacionáveis ao contrato

Compreende-se, nesses termos, que a vigente concepção de pós-eficácia negocial, também referida como responsabilidade pós-contratual, ou ainda *culpa post pactum finitum*, associa-se, como um círculo dimensional concêntrico, ao objeto central da obrigação, permeado pelos interesses negociais adicionados a comportamentos inerentes ao princípio da boa-fé objetiva. Significa afirmar, portanto, que aquilo que já se tem teoricamente delimitado como eficácia pós-contratual é verdadeiramente espécie de conteúdo contratual estendido. Estando inserida na malha do interesse negocial que dá origem à situação jurídica obrigacional, encontra-se vinculada ao aspecto estrutural da relação contratual, submetida, portanto, ao mesmo modelo interpretativo e integrativo do contrato.

Assim, o tradicional exemplo trazido por Menezes Cordeiro, acerca da jurisprudência alemã, segundo a qual “expirado um contrato de edição, o titular do direito de publicação fica obrigado a não fazer concorrência com o editor, procedendo à feitura de novas edições, antes de esgotadas as anteriores”<sup>2</sup>, não obstante indique comportamento exigível em momento posterior ao exaurimento do eixo central da relação obrigacional, surge do mesmo núcleo de emanção de deveres caracterizados como interesse negocial e se comporta com as mesmas características gerais das obrigações previstas na estrutura contratual, especialmente delineadas pela boa-fé objetiva. Em uma expressão: é ainda contrato em sua projeção eficaz.

Situação similar ocorre com a explicitação de responsabilidade pós-contratual narrada por Lorenzetti, ao afirmar que no momento pós-eficácia

---

somente por via reflexa, os chamados efeitos do efeito. Assim, o efeito essencial e direto da renúncia ao direito de propriedade é a perda da titularidade da propriedade, isto é, a abdicação do direito. Este é o único efeito essencial e direto. Às vezes, tal efeito é por sua vez produtivo de ulteriores efeitos. A existência de um bem imóvel sem titular produz a aquisição, por parte do Estado, da propriedade vacante (art. 827 Cod. Civ.). Essa aquisição tem a sua causa não no ato de renúncia, mas *ex lege* no efeito – aqui entendido como fato – por ele produzido: a existência de um bem imóvel vacante. Não existe confusão entre fato e efeito: o efeito direto, vale dizer, a vicissitude (no nosso exemplo, a perda da titularidade da propriedade) que uma norma produziu em consequência de um fato (no nosso exemplo, o negócio de renúncia) é considerado por uma outra norma (no exemplo, art. 827) como fato que produz ulterior efeito. Este ulterior efeito é, relativamente ao fato jurídico considerado na primeira norma, reflexo.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 100).

<sup>2</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 148.

tradicionalmente revelado pela doutrina, a antijuridicidade existente não confronta o conteúdo nuclear do contrato “sino porque la conducta es contraria a deberes secundarios de conducta que subsisten luego de cumplidas las obligaciones nucleares”<sup>3</sup>, sem contudo desconectá-la da estrutura contratual.

Na doutrina brasileira se destaca a lição de Anderson Schreiber<sup>4</sup>, que precisamente reconhece o conteúdo dessa responsabilidade pós-contratual como responsabilidade pós-negocial, atingida no período que sucede ao cumprimento da prestação principal. Sendo acessória a prestação a que se refere à responsabilidade pós-negocial, inegável sua conexão estrutural indissociável com a relação contratual nuclear<sup>5</sup>.

Mencionado problema abre a possibilidade, no plano das situações jurídicas obrigacionais, de construção teórica que, ao reconhecer a centralidade da função como causa de projeção das situações jurídicas obrigacionais para

---

<sup>3</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 633-634. Mais amplamente, define o autor: “La responsabilidad contractual, entendida como el incumplimiento de una obligación preexistente, no puede existir cuando hay cumplimiento, porque éste satisface plenamente el derecho de crédito. El objeto, entendido como operación jurídica pretendida por las partes, se agota, ya que cumple las obligaciones que le dan sentido. La cuestión es que, luego del incumplimiento de las obligaciones nucleares que dan sentido al objeto, puede haber situaciones de responsabilidad por la violación de otros deberes que subsisten”. Em tradução livre: “A responsabilidade contratual, entendida como a violação de uma obrigação pré-existente, não pode existir quando há cumprimento, porque ela satisfaz plenamente o direito de crédito. O objeto, entendido como uma operação jurídica pretendida pelas partes, está esgotado, pois cumpre as obrigações que lhe dão sentido. O ponto é que, após o descumprimento das obrigações nucleares que dão sentido ao objeto, pode haver situações de responsabilidade pela violação de outros deveres que subsistem”.

<sup>4</sup> Afirma o mencionado autor que, “Hoje já se reconhece amplamente a existência de uma responsabilidade pós-contratual – a rigor, pós-negocial –, a alcançar as partes da relação obrigacional no período que se sucede ao cumprimento da prestação. Explica, assim, a melhor doutrina que ‘é possível exigir-se das partes, para depois da prestação principal, uma certa conduta, desde que indispensável à fruição da posição jurídica adquirida pelo contrato. É o dever do modelista de não entregar ao concorrente os mesmos modelos com os quais cumpria a sua prestação” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007. p. 23).

<sup>5</sup> Vale aqui a lição clássica segundo a qual *accessorium sequitur principale*. Na definição de Pontes de Miranda, não só as coisas se submetem à regra da acessoriedade. Afirma o ator: “Em verdade, quando, por alguma regra jurídica especial, se cria a dependência de sorte de uma coisa à de outra, chama-se à coisa que lhe segue a sorte ‘acessório’. Pode-se bem imaginar até que ponto de indeterminação chega o conteúdo desse conceito, que abarca objetos diversíssimos”. (MIRANDA, Pontes. *Tratado De Direito Privado*. Parte Geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos. Atualizado por Otávio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 136-137).

além ou para alguém do termo esperado da extinção das obrigações, atribua ao qualificativo social a imputação de deveres comportamentais que ampliam em tripla dimensão (objetiva, subjetiva e temporal) a eficácia das situações jurídicas obrigacionais.

Mira-se, pois, no estabelecimento da função social como fundamento do merecimento de tutela atribuída a comportamentos próprios de um momento de fim fragmentado das situações jurídicas contratuais, distinto das obrigações colhidas do plano da pós-eficácia negocial, fundado exclusivamente na boa-fé objetiva.

O instrumental jurídico que alicerça essa proposição recolhe-se da abertura do texto constitucional a axiomas que convertem a pessoa humana, em sua concretude, ao centro do sistema normativo – remodelando todo o sentido de construção das normas infraconstitucionais e dos processos relacionais.

Marcada por uma formatação principiológica, a Constituição fixa os pilares sobre os quais se sustenta como centro unificador do sistema normativo, estabelecendo vinculação direta de todo o conteúdo infraconstitucional aos seus princípios e regras, fundindo os valores socialmente relevantes aos interesses vinculados à autonomia individual<sup>6</sup>.

Esse influxo que surge da Constituição e amalgama de forma unitária o ordenamento é a chave que possibilita o enfrentamento concreto do problema da pós-eficácia que aqui se coloca, presente no conteúdo das situações jurídicas obrigacionais contemporâneas marcadas pela complexidade das relações sociais desse tempo, valendo-se, nesse mister, da lição de Gustavo Tepedino, para quem “não há situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> É nessa perspectiva, ademais, que Carlos Nelson Konder verifica na intervenção do Estado na economia e na proteção integral da dignidade da pessoa humana, propiciados pela amplitude da atuação da Constituição, elementos transformadores dos institutos do direito civil (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38). Prossegue, em trecho diverso, o autor: “Como já se destacou, o século XX trouxe consigo a perda de um significado constitucional que o Código Civil antes possuía: as Constituições passaram a desempenhar esse papel de centro do ordenamento, ao absorver valores consagrando os princípios e regras que devem reger a sociedade e aos quais devem se subordinar as demais normas do ordenamento” (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28).

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In.: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar,

O movimento jurídico-normativo a que se faz menção é representado, em sua essência, pelo preenchimento das normas infraconstitucionais pelos princípios emanados do programa constitucional. No caso do tripé formador das relações privadas<sup>8</sup> (relações parentais, titularidades e situações jurídicas obrigacionais), o guia constitucional aponta para a permanente preocupação de concretização da dignidade da pessoa humana como fim último das relações jurídicas<sup>9</sup>.

Neste cenário, abrem-se aos conceitos que permeiam as situações jurídicas obrigacionais novas e necessárias possibilidades de construções teóricas, rompendo-se, como afirma Paulo Lôbo<sup>10</sup>, com a concepção moderna

---

2006 p. 42. Prossegue este autor advertindo que, sem reduzir o espaço da autonomia privada, a Constituição lhe atribui novas feições, revitalizando-a mediante uma nova tábua axiológica comprometida com a construção de uma sociedade justa e solidária. (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In.: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.) Na doutrina estrangeira, colhe-se a respeito do tema a lição de PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>8</sup> Para mais ver, o capítulo *Tríplice Vértice Fundante do Direito Privado* na obra: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Ver também: “é possível explicitar essa tríplice base, a partir das lições de Jean Carbonnier, assentada no contrato, no patrimônio e na família; em sentido amplo, compreendem-se aí, em primeiro lugar, os atos e negócios jurídicos em geral, bem assim as obrigações, os títulos de crédito etc.; em segundo lugar, nesse triplo horizonte se enfeixam a propriedade, a posse, a empresa, e, enfim e em termos amplos, os bens, as coisas e os direitos a eles inerentes; em terceiro e último lugar (sem que essa enumeração classifique tais elementos por ordem de importância), está a família tomada em sua pluralidade, aberta e sociológica, como exposto pelo tríplice vértice fundante das relações sociais na teoria crítica do Direito Civil”. (FACHIN, Luiz Edson. *A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios*. Palestra proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizado em Curitiba, 04-07 out. 2004. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2022.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf)>).

<sup>9</sup> Tal se recolhe da lição de BILBAO UBILLOS, Juna Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 304. Nesse trecho, ainda assevera o autor: “(el principio de la dignidad humana) tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran transcendencia en la medida en que impide que el Derecho Constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados, que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes”. Em tradução livre: ““(O princípio da dignidade humana) tende a superar o tradicional isolamento da Constituição do resto do ordenamento, tem uma grande transcendência na medida em que impede que o Direito Constitucional e o direito privado sejam concebidos como compartimentos estanques, como mundos separados, que funcionam em paralelo e são governados por lógicas radicalmente diferentes”.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. *Revista dos Tribunais*, v. 722, a. 84, dez. 1995, p. 40-45. Leciona o professor: “A transformação dos pressupostos do contrato, segundo o modelo que nos legou o Estado liberal, causou uma rica discussão entre os juristas, nos últimos anos, havendo quem prenunciasse a morte do contrato. Contudo, parafraseando a

fundada no ficcionismo da igualdade formal e da segurança jurídica, além da tríade principiológica clássica da *autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e relatividade*.

Os sustentáculos jurídicos das relações obrigacionais passam a servir, assim, à funcionalização instrumental do ordenamento, representando mecanismo de concretização dos fins axiológicos da sociedade que são estampados na Constituição.

No mesmo sentido é o que sustenta Carlos Nelson Konder ao reconhecer que o método exclusivamente subsuntivo, focado nos elementos estruturais dos tipos normativos – concebidos sob a forja do modelo liberal e individualista –, cede espaço ao perfil funcional das normas e das relações jurídicas por elas apreendidas. Tal movimento possibilita a construção que apreenda a função que especificamente se espera seja desempenhada por um negócio jurídico, levando em conta os valores gerais e as características concretas, elementos mutáveis que determinam, para um dado negócio materialmente considerado, “sua qualificação entre os diversos tipos negociais – assim como a avaliação de merecimento de sua tutela por parte do ordenamento (*meritevolezza*)”<sup>11</sup>.

É sob este feixe de luz que ressuma da Constituição que o Código Civil de 2002, ao menos em alguns de seus dispositivos, faz repousar o intento criador do legislador constitucional, em um contributo para o já mencionado deslocamento do sujeito ao centro de interesses do ordenamento, tendo como fulcro a concretização da vida humana digna, nos termos da lição de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>12</sup>. Dentre esses elementos colhe-se do Código a

---

tradição inglesa, é mais rigoroso afirmar-se: o contrato está morto, viva o contrato! Morto por consumpção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato, que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e hoje.” (LÔBO, Contrato e Mudança Social. *Revista dos Tribunais*, v. 722, a. 84, dez. 1995, p. 42).

<sup>11</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32. Em obra diversa, assevera o mesmo autor: “Função, assim, remete a finalidades, objetivos, utilidade, repercussões. O conceito de função contrapõe-se e, ao mesmo tempo, conjuga-se com o de estrutura. A estrutura descreve os elementos que compõem um determinado corpo, sua morfologia, enquanto a função refere a como tais elementos atuam, o que eles fazem” (KONDER, Carlos Nelson. Para além da “princialização” da Função Social do Contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 40).

<sup>12</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, nesse sentido, ancorou a essência material da dignidade da pessoa humana em quatro desdobramentos: “(i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência

disposição do artigo 421, segundo o qual, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Outrossim, é diante da complexidade social e jurídica na qual se inserem os fatos e comportamentos sociais contemporâneos, além das normas e conceitos que circundam as situações jurídicas obrigacionais, como há muito pontuado por Orlando Gomes em obra singular<sup>13</sup>, que cumpre enfrentar o comando legal de cumprimento da função social dos contratos. Nesse sentido, verifica-se que o processo obrigacional funcionalizado revela uma transcendência eficaz em relação ao interesse negocial, com a vinculação de imputações jurídicas que superam o limite do sentido esperado de extinção das obrigações.

A projeção de eficácia das situações jurídicas obrigacionais fundamentada na função social<sup>14</sup>, conforme ora se propõe, orbita fora das dimensões contratuais clássicas. Submete-se, isso sim, ao reconhecimento de um programa obrigacional no qual se podem revelar situações que demandem tutela jurídica em descompasso que pode ser objetivo, subjetivo ou temporal com a execução do interesse negocial, ainda que nele tenham sua origem – existem porque, em algum tempo anterior, o interesse negocial se concretizou em forma de relação obrigacional.

Admitindo a percepção dos efeitos produzidos pelo cumprimento da função social, a tese tem como objeto de estudo as hipóteses de fragmentação do fim da relação obrigacional, inclusive com a possibilidade de extensão das obrigações parcelares lastreadas na função para além do marco formal desse

---

dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85.)

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 02.

<sup>14</sup> Toma-se, nesse ponto, a conceituação de Gustavo Tepedino acerca da função social do contrato: “A rigor, a função social deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 149).

fim, distinguindo tal circunstância, pela diversidade de fundamento, da definição da pós-eficácia já consolidada, amplamente descrita pela doutrina, como conteúdo pertencente à própria estrutura do conceito formal de contrato.

No plano teórico, trata-se da tentativa da descrição da transcendência funcional da situação jurídica obrigacional em relação à estrutura<sup>15</sup>, fazendo um *discrimen* ontológico do universo da pós-eficácia negocial e do ora proposto fim progressivo dos processos obrigacionais lastreado na função social.

Tal explicitação leva, como consequência prática, a um momento obrigacional eventualmente desvinculado do interesse negocial<sup>16</sup>, constituído por uma parcela latente da funcionalidade (função social) que, diante de circunstância específica casuística, faz desencadear distintos comportamentos obrigacionais que aqui se tentam demonstrar.

---

<sup>15</sup> Embora contido em outro plano da acepção legal, toma-se como exemplo de transcendência da obrigação a hipótese de pagamento de uma dada obrigação prescrita. Conforme dispõe o artigo 882 do Código Civil, tal pagamento é insuscetível de repetição, em nítida admissão de que há um plano eficaz funcional que transcende, de forma latente, a relação jurídica basal.

<sup>16</sup> Tratar da obrigação sem fonte formal na vontade contratual não representa qualquer novidade. De há muito já se encontra na doutrina, não sem críticas, o conceito de *contato social*, assim explicitado por Karl Larenz (não obstante por ele, também, de certo modo, contestada): “Aqui, oferece-se como explicação a teoria da responsabilidade pelo ‘contato social’, pioneiramente desenvolvida por Dölle, e, recentemente, especialmente, por A. Blomeyer. Segundo essa teoria, nos casos aqui analisados, nos quais a doutrina majoritária aceita uma responsabilidade por *culpa in contrahendo*, existe na verdade uma ‘responsabilidade decorrente de ‘responsabilização pela própria esfera jurídica ou pela confiança manifestada’. Decisivo não é a entrada em negociações contratuais, mas o fato de que ‘os partícipes, mutuamente, ou pelo menos um deles, despertaram no outro uma confiança especial em função da qual eles conscientemente confiaram os próprios bens jurídicos – para o alcance da finalidade perseguida com o contato social – à influência e, com isso, ao cuidado e à proteção do outro’”. (LARENZ, Karl. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e “contato social”. In: Fachin, Luiz Edson; Tepedino, Gustavo (org.). *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. V. III. Contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.198-1.199.). Também Enzo Roppo aponta a tendência de redução do papel da vontade, ao lecionar: “Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva *redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual*: essa tendência, que podemos definir como “objetivação do contrato”, leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 298).

## 1 O PLANO DA PÓS-EFICÁCIA NO PROCESSO OBRIGACIONAL E A CRÍTICA À INSUFICIÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO NORMATIVO ÚNICO.

A proposta de tese desvelada nas notas introdutórias demanda o estabelecimento de conjunto de premissas capazes de fornecer os elementos nucleares suficientes para alicerçar o enfrentamento do problema da atuação da função social dos contratos na projeção de eficácia e modulação da extinção das situações jurídicas obrigacionais para além da existência do interesse negocial primário.

Tais premissas se erigem a partir da pré-compreensão das situações jurídicas obrigacionais como elementos relacionais dinâmicos e estabelecidos segundo o atendimento de uma função de caráter dúplice, tanto endógena aos interesses negociais quanto atrelada ao programa de valores do sistema jurídica constitucional<sup>17</sup>.

Por opção metodológica, investiga-se, em primeiro plano, os limites naturalmente postos a partir da construção doutrinária presente de vinculação da pós-eficácia negocial ao comportamento segundo a boa-fé objetiva. Para tanto, é necessário desvelar os caminhos percorridos até o assentamento de tal afirmação, colhendo do próprio caminho construtivo do estabelecimento teórico presente as possíveis críticas capazes de promover a abertura interpretativa necessária ao propósito desta tese.

---

<sup>17</sup> Sobre esse aspecto, leciona Franz Wieacker, cuja apreciação do direito alemão é útil para a compreensão da ordem jurídica brasileira: “A jurisprudência modificou radicalmente o direito das obrigações do BGB. A relação obrigacional tornou-se numa ordem compreensiva de direitos e obrigações, cujo conteúdo concreto é orientado em larga medida pela função social típica de contrato obrigacional. A relação obrigacional, equiparada pelo BGB à pretensão do credor (ou a uma multiplicidade de pretensões) foi reconhecida pela prática e pela teoria como uma relação jurídica complexa (‘organismo’) de contornos vastos e alastrados, a partir da qual podem ser deduzidos não só múltiplos deveres acessórios e ‘deveres de proteção’ de caráter geral, tanto do lado de uma das partes como do lado de outra, mas também assunções de deveres pré-contratuais (*culpa in contrahendo*) e uma responsabilização contratual do respectivo credor (*culpa in exigendo*)” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 597). Em adição, Anderson Schreiber aponta: “E a própria relação jurídica, por sua vez, não pode ser compreendida somente pelo seu aspecto estrutural, senão por uma visão funcional que identifica a finalidade prático-social a que se dirige e os concretos sujeitos envolvidos, desprendendo-se da pretensa neutralidade que se tentou lhe atribuir no passado. A relação jurídica só pode ser analisada de uma perspectiva dinâmica e concreta, calcada no seu aspecto funcional, subordinada à concretização dos fatores fundantes da ordem jurídica”. (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 94).

Em tal hipótese, há de se principiar pelo estudo da tripartição do processo obrigacional, revelando o sentido e o conteúdo de cada uma das fases identificáveis, ao menos sob o aspecto formal, pelas quais tais situações jurídicas podem atravessar. Evidentemente, sendo forte o entendimento acerca da dinâmica e funcionalidade de tais relações, como acima afirmado, a investigação sobre as fases do contrato não descuida do constante entrelaçamento de tais planos. Ao revés, é compreensão necessária para o fundamento da tese em desenvolvimento, a imbricação e, em certos momentos, indissociação dos planos estruturalmente considerados.

O que se busca nesta primeira parte, ao fim e ao cabo, é a consolidação dos elementos que permitem concluir que a eficácia das situações jurídicas obrigacionais se projetam para além dos comportamentos exigíveis à luz da boa-fé objetiva, estabelecendo-se com isso a problematização que se procurará, à frente, colmatar à luz da depuração de um possível alcance da função social dos contratos.

### **1.1 A tripartição estrutural do processo obrigacional e a projeção da eficácia pós-negocial das situações jurídicas obrigacionais.**

A dinâmica que leva ao surgimento dos contratos implica no reconhecimento de um programa que envolve o entrelaçamento múltiplo de interesses, que podem ou não evoluir em densidade e formatar uma dimensão relacional complexa<sup>18</sup>. Como bem observa Anderson Schreiber<sup>19</sup>, esse entrelaçamento produz efeitos econômicos, psicológicos e evidentemente jurídicos que foram pela doutrina categorizados em três

---

<sup>18</sup> Sobre o tema, alerta Carlos Alberto da Mota Pinto: “A realidade jurídica apresenta-nos, porém, normalmente uma série de direitos subjectivos e deveres ou sujeições (uma série de relações jurídicas singulares) conexionadas ou unificadas por um qualquer aspecto, v.g., o promanarem do mesmo facto jurídico ou o visarem o mesmo escopo. Fala-se então de *relação jurídica complexa*. Tratando-se de relações emergentes de contratos obrigacionais, esse quadro, estrutura ou sistema de vínculos emergentes do contrato, numa posição recíproca de instrumentalidade e interdependência, coordenados pela sua procedência do mesmo contrato e pela sua colocação ao serviço do fim contratual amplamente entendido, é uma *relação obrigacional em sentido amplo ou relação obrigacional complexa*” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 186).

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007. p. 13.

fases didaticamente designadas como pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Cada um dos momentos pelos quais este processo se desenvolve possui características próprias, nada obstante conectadas como a completude do conjunto da relação. Cogita-se, assim, de círculos dimensionais concêntricos, cujo liame, afirmou Menezes Cordeiro<sup>20</sup>, revela-se no sentido da confiança calcada na solidariedade, como forma de expressão da boa-fé objetiva e, acrescemos, da função social do contrato.

Descrever tais planos trata de localizar grupos de características com certa convergência que permitem estratificar um processo ao qual Antonio Junqueira de Azevedo designou de “uma sucessão de ‘tempos’”<sup>21</sup>, nos quais os comportamentos subjetivos que se podem perceber fragmentários são, em verdade, conectados e submetidos ao ordenamento contratual diante do fio condutor da boa-fé objetiva e, ao que ora se propõe, são criados e modificados segundo a demanda teleológica da função social.

Não se trata, portanto, de uma soma ou justaposição de ações mecanicamente estruturadas, mas sim um encadeamento enraizado de efeitos decorrentes dos comportamentos exercitados ao longo de uma cadeia evolutiva, mirados como um conjunto. Nesse processo, segundo afirma Larenz<sup>22</sup>, direitos e deveres se constituem

---

<sup>20</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 630. Sustenta, ainda, o autor português: “A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 630).

<sup>21</sup> “Tendo em vista nossa ideia de que o contrato é um processo (uma sucessão de ‘tempos’, como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de descumprimento de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual; haverá lugar, portanto, para presunção de culpa, capacidade contratual, prescrição idem etc... Os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser os do interesse negativo” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, p. 23 – 31, abr-jun, 1996. Versão eletrônica p. 2).

<sup>22</sup> “La relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas determinadas, existente en el tiempo, es, ciertamente, un conjunto de derechos, obligaciones y ‘situaciones jurídicas’, pero no es la suma de aquéllos. Es, más bien, un todo, un conjunto (‘Gefüge’). Subsiste como tal, aunque algunos de los deberes que contiene se hayan extinguido por el cumplimiento, o algunos de los derechos de formación hayan desaparecido por haberse ejercitado o hayan prescrito por no haber

e se extinguem à medida que cumprem seu papel na situação jurídica e colmatam as necessidades impostas pelos fins pretendidos.

Nessa perspectiva, a fase pré-contratual corresponde à relação jurídica inicial havida entre as partes, de modo prospectivo à finalidade negocial e condizente com as negociações preliminares, momento no qual se iniciam os ajustes dos interesses expressados pelos contratantes, que pode ou não levar a conformação de uma relação obrigacional plena<sup>23</sup>. Trata-se de período de gestação, antecedente ao ponto nuclear do contrato, no qual as expectativas das partes são confrontadas.

Mesmo para situações jurídicas menos complexas o apontamento de uma fase pré-contratual mostra-se relevante em especial para definição de responsabilidade. Nesse sentido, indica Larenz o surgimento da situação jurídica obrigacional desde o momento da ocorrência do que denominou de *contato negocial*<sup>24</sup>, definido a partir de

---

sido ejercitado en el tiempo previsto. Puede, sin perder su identidad como tal 'relación de obligación', ser modificada en su contenido por pacto entre las partes (§ 305) o en virtud de reglamentación legal (p. ej., nacimiento de un deber de indemnización) (...) Lo que subsiste en tal alteración es cabalmente la esencia o trama, la conexión conforme a sentido de los distintos elementos del todo que subsiste aun cuando cambien algunos de estos elementos. Aquello en lo que descansa esta conexión conforme a sentido, y lo que en último término da las conjunto una directriz unitaria, es el fin al que tiende. Toda relación de obligación persigue, a ser posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor o de los acreedores a consecuencia de un determinado interés en la prestación". (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 38-39). Em tradução livre: "A relação obrigacional, como uma relação jurídica concreta entre pessoas determinadas, existente no tempo, é certamente um conjunto de direitos, obrigações e "situações jurídicas", mas não é a soma delas. É, sim, um todo, um conjunto ('Gefüge'). Subsiste como tal, embora algumas das funções que contém tenham sido extintas pelo cumprimento, ou algum tipo de direito formativo desapareceu ou prescreveu por não ter sido exercido dentro no tempo previsto. Pode-se, sem perder sua identidade como 'relação obrigacional', ser modificado de conteúdo por acordo entre as partes (§ 305) ou nos termos da regulamentação legal (p. Ex., O nascimento de um dever da indenização) (...) O que permanece em tal alteração é a essência ou enredo, a conexão de acordo com o sentido dos diferentes elementos do todo que subsiste mesmo quando alguns desses elementos mudam. Aquilo em que essa conexão repousa de acordo com o sentido e o que, em última análise, dá ao todo uma diretriz unitária, é o fim para o qual ela tende. Todo relação obrigacional busca, se possível, a satisfação mais completa e adequada do credor ou credores como resultado de um determinado interesse na provisão".

<sup>23</sup> Nos termos da lição de Lorenzetti: "Surgem assim os deveres pré-contratuais de boa-fé, informação, segurança, assim como a regulação da publicidade, que assumem a forma de uma 'rampa' de acesso à contratação. Mediante este mecanismo, modifica-se o regime de riscos na negociação. Se antes negociar era um jogo livre, uma expressão do *dolus bonus*, uma expressão da astúcia, cujos efeitos eram regulados pelo mercado, agora imputam-se essas exterioridades" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 107).

<sup>24</sup> "Trata-se, na assim descrita responsabilidade pela segurança dos clientes (ou dos possíveis clientes) no estabelecimento comercial, na minha opinião, de uma ampliação, conforme o sentido e matéria, da responsabilidade 'pré-contratual' por culpa *in contrahendo*. O dever de cuidado e proteção ampliado começa, nesses casos, não com a entrada em 'negociações contratuais', mas precisamente com o estabelecimento do contato negocial através da entrada no recinto" (LARENZ, Karl. Culpa *in contrahendo*, dever de segurança do tráfico e contato social. Trad. Karina Nunes Fritz. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, a. 9, n. 34, p. 343-352, abr-jun 2008. p. 352).

mecanismos de verificação que o diferencia do simples *contato social*<sup>25</sup>, incapaz esse de produzir os efeitos próprios das relações obrigacionais. Assim, tem-se certa segurança em definir o que se pode inserir como comportamento próprio do nascimento de uma situação jurídica obrigacional, com todas as decorrências desta realidade<sup>26</sup>.

Destarte, ainda que referido encadeamento não se apresente com clareza nos contratos massificados ou mesmo nas relações de consumo, sua frequência é bastante considerável nas situações jurídicas paritárias, cujo avanço na composição dos interesses se atende à complexidade dos objetos integrantes do negócio que se está a formar. Segundo Anderson Schreiber, as negociações preliminares “vão desde o conhecimento entre as partes até a definição dos contornos gerais do negócio, sendo perpassados por uma contínua e recíproca avaliação de conveniência e oportunidade da contratação”<sup>27</sup>, sendo importante etapa para a consolidação ou não do contrato.

Já nesta fase exige-se dos sujeitos a observância de certos deveres de conduta, centrados na tutela da confiança<sup>28</sup>. A inobservância de tais deveres gera, na

---

<sup>25</sup> “Um simples ‘contato social’, através do qual um confia seus bens jurídicos à influência e, com isso, aos cuidados do outro, não é ainda suficiente para o estabelecimento de uma ‘responsabilidade pela própria área’ e, com isso, para a aplicação do § 278. Precisa-se muito mais tratar-se de um contato relativo ao comércio jurídico, que implica, no mínimo, na possibilidade de conduzir à conclusão de um contrato. Com isso, exclui-se o contato quanto ao tráfego privado e social, de visita cordial, de carona por gentileza, assim como o leve contato no trânsito, no qual qualquer um confia que o outro se comportará corretamente” (LARENZ, Karl. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança do tráfico e contato social. Trad. Karina Nunes Fritz. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, a. 9, n. 34, p. 343-352, abr-jun 2008. p. 351).

<sup>26</sup> Sintetizando o pensamento de Larenz, Karina Nunes Fritz indica: “Tem-se aqui o chamado contato negocial, aquele que tem por razão e fim um negócio jurídico, como formulou LARENZ a fim de diferenciá-lo do mero contato social. A relação estabelecida no mundo dos fatos com o contato negocial transforma-se no plano jurídico em relação obrigacional, posto que geradora de deveres de conduta para as partes (e, portanto, deveres relativos), os quais distinguem-se em sua estrutura do simples dever geral de não lesar (dever absoluto). As negociações são, como dito, um estágio mais avançado do contato negocial, no qual as partes discutem as cláusulas e condições de um determinado negócio buscando formar a vontade de contratar, vale dizer, o juízo de conveniência e oportunidade do negócio. São, portanto, um processo teleológico que pode desaguar no contrato” (FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em: 18/07/2018. p. 4).

<sup>27</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 454.

<sup>28</sup> Como bem leciona Fernando Noronha: “A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da

lição clássica de Pontes de Miranda, por exemplo, ao analisar sob o aspecto da responsabilidade por danos, a denominada *culpa in contrahendo*, definida como “toda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo”<sup>29</sup>.

A dicção da *culpa in contrahendo* tem origem sistematizada em obra seminal de Rudolf Von Jhering<sup>30</sup>, na qual se debruçou fundamentalmente sobre a responsabilidade decorrente dos danos advindos da celebração de contratos sabidamente nulos<sup>31</sup>. O ponto central estabelecido pela obra de Jhering assenta na

---

contraparte e, em geral, a não indução desta em erro.” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 456).

<sup>29</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado De Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXXVIII: direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 438. Prossegue o autor, no mesmo trecho: “O uso do tráfego cria tal dever, que pode ser o dever de verdade, o dever de diligência no exame do objeto ou dos elementos para o suporte fático (e.g., não deixar que o documento caia da janela e se perca), exatidão no modo de exprimir-se, quer em punctações, anúncios, minutas ou informes”.

<sup>30</sup> JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>31</sup> “Um conselho, uma informação falsa, uma recomendação etc., dados com intenção dolosa não se revelam exteriormente, de modo algum, como intervenções numa esfera jurídica alheia, não são *em si* um ilícito e também não têm *em si* como resultado um dano, antes obtêm este carácter e esta consequência apenas pelo tipo da sua relação com a *vontade* de ambas as partes, quer a do demandado – quer a do demandante – a *influência prejudicial* mediante a *determinação* de vontade por eles causadas. Ora, sendo verdadeiramente impossível, segundo vimos, viabilizar a nossa pretensão indemnizatória pelas referidas duas hipóteses de lesão extracontratual – e outras não se oferecem –, nada mais resta a não ser abrir totalmente mão da ideia do carácter *extracontratual* da culpa que lhe está subjacente, e seja reconhecer que aquela pretensão é totalmente impossível de construir, seja tentar ver se, apesar da nulidade do contrato, ela se deixa reconduzir à perspectiva de culpa contratual” (JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19-20). Em trecho diverso, assevera o autor: “Não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a protecção das regras sobre a *culpa*, se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia” (JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 32). Analisando a obra do autor alemão, Antunes Varela pontua: “foi IHERING, um dos grandes expoentes do pensamento jurídico do século findo, que, em 1861, pela primeira vez levantou na literatura jurídica moderna, a propósito do problema da nulidade dos contratos por divergência insanável entre a vontade real e a vontade declarada, a questão de saber se o contraente deve ou não responder pelos danos, culposamente causados à contraparte pela celebração de um contrato que vem a ser declarado nulo. A partir destes estudos fundamentais e de outros numerosos trabalhos sobre o mesmo tema, foi-se desenvolvendo e consolidando, tanto na doutrina como na jurisprudência, a tese da responsabilidade civil pré-contratual, baseada na ideia de que o simples início das negociações ria entre as partes deveres de lealdade, de informação e de esclarecimento, dignos da tutela do direito” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 268).

aplicação da teoria contratual, a partir da aferição da culpa, frente a divergência entre a vontade real e a vontade declarada que produz danos quando da realização de um contrato nulo<sup>32</sup>. Tais pontuações concederam fôlego para o avanço do tema na doutrina e jurisprudência alemãs, que singraram a análise para a valoração jurídica do surgimento da confiança entre as partes frente as tratativas preliminares e a sanção pelos efeitos deletérios decorridos da frustração de tal confiança antes da conclusão do contrato<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> É o que indica Paulo Mota Pinto: “Para Jhering, com efeito, a culpa *in contrahendo* não seria mais do que culpa contratual numa vertente específica, sendo-lhe aplicáveis os mesmos princípios quanto ao grau de culpa que valem durante a relação contratual”. (PINTO, Paulo Mota. Notas Introdutórias. p. XIV. In: JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados a perfeição*. Trad. de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008).

<sup>33</sup> Nessa linha é o apontamento de Larenz: “El desarrollo de la doctrina se remonta a JHERING, que la consideró como el fundamento de la responsabilidad en la conclusión posterior del contrato. Fué primeramente estructurada por LEONHARD para el BGB, pero su doctrina no pudo fundar la responsabilidad en los casos en que – quizá debido a la conducta culposa de una parte – no se llegaba a la celebración del contrato (cfr. LEONHARD, A, 555). La jurisprudencia adoptó inicialmente para estos casos la ficción de un contrato de responsabilidad ‘tácitamente’ concertado (RGZ, 78, 267; 82, 339; 114, 289). Más tarde pasó a fundamentar la responsabilidad, sin aceptar tal ficción, en una analogía de Derecho (RGZ, 104, 267; 107, 362; 120,251). STOLL la fundó, acertadamente, en la relación de confianza creada por la existencia de los tratos preliminares, la ‘relación jurídica de las negociaciones contractuales previas’. Sin embargo, su criterio es infundado; el origen de esta relación jurídica exige un negocio jurídico, aunque sea unilateral. En contra también ahora BALLERSTEDT, 506, que ve el fundamento de la obligación en la ‘garantía de la confianza empleada’. HILDEBRANDT habla, con razón, de una ‘vinculación especial’ de los interesados, creada al dirigirse uno al otro con la intención de dar base a la conclusión de un contrato. Pero sin fundamento suficiente limita la responsabilidad a los casos de lesión del deber de aclaración y excluye, por el contrario, el llamado deber de conservación. Razonablemente, la jurisprudencia no ha establecido nunca tal delimitación (cfr. RGZ, 78, 239; 151, 359). Recientemente, DÖLLE (*Zstsw.*, 103, 67) pretende aceptar, incluso independencia de la iniciación de negociaciones contractuales y en todo caso, el deber de protección, previsión y conservación allí donde tenga lugar un *contacto social*, en virtud del cual una persona, para la obtención de una determinada finalidad, confía sus bienes vitales a la influencia y con ella la guarda y previsión de otra persona. Contra esta extensión de la doctrina actual ha de objetarse, a nuestro juicio, que con la renuncia a la necesidad de la iniciación de tratos contractuales desaparece el fundamento interno para juzgar la infracción del correspondiente deber por analogía con la infracción contractual, en lugar de juzgar con arreglo al Derecho penal – como hace la doctrina dominante en consideración al llamado ‘deber de seguridad del tráfico’” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 108-109, nota 7). Em tradução livre: “O desenvolvimento da doutrina remonta à JHERING, que a considerou como fundamento da responsabilidade na conclusão posterior do contrato. Foi estruturado pela primeira vez por LEONHARD para a BGB, mas sua doutrina não poderia fundar a responsabilidade nos casos em que - talvez devido à conduta culposa de uma das partes - não se chegava à celebração do contrato (. Cfr LEONHARD, A, 555) . A jurisprudência inicialmente adotou, para esses casos, a ficção de um contrato de responsabilidade “tácitamente” estabelecida (RGZ, 78, 267; 82, 339; 114, 289). Mais tarde, passou a estabelecer a responsabilidade, sem aceitar tal ficção, em uma analogia do Direito (RGZ, 104, 267; 107, 362; 120, 251). STOLL a fundamentou, acertadamente, na relação de confiança criada pela existência de acordos preliminares, a 'relação jurídica de negociações contratuais prévias'. No entanto, seu critério é infundado; A origem dessa relação jurídica requer um negócio legal, mesmo que seja unilateral. Também contra BALLERSTEDT, 506, que vê o fundamento da obrigação na 'garantia da confiança empregada'. HILDEBRANDT fala, com razão, de uma "ligação especial" das partes interessadas, criada ao dirigir-se uma parte a outra com a intenção de dar fundamento a conclusão de um contrato. Mas sem fundamentos suficientes, limita a responsabilidade

No direito português, a tese de Jhering reverberou positivamente, com importante avanço para hipóteses em que a culpa não decorre apenas da nulidade não revelada ou da desistência injustificada do contrato, mas mesmo da ocorrência de danos indenizáveis advindos de lesão ao interesse positivo nas tratativas preliminares<sup>34</sup>. Cite-se, a esse exemplo, a expressão de Mario Julio de Almeida Costa, para quem o suporte legal à responsabilidade pré-contratual encontra guarida no n. 1 do artigo 227.º do Código Civil Português<sup>35</sup>, com fundamento normativo decorrente do critério geral da boa-fé<sup>36</sup>.

A construção teórica da responsabilidade por danos na fase pré-contratual foi acolhida no direito brasileiro, dentre outros, pela lição de Pontes de Miranda, como acima descrito, e se desenvolveu, inicialmente, com especial ênfase no campo da responsabilização por ruptura injustificada das negociações. Ainda que o princípio gestor da autonomia privada e da liberdade de contratar garanta, como regra

---

aos casos de lesão ao dever de esclarecimento e exclui, pelo contrário, o denominado dever de conservação. Razoavelmente, a jurisprudência nunca estabeleceu tal delimitação (ver RGZ, 78, 239; 151, 359). Recentemente, Dolle (Zstatsw., 103, 67) inclina-se a aceitar, independentemente das negociações preliminares e em qualquer caso, o dever de proteção, bem-estar e conservação onde ocorra um contato social, em razão do qual uma pessoa, para obter um determinado objetivo, confia seus bens vitais à influência e, com isso, ao cuidado e à visão de outra pessoa. Contra esta extensão da doutrina atual deve ser objetado, em nossa opinião, que com a renúncia à necessidade da iniciação de atos contratuais desaparece o fundamento interno para julgar a violação do dever correspondente por analogia com a violação contratual, em vez de julgar de acordo com a lei criminal - como a doutrina dominante faz em consideração do chamado "dever de segurança de tráfego"

<sup>34</sup> “Embora os factos indutores desta responsabilidade apresentem característica comum de se situarem nas fases que precedem a celebração de um negócio jurídico, pode a mesma apurar-se a respeito de resultados negociais diversos. Partindo do exemplo da formação de um contrato – de qualquer modo, a hipótese correta e típica –, distinguem-se três grupos básicos de factos constitutivos de responsabilidade pré-negocial, consoante se verifique: a) Ausência ou não conclusão de um contrato cujas negociações se iniciaram; b) Celebração de um contrato ferido de invalidade ou ineficácia; c) Conclusão de um contrato válido e eficaz, em que surgiram das respectivas negociações danos a indemnizar” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 36).

<sup>35</sup> “Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos). 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

<sup>36</sup> “A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações constitui modernamente uma figura generalizada, com franco acolhimento da doutrina e da jurisprudência de vários países. A nossa lei fornece-lhe apoio expresso no n.º 1 do artigo 227.º do Código Civil. É vantajosa a existência da referida norma. Contudo, ainda que faltasse, caberia derivar a responsabilidade pré-contratual, em sua plena dimensão, de outros preceitos que mais não representam do que a concretização de um princípio fundamental subjacente ao ordenamento jurídico – o da boa-fé – e que se importa por si, independentemente dessas aflorações, na valoração e interpretação de qualquer fenómeno da esfera do direito” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 41).

estrutural e apriorística, o direito de não se avançar em negociações que se mostrem desinteressantes ao interesse jurídico e patrimonial de quem as iniciou, o aprofundamento da relação entre as partes, com o investimento de esforços e a consolidação da confiança<sup>37</sup> de que o negócio se produzirá passa a exigir, com a mesma proporcional densidade, que a desistência se justifique por razões legítimas<sup>38</sup>. Trata-se da garantia gerada pelo comportamento que se vincula à boa-fé objetiva, que repele movimentos contraditórios e permite consolidar as expectativas criadas com base na confiança.

Essa anunciada estrutura não dispensa a verificação dos elementos da responsabilidade contratual<sup>39</sup>, posto que, nos limites da introdução no sistema normativo brasileiro da tese inaugurada por Jhering, a ruptura injustificada interrompe o fluxo do processo obrigacional e pode desencadear uma série de contingentes prejuízos – para além da eventual existência de situações que não mais se distinguem como pré-contratuais, mas sim propriamente partes de uma situação jurídica contratual fragmentada. Distancia-se, contudo, o sistema brasileiro – assim como faz o sistema português – do fundamento na culpa, ancorando-se na violação à boa-fé

---

<sup>37</sup> Alerta Mario Julio de Almeida Costa que “a confiança que pode fundamentar a responsabilidade pré-contratual pelas rupturas das negociações preparatórias deve ser razoável e objectivamente motivada. Não basta uma confiança que se configure como um simples estado psicológico ou convicção com puras raízes subjectivas” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 57).

<sup>38</sup> É como resume Ana Prata: “Nessa fase preliminar, gozam as partes de uma ampla liberdade de decisão, coessencial à função que ela desempenha na preparação da vontade contratual: aquelas são, por isso, livres de alterar seus pontos de vista, ajustar as suas posições, reformular os seus projectos, com grande amplitude. Tal liberdade vai, porém, sendo progressivamente restringida, à medida e na medida em que, pelos seus comportamentos (positivos e omissivos), cada uma das partes cria, na respectiva contraparte, uma convicção crescente de confiança na iminência da celebração do contrato. Realizam-se despesas – estudos, orçamentos, consultas a técnicos, viagens, teses –, renuncia-se a outras hipóteses contratuais, celebram-se ou extinguem-se contratos em vista da conclusão do negócio projectado (contratos de publicidade, contratos de trabalho, contratos de fornecimento, contratos de seguro, contratos de locação) etc. A confiança vai progressivamente ganhando corpo e consistência, pondo-se então o problema da injustiça da sua desprotegida frustração quando uma das partes, inesperada e arbitrariamente, rompe as negociações” (PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005. p. 17).

<sup>39</sup> “Torna-se evidente que a obrigação de indemnização por culpa na formação dos contratos, qualquer que seja o facto típico que a justifique e além das particularidades, depende da produção de um dano e da existência dos demais elementos constitutivos da responsabilidade civil. Em caso de ruptura das negociações, aquele que a ocasiona não responde se com isso não cria prejuízo algum à contraparte, ou se, ainda que haja prejuízo, falta outro dos pressupostos da ilicitude civil” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 53).

objetiva como hipótese de incidência do dever de reparar, razão pela qual amplia sobremaneira as hipóteses de responsabilização por comportamentos antijurídicos na fase pré-contratual.

Outrossim, o que se tem é a tutela da confiança elevada à condição de obrigação em sentido material, a que Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>40</sup> denominou de proteção de expectativas frente à “razoável aparência das coisas” a partir do início das negociações. Trata-se, porém, de hipótese obrigacional originadora de “deveres secundários de prestação”<sup>41</sup>, notadamente vinculados à proteção do interesse negocial negativo, vertido em responsabilidade e, frente ao descumprimento, reparação.

É certo que a natureza obrigacional da fase pré-contratual somente se consolidou, segundo Larenz<sup>42</sup>, com o avanço da doutrina sobre o tema, havendo,

---

<sup>40</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Suplemento XIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1966. p. 153. Adiciona-se da mencionada doutrina: “Ora, o que o direito tem em vista ao sancionar responsabilidade no domínio das negociações, é uma protecção da confiança, de cada uma das partes, na correspondência entre as realidades e a razoável aparência das coisas. (...) Tratando-se de proteger expectativas, ligadas aos termos e circunstâncias negociais, portanto a elementos apresentados pela contraparte ou com a colaboração desta, compreende-se que a forma jurídica de protecção dessas expectativas seja um direito dirigido ao outro sujeito das negociações, com um dever especial correlativo, impendendo sobre este último.” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Suplemento XIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1966. p. 153). É o que indica, também, Anderson Schreiber: “Como se vê, a responsabilidade civil por rupturas nas negociações preliminares é fundada não na culpa em seu sentido tradicional, mas sim na violação à boa-fé objetiva. (...) O que se procura reprimir é o comportamento de quem, após agir como se a contratação fosse ocorrer, rompe abruptamente as negociações preliminares, lesando a confiança da outra parte e lhe causando algum dano” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 455).

<sup>41</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 350.

<sup>42</sup> LARENZ, Karl. Culpa *in contrahendo*, dever de segurança do tráfico e contato social. Trad. Karina Nunes Fritz. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, a. 9, n. 34, p. 343-352, abr-jun 2008. p. 346. Afirma, em adição, o autor: “Enquanto a doutrina antiga reiteradamente se esforçava para encontrar na entrada em negociações contratuais a (implícita) conclusão de um contrato, direcionado para a defesa do cuidado usual ao tráfico, e via ‘a relação de negociação’ como uma relação obrigacional contratual, a nova doutrina, e da mesma forma também o BGB, vê a relação obrigacional, surgida com a entrada em negociações, como uma relação obrigacional independente da vontade de se obrigar do parceiro negocial e, nesse sentido, como uma relação obrigacional ‘legal’ – seja porque se vê sua fundamentação no suprimento de uma lacuna legal por meio de analogia jurídica ou em uma vinculação de direito consuetudinário”. Ana Prata aprofunda tal compreensão, ao afirmar: “Como observam os autores alemães, a relação entre aqueles que negociam com vista à conclusão de um contrato, ou o celebram, nada tem de semelhante com a relação ocasional com que se estabelece entre sujeitos não ligadas por uma anterior relação jurídica, antes se aproximando da relação contratual ou para-contratual. Por outro lado, como acentua Francesco Benatti, citando Luigi Mengoni, a boa-fé objectiva surgiu e desenvolveu-se no âmbito das relações obrigacionais, pelo que, ‘quando uma norma jurídica sujeita o desenvolvimento de uma relação social ao imperativo da boa fé, é isso índice seguro de que aquela relação social se transformou, no plano jurídico, em uma relação

contemporaneamente, entendimento de que, por se tratar de relação obrigacional, “no sentido da existência de concretos deveres de comportamento”, importa a aplicação ampla das regras de comportamentos imputáveis às partes<sup>43</sup>.

O que se retira da doutrina – e é relevante para a tese em curso –, é que, por ser a fase pré-contratual reconhecidamente etapa integrante do processo obrigacional (em muitos casos, como já se afirmou, com elementos e acontecimentos indistintos ao próprio núcleo do contrato), que se permite construir sua sustentação sob os pilares da boa-fé objetiva. É também o que reforça Larenz, ao reconhecer que, por ser parte integrante do todo, exige-se nas conversações preliminares a “diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la ‘buena fé’ (§ 242) de su futuro compañero en el contrato”<sup>44</sup>.

Ainda que da relação pré-contratual propriamente dita não surjam deveres de prestação (não se autorizando confundi-la com o pré-contrato), o descumprimento dos deveres de conduta dela emanados dão origem à tutela jurisdicional reparatória<sup>45</sup>, a

---

obrigatória, cujo conteúdo se trata precisamente de especificar segundo a boa-fé’. Finalmente e sobretudo, os deveres pré-contratuais constituem imperativos de conduta destinados a satisfazer o interesse de sujeitos determinados (ou determináveis), o que, como se sabe, é o elemento que permite caracterizar distintivamente as obrigações dos deveres jurídicos” (PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005. p. 211).

<sup>43</sup> É reforço ao entendimento da Larenz a doutrina de Carlos Alberto da Mota Pinto: “A qualificação da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade obrigacional (classicamente chamada responsabilidade contratual) visa exprimir a sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação duma obrigação *ex contractu*” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 351).

<sup>44</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 110. No mesmo sentido é a lição de Carlos Alberto da Mota Pinto: “A responsabilidade pré-contratual resulta da infracção de deveres de consideração pela confiança da outra parte, surgidos entre os intervenientes em negociações contratuais. Resultam esses deveres especiais, não decerto duma manifestação negocial específica, mas do comando da boa-fé, como princípio geral do tráfico, aplicável, logo, ao contacto negocial preparatório” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 350-351).

<sup>45</sup> “Para la aclaración terminológica ha de observarse, además, que ‘deberes precontractuales no son, en el sentido a que aquí nos referimos, los derivados de un precontrato, sino los que resultan de una relación obligatoria análoga al contrato que surge por la existencia de negociaciones contractuales y existen con independencia de que el contrato llegue o no a concluirse. Esta ‘relación jurídica precontractual’ no es aún una ‘relación obligatoria’ propiamente dicha (a diferencia del precontrato, que crea por lo menos para una de las partes un deber de perfección), porque no da lugar a ningún deber de prestación (exigible judicialmente) sino sólo a deberes de conducta (en la medida exigida por la ‘buena fe’). Pero subiste una ‘vinculación jurídica especial’ entre los intervenientes, si conduce a la conclusión válida de un contrato, y ello en la relación jurídica contractual creada a través de aquellas relaciones precontractuales, perdurando aunque el deber de prestación establecido en el contrato desaparezca después a consecuencia de un declaración de impugnación o de resolución” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 110-111). Em tradução livre: “Para esclarecimento terminológico

partir de uma “vinculación jurídica especial” que autoriza a exigir una justificada confianza manifestada frente a la otra parte, y a tenerla en cuenta”<sup>46</sup>.

Importante notar que na sistemática do Código Civil de 2002, os deveres laterais regidos pela cláusula geral da boa-fé objetiva encontram guarida normativa no artigo 422 do Código<sup>47</sup>. Por tratarem-se de deveres de conduta que se inserem em todo o ordenamento jurídico, tais deveres acessórios são exigíveis em todo o escopo das relações intersubjetivas; os sujeitos envolvidos na relação jurídica assumem o dever irrevogável de cumprir com os elementos que formam o conceito de boa-fé objetiva, mesmo que o núcleo central da relação ainda esteja em formação ou, embora se encontre concluído, demande a permanência de comportamentos (ativos ou comissivos) das partes.

Como se denota, a expressão da boa-fé objetiva representa o elemento primacial da designação dos deveres acessórios<sup>48</sup>, sendo esse o entendimento de

---

também deve-se notar que 'deveres pré-contratuais não são, no sentido referido aqui, aqueles que derivam de um pré-contrato, mas os que resultam de uma relação obrigacional análogo ao contrato que surge da existência de negociações contratual e existem independentemente de haver ou não a conclusão do contrato. Esta 'relação jurídica pré-contratual' não é uma 'relação obrigacional' propriamente dita (ao contrário do contrato preliminar, que cria, pelo menos para uma parte a dever de cumprimento), porque não dá origem a qualquer dever de prestação (exigível judicialmente) mas apenas deveres de conduta (na medida exigida pela 'boa fé'). Mas subsiste um "vínculo jurídico especial' entre os participantes, se ele leva a conclusão válida de um contrato, e que a relação jurídica contratual criada através dessas relações pré-contratuais, perdurando até o dever de prestação estabelecido no contrato desapareça depois como consequência do reconhecimento de uma impugnação ou resolução”.

<sup>46</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 155-165.

<sup>47</sup> Importante crítica cabível ao conteúdo do artigo 422 do Código Civil de 2002 diz respeito a sua extensão. Aqui, de fato, o legislador disse menos do que poderia (ou deveria), o que não impede, por certo, a compressão contemporânea da norma à luz da realidade sobre a qual incide – como pretende fazer, em certa medida, a tese ora proposta. Esta compreensão é coerente com a percepção ampla sobre o Código expressada por Gustavo Tepedino: “O Código Civil de 2002 realizou uma atualização meramente técnica, uma espécie de purificação legislativa, na vã ilusão de que o Direito está apartado dos fatos sociais e de que, portanto, a partir de modificações experimentadas pela sociedade, bastaria vir o legislador e, com regras mais atuais, restaurar o tecido envelhecido, mantendo-se a mesma racionalidade do passado. Observa-se, desse modo, que o equívoco maior do Código não está na sua omissão no que concerne às novas matérias e novas tecnologias, mas na sua própria concepção, fundada na tábua axiológica excessivamente voltada para a lógica patrimonialista e proprietária” (TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no Código Civil*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147).

<sup>48</sup> A respeito dos deveres acessórios, António Menezes Cordeiro ensina: “Os deveres acessórios inscrevem-se no conteúdo das obrigações e seguem o seu regime. Há que mantê-los separados da responsabilidade aquiliana, cujo regime é diferente e, em geral, menos favorável para os interesses do credor” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 484). Em trecho diverso, arremata o autor: “Os deveres acessórios distinguem-se claramente do dever de prestar principal e dos deveres de prestar

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber sobre o tema, quando a definem como “princípio que exige lealdade e honestidade, impondo deveres de colaboração que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio celebrado”<sup>49</sup>.

Ao passo que a boa-fé, por meio da exigência de cumprimento de deveres acessórios, é designada como fio condutor dos comportamentos exigíveis na fase pré-contratual – como de resto em todo o programa contratual –, a doutrina majoritária aponta para a tutela do interesse negocial negativo como forma de sanção e reparação do descumprimento a tais deveres<sup>50</sup>. Trata-se da composição entre o princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar, de um lado, e os resultantes emanados da boa-fé de outro<sup>51</sup>.

---

secundários, em função do seu escopo. Enquanto estes visam a satisfação do interesse do credor na prestação, aqueles promovem o interesse do credor na integralidade da própria prestação e, ainda, na intocabilidade dos seus interesses colaterais: património e esfera física e moral. (...) Assim, distinguimos: – um círculo interno, no qual se arrumam os deveres acessórios que visem o reforço e a substancialização do dever de prestar; temos, aqui, fundamentalmente, deveres de informação e de lealdade ao contrato; – um círculo externo, que compreende os deveres dirigidos aos interesses circundantes e colaterais: integridade patrimonial, pessoal e moral; ocorrem deveres de segurança e de lealdade geral” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 478).

<sup>49</sup>TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

<sup>50</sup> É contudente, neste aspecto, a posição de Carlos Alberto da Mota Pinto: “Dentre a massa de factos, obrigando a reparar, podemos desintegrar um vasto grupo, cujos componentes apresentam a comum característica de serem produzidos por ocasião da formação de um contrato, tem lugar, dada a confiança depositada pelas partes, na validade do negócio jurídico celerado ou na sua celebração futura. Ora, se essa confiança se não confirmar, os factos que impedem a validade ou conclusão de um contrato, estão casualmente ligados às despesas e às ocasiões de lucro repudiadas, por estarem as partes empenhadas em certa via negocial, que depois se revela sem saída. Daí que se possa pensar em responsabilizar, pelos danos causados, o agente que provocou essa frustração negocial” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Suplemento XIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1966. p. 150).

<sup>51</sup> Antunes Varela, ao enfrentar o tema, aponta que “Embora uma das vertentes da boa fé abranja, sem dúvida, a cobertura das legítimas expectativas criadas no espírito da outra parte, o artigo 227º não aponta deliberadamente para a execução específica do contrato, no caso de a conduta ilícita da parte ter consistido na frustração inesperada da conclusão do contrato. A lei respeita assim até o derradeiro momento da conclusão do contrato (art. 232º), salvo se houver contrato-promessa (art. 830º), um valor fundamental, transcendente, do direito dos contratos: a liberdade de contratar” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 270) Adiante, acrescenta o autor: “A determinação exacta da indemnização devida pela parte que viola o princípio da boa fé, na fase preliminar da preparação ou conclusão do contrato, depende obviamente da natureza do dever acessório de conduta infringido. Se a falta da parte fez com que a outra tivesse realizado uma deslocação que noutras circunstâncias não faria, são as despesas dessa deslocação inútil que o faltoso tem de cobrir. Se, em consequência da falta, a outra parte quebrou um braço ou uma perna, são os prejuízos resultantes desse acidente que a pessoa em falta tem de reparar. E

Efetivamente, a própria nomenclatura corrente, responsabilidade pré-contratual ou, mais ainda, a denominação clássica *culpa in contrahendo* evidenciam a carga normativa na responsabilização pelos danos causados e, por conseguinte, na reparação de tais danos com o retorno ao estado anterior.

Foi justamente a partir da definição dos deveres pré-contratuais sob a ótica da responsabilidade que se desenvolveu, inicialmente no pensamento estrangeiro, compreensão simétrica em relação ao período da relação jurídica no qual o objeto central da obrigação já se encontra exaurido, porém a fruição de seus resultados demanda a permanência de comportamentos. Trata-se, consoante lecionou Menezes Cordeiro<sup>52</sup>, do conceito de *culpa post pactum finitum*, sendo que, na esteira do pensamento dominante, ambas as hipóteses estão atreladas ao descumprimento de deveres acessórios.

É de se esclarecer, contudo, que a característica e os efeitos dos comportamentos na fase pré e pós-contratual, mesmo na ótica clássica – cuja crítica e reconstrução é um dos objetos desta tese – diferenciam-se em certos pontos, em especial em relação aos elementos de eficácia.

Se na fase pré-contratual os efeitos próprios do contrato ainda não se realizaram, a doutrina que se debruça sobre a *culpa post pactum finitum* necessariamente considera o substancial esgotamento do objeto central da relação obrigacional.

Assim, eventual dano promovido na fase pré-contratual não pode dizer respeito aos aspectos centrais da relação contratual e sim aqueles prejuízos decorrentes da

---

assim por diante. (...) O interesse que o faltoso tem de ressarcir é sempre, porém, quando tenha havido ruptura injustificada do contrato, o chamado interesse contratual negativo (*id quod interest contractum initium non fuisse*); a perda patrimonial que não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato frustrado ou a vantagem que não alcançou por causa da mesma expectativa gorada (teria vendido a terceiro por melhor preço ou teria comprado por melhor preço a terceiro)” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 271). Há, todavia, importante, porém insular, contraponto doutrinário. É o caso, por exemplo, do pensamento de Antonio Menezes Cordeiro, para quem: “Parece claro que nenhuma razão existe para limitar a correspondente indemnização ao interesse negativo: tudo depende do sentido e do conteúdo dos deveres que, in concreto, se mostrem violados. Ficam votos para que esta firme orientação do Direito alemão contribua para reforçar, entre nós, a ideia da responsabilidade pré-contratual como obrigacional (não aquiliana) e para esconjurar as limitações apriorísticas ao interesse negativo, drenadas de certas orientações conceitualistas alemãs pré-reforma, mas sem base na nossa lei” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 84).

<sup>52</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 625.

quebra da confiança e da conseqüente não realização do negócio, enquanto os efeitos pós-eficaciais relacionam-se a comportamentos adjacentes, exigíveis apenas quando já cumprida a obrigação principal, a fim de garantir o fim pretendido pelas contratantes.

Segundo apregoa Menezes Cordeiro, “a culpa *post factum finitum* tem origem na jurisprudência alemã da década de 20<sup>53</sup>, representando, conforme a lição de Lorenzetti, “una conducta violatoria de un deber colateral basado en lo acordado por las partes en la buena fe, que lesiona una posición jurídica de pleno goce de los bienes luego del cumplimiento del contrato.”<sup>54</sup>

Como já se anunciou, a eficácia pós-contratual clássica atrela-se à observância, mesmo depois de encerrado o aspecto central da relação obrigacional, dos deveres de conduta laterais<sup>55</sup>, com caráter acessório aos deveres principais

---

<sup>53</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 147-148. Prossegue o autor, no mesmo excerto: “As primeiras manifestações teriam sido no sentido de recusar reconhecimento ao fenómeno. (...) Mas, em 26 de setembro de 1925, ao decidir que, depois de consumada uma cessão de créditos, o cedente continua obrigado a não tolher a condição de cessionário, o Reichsgericht dá a base à nova doutrina, reforçando-a a 3 de fevereiro de 1926, com nova sentença pela qual, expirado um contrato de edição, o titular do direito de publicação fica obrigado a não fazer concorrência com o editor, procedendo à feitura de novas edições, antes de esgotadas as anteriores”.

<sup>54</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 633. Em tradução livre: “uma conduta violadora de um dever colateral baseado no acordo das partes em boa fé, que causa lesão a uma posição jurídica de pleno gozo dos bens após o cumprimento do contrato”.

<sup>55</sup> Na doutrina de Karl Larenz, os deveres acessórios são sintetizados na seguinte expressão: “Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan par ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acordó con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominamos ‘deber de conducta’ (‘Verhaltenspflichten’), ya que pueden afectar as conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación. No cabe demandar sin más el cumplimiento de un determinado deber de conducta, pero la vulneración culpable de tal deber fundamenta una obligación de indemnización y, en determinadas circunstancias, otorga a la otra parte el derecho de resolver el contrato. Este resultado sería incomprensible si no se tratase también en tales casos de deberes derivados de la ‘relación de obligación’ (como relación jurídica especial) que, sin embargo, se diferencian por su carácter secundario, complementario, del auténtico deber de cumplimiento. Toda obligación recibe su carácter distintivo (su configuración como contrato de arrendamiento, de compraventa o de sociedad) precisamente al través del deber primario de cumplimiento; pero su contenido total comprende además deberes de conducta más o menos amplios” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 21-22). Em tradução livre: “Estes deveres que excedem o próprio e estrito dever de desempenho - cujo cumprimento é normalmente objeto da demanda - e que resultam para ambas as partes do expressamente acordado, do significado e propósito da obrigação, do princípio da boa fé segundo as circunstâncias ou, finalmente, das demandas de tráfico, nós as chamamos de 'dever de conduta' ('Verhaltenspflichten'), uma vez que elas podem afetar o conjunto de comportamentos que de alguma forma está relacionado à execução da obrigação. Não se pode simplesmente exigir o cumprimento de um dever específico de conduta, mas a violação culpável de tal dever fundamenta uma obrigação de indenização e, em certas circunstâncias, concede à outra parte o direito de rescindir o contrato. Este resultado seria incomprensível se também não tratassem tais casos de deveres

eleitos para cada determinado negócio.

Os deveres laterais, cuja inobservância dá origem aos efeitos da *culpa post pactum finitum* são, segundo Menezes Cordeiro, atrelados à confiança – como o são aqueles deveres que, se descumpridos, produzem a responsabilidade pré-contratual – na concretude da situação jurídica estabelecida, uma vez que “a confiança requer a protecção, nos períodos subsequentes ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento”<sup>56</sup>.

Importante frisar, neste ponto, que o dever de preservar os comportamentos condizentes com o trilho da boa-fé objetiva, mesmo depois de exaurido o núcleo de interesse negocial, assim como a observância de tais deveres na fase pré-contratual, não se socorre de previsão legal específica, sendo mesmo despiciendo que o faça frente a força normativa do princípio da boa-fé objetiva. Ambos os planos, no contexto presente, emergem da teleologia que informa os princípios gestores das relações obrigacionais, aplicando-se de plano e incontinente, a todas as situações jurídicas obrigacionais.

Não obstante essa aproximação entre os fundamentos de um e outro plano, importa problematizar, de modo crítico, as características próprias da pós-eficácia negocial, a fim de estabelecer a clivagem que a tese em curso pretende colmatar.

---

decorrentes da 'relação obrigacional' (como relação jurídica especial) que, sem embargos, são diferenciados pelo carácter secundário, complementar, do efetivo dever de cumprimento. Toda obrigação recebe sua característica distintiva (sua configuração como contrato de arrendamento, compra ou venda ou parceria) precisamente pelo dever primário de cumprimento; mas seu conteúdo total também inclui deveres de conduta mais ou menos extensos”. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa afiança: “Deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de protecção ou deveres de tutela, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schulzpflichten* (Stoll) e *weiterre Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. (...) São ditos, geralmente, ‘deveres de cooperação e protecção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor.” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 35, n. 139, julho/setembro 1998, p. 21).

<sup>56</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 630.

## 1.2 Construção normativa da pós-eficácia negocial.

Aquilo que atualmente se pode denominar de eficácia pós-negocial<sup>57</sup> surgiu, conceitualmente, como hipótese de responsabilidade por culpa decorrente da inobservância de deveres assessórios projetados para além da realização do plano nuclear da relação obrigacional, como regra vinculados à adequada fruição dos interesses realizados pelo credor com o contrato. Tratou-se de construção jurisprudencial ocorrida na Alemanha nos anos de 1920, diante da ausência de substrato legal para o enfrentamento de questões práticas que, no contexto geral do sistema alemão, mereciam a adequada tutela jurisdicional. Destacam-se, nessa medida, duas importantes decisões, nas quais se enfrentou, respectivamente, o dever do cedente em não embarçar a posição do cessionário após a cessão do crédito e imposição de não concorrência do titular do direito autoral a fazer concorrência imediata aquele que havia editado a obra após o término do prazo do contrato de edição<sup>58</sup>.

Fundamentalmente, o que se viu surgir na jurisprudência alemã foi o confronto entre a realidade dos fatos e a estreiteza da norma, especificamente em relação ao sentido dogmático fechado do conceito de extinção das obrigações. A alteração da realidade fática promovida pela relação jurídica obrigacional, nos casos narrados,

---

<sup>57</sup> Sobre a opção pela denominação de eficácia pós-negocial ver: “A referência à culpa põe a tônica do fenómeno no momento patológico da sua violação. Se há culpa houve, seguramente, um dever prévio que não foi acatado. Trata-se de indagar esse dever. A c.p.p.f. estende-se a todas as obrigações e não deve ser tratada, apenas, como violação. A designação cientificamente correcta desse fenómeno é pós-eficácia das obrigações” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácias das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 176). A escolha do vocábulo também guarda origem na já mencionada dicção de Anderson Schreiber, “responsabilidade pós-negocial” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007).

<sup>58</sup> Dentre outros, é Menezes Cordeiro quem objetivamente relata tais casos: “A culpa post pactum finitum (c.p.p.f.) nasceu na jurisprudência da década de 20. Anteriormente, os tribunais já haviam sido confrontados com a eventual existência desse fenómeno. Rejeitaram-na, porém. (...) Em 26 de Setembro de 1925, ao decidir que, depois de consumada uma cessão de créditos, o cedente continua obrigado a não tolher a posição do cessionário, o Reichsgericht (RG) dá base à nova doutrina, reforçando-a, a 3 de Fevereiro de 1926, com nova sentença pela qual, expirado um contrato de edição, o titular do direito de publicação fica obrigado a não fazer concorrência ao editor, precedendo à feitura de novas edições, antes de esgotadas as anteriores” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácias das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. Vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 148).

demandava a permanência de certos comportamentos não literal ou diretamente abarcados pelas obrigações assumidas para que o sentido e alcance do interesse negocial exercitado fosse consolidado.

É inaugurado, assim, o conceito de responsabilidade pós-contratual, ou nas primeiras versões doutrinárias, responsabilidade *post pactum finitum*, como mecanismo de imposição de sanções à parte que conforma atos que confrontam a teleologia contratual, mesmo após a suposta extinção do vínculo formal.

Dos exemplos emblemáticos que percorrem a doutrina que trata do tema, merece destaque, por sua exposição didática, o caso do terreno com uma bela vista, cuja narrativa aqui se colhe da obra de Menezes Cordeiro<sup>59</sup>.

No mencionado caso, as partes celebraram contrato de aquisição de um terreno que possuía vista privilegiada para uma montanha vizinha. O vendedor apresentou documentos oficiais que demonstrariam a impossibilidade de qualquer construção se contrapor entre o terreno vendido e o monte avistado, diante da vedação imposta pelo plano de urbanização local. Tal condição impulsionou a realização do negócio, uma vez que a vista ao monte era objeto relevante na aquisição do imóvel.

Concretizada o contrato, a compradora construiu uma casa com valor substancialmente superior ao do terreno e passa a desfrutar da almejada vista. A despeito de tais circunstâncias, algum tempo passado, o vendedor do terreno teria adquirido o imóvel adjacente, entre a casa da compradora e o morro, solicitando à autoridade pública a alteração do plano de urbanização para naquele espaço elevar edificação que inviabilizaria a vista do monte desde o imóvel antes vendido.

Importa frisar que o contrato de compra e venda do primeiro terreno nada previa além das cláusulas gerais de um negócio deste tipo, sem qualquer estabelecimento de dever de abstenção quanto às vistas pelo vendedor. Não obstante, diante do prejuízo às vistas causados posteriormente pelo vendedor, a compradora buscou no judiciário indenização em face do ato emulativo praticado.

Em instância inicial, o pleito indenizatório foi denegado, sob o fundamento de que o contrato de compra e venda não era tocado por qualquer vício e se extinguiu com a entrega e transferência do terreno, não havendo nele qualquer obrigação

---

<sup>59</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácias das obrigações. *In*: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. Vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 143.

adicional do vendedor em relação às vistas. Especialmente, afirmou-se na decisão que, quando da conclusão do contrato, as vistas prometidas pelo ofertante foram asseguradas, havendo alteração das circunstâncias apenas após a extinção da relação jurídica. O comportamento posterior de quem vendeu, nesse sentido, não teria qualquer vinculação e, portanto, limitação, ao conteúdo do contrato primitivo.

A corte revisional alemã, contudo, reformou a decisão inicial, afirmando que o cumprimento integral do contrato, tomado por sua finalidade, admite a imposição de deveres exigíveis mesmo após o cumprimento da prestação principal, razão pela qual o “cumprimento honrado e normal do contrato (§ 242) pode permanecer para o devedor, também depois da própria prestação, um dever do comportamento ou de omissão”<sup>60</sup>.

Tecnicamente apurado, o caso emblemático revela que a responsabilidade pós-contratual se ancora – assim como a responsabilidade pré-contratual, como acima anotado – na observância de deveres laterais de conduta, porém com sentido voltado a garantir a finalidade dos interesses em jogo ou, como é natural de uma norma sancionatória, promover a reparação dos danos causados com a frustração da exequibilidade do interesse exercitado no contrato. Nessa medida, Carlos Alberto da Mota Pinto preleciona que a expressão compreende o dever de indenizar, surgido após a extinção do contrato, frente ao comportamento da parte que deixou de colaborar com a efetiva realização do fim do contrato a partir da desatenção de deveres laterais que sobrevivem ao fim do contrato<sup>61</sup>.

Infere-se, aqui, novamente e em consonância com o já exposto, o papel central atribuído à boa-fé, de onde emanam os deveres laterais que se presentificam quando da extinção das obrigações principais. Não é por outra razão que Menezes Cordeiro indica a *culpa post pactum finitum* como correspondente “à projeção simétrica da

---

<sup>60</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácias das obrigações. *In*: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 146.

<sup>61</sup> “Quer significar-se com esta última expressão a possibilidade de surgimento dum dever de indenizar, por força de um comportamento adoptado por uma das partes dum contrato, depois da extinção, p. ex., pelo cumprimento, do último crédito. Com efeito, apesar da extinção, impõe-se a cada parte – limitemo-nos a formular uma directiva genérica – o dever de omitir comportamentos susceptíveis de prejudicar o fim do contrato. Neste caso, os deveres laterais têm de ser configurados como tendo sobrevivido à extinção dos deveres de prestação” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 354). Em excerto distinto, arremata o autor: “Tem, pois, como suporte, o contrato celebrado e executado, sendo a fórmula ‘responsabilidade pós-contratual’ apropriada, apenas, com referência à extinção dos deveres de prestação contratuais” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 356)

*culpa in contrahendo* no período pós-contratual”<sup>62</sup>, aplicável quando o fim buscado com o contrato demandasse o prolongamento de comportamentos acessórios<sup>63</sup>.

Ao passo que na responsabilidade pré-contratual a construção normativa visa sancionar a ruptura injustificada da legítima expectativa da conclusão do contrato, a responsabilidade pós-contratual tem como sentido sancionar comportamentos que frustrem a concretização plena do escopo do contrato. O elemento da confiança, nesse sentido, segue em posição central, sendo o elemento a conferir “proteção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelos comportamentos dos intervenientes”<sup>64</sup>.

Os deveres acessórios surgidos na fase pós-negocial, embora deslocados no tempo em relação ao cumprimento da obrigação principal, são geneticamente conectados ao interesse negocial fundante do contrato. Tratam-se de comportamentos exigíveis necessariamente após a extinção do dever prestacional

---

<sup>62</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 626. Em obra diversa, afirma o autor: “A analogia directa a partir da c.i.c. – uma enorme passagem de princípio à princípio – tem apenas peso retórico a nível de linguagem: não há analogia, há simetria. As dificuldades técnicas de semelhante passagem, sem mediações complexas, são intransponíveis: é diferente, por essência, a situação de pessoas que se encontram para contratar – e que, nessa medida, têm todas as possibilidades de se prejudicarem e, logo, dever de não o fazer – da de pessoas que, tendo executado e extinguido contratos antes celebrados, seguem os seus rumos no espaço jurídico” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da pós-eficácia das obrigações*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 160).

<sup>63</sup> A título ilustrativo, Menezes Cordeiro indica os deveres de proteção, informação e lealdade como exemplares da responsabilidade pós-contratual: “A pesquisa jurisprudencial das manifestações da pós-eficácia revelou que, extinta uma obrigação, podem subsistir, a cargo das antigas partes, deveres de protecção, de informação e de lealdade. No primeiro caso, constata-se que, concluído e extinto um processo contratual, as partes continuam vinculadas, em termos específicos, a não provocarem danos mútuos nas pessoas e nos patromónios uma da outra. (...) No segundo, assiste-se à manutenção, a cargo das antigas partes num contrato, de deveres de informação relacionados com o acto antes efectivado: o dever de explicitar o funcionamento de uma máquina de tipo novo, antes vendida, ou de prevenir perigos comportados pelo objecto de uma transacção encerrada. No terceiro, verifica-se a persistência, depois de finda uma situação obrigacional, do dever de não adoptar atitudes que possam frustrar o objectivo por ela prosseguido ou que possam implicar, mediante o aproveitar da antiga posição contratual, a diminuição de vantagens ou até, o infligir danos ao ex-parceiro. Integram-se, aqui, sob-hipóteses de grande relevo económico, tais como o dever de fornecer peças sobressalentes e de velar pela assistência técnica da coisa cedida, o dever de não concorrência ou o dever de sigilo perante as informações obtidas na constância da vinculação extinta. Tudo isso assenta na boa fé” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 628-629).

<sup>64</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 630. Prossegue o autor, no mesmo trecho: “A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu”.

descrito como núcleo da obrigação, porém necessários para garantir a eficácia do interesse negocial disposto ao longo do processo obrigacional<sup>65</sup>.

Para melhor precisão conceitual, importa distinguir a responsabilidade pós-contratual em sentido estrito de figuras análogas, especialmente por não representarem tais figuras a atuação dos deveres laterais<sup>66</sup> – cuja incidência é objeto relevante para o problema enfrentado na tese – ou por não se relacionarem a circunstâncias havidas quando já extinto o dever prestacional nuclear<sup>67</sup>. Tratam-se da pós-eficácia aparente, da pós-eficácia virtual e da eficácia continuada, que conformam o que se denomina na doutrina de pós-eficácia em sentido amplo<sup>68</sup>, cujas definições

---

<sup>65</sup> Ainda valendo-se da lição de Menezes Cordeiro, é possível compreender que “Se, depois da extinção das obrigações, mas mercê das circunstâncias por elas criadas, se mantiverem ou surgirem condições que, na sua vigência, podem motivar a constituição de deveres acessórios, eles mantêm-se. As razões de busca de saídas jurídicas materiais que levam, independentemente da vontade das partes, a admitir deveres acessórios durante a vigência da obrigação são sobejamente fortes para os impor, depois da extinção” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácia das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 181).

<sup>66</sup> O alerta é reforçado na dicção de Menezes Cordeiro: “Num certo amorfismo acrítico, têm sido consideradas de c.p.p.f. todas as manifestações de juridicidade que se manifestem depois de extinta uma obrigação. Feita a destrição, descobre-se: a pós-eficácia aparente – quando a lei associe, de modo expresso, certos deveres à extinção das obrigações – a pós-eficácia virtual – quando uma situação jurídica complexa preveja, desde o início, deveres a observar no seu termo – e a eficácia continuada – quando, numa situação também complexa, se extinga o dever de prestar principal, subsistindo os restantes. A verdadeira pós-eficácia – ou pós-eficácia em sentido estrito – coloca-se na área atinente aos deveres acessórios” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 627-628).

<sup>67</sup> A relevância do momento de exigência dos deveres que caracterizam a pós-eficácia negocial é remarcada por Menezes Cordeiro: “A afirmação da pós-eficácia num fenómeno, a ter um mínimo de cabimento, exige seguramente, pelo menos, que ela ocorra ou se manifeste em conexão com algo que, a qualquer título, se considere extinto. Com este sentido, pode falar-se em c.p.p.f. ou pós-eficácia em sentido amplo. A esta noção, puramente descritiva, obrigam-se realidades diversas que, a não serem deslindadas, retiram interesse e utilidade à doutrina da c.p.p.f.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácia das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 175).

<sup>68</sup> “A ocorrência de feitos jurídicos depois da extinção do dever de prestar é possível por vias distintas; o fenómeno sucede independentemente da natureza das obrigações em causa. Nessa medida, pode falar-se em pós-eficácia das obrigações em sentido amplo. Essa expressão dá abrigo à realidades jurídicas diversas: à pós-eficácia aparente, quando os efeitos sejam imputados, por disposição legal expressa e específica, à extinção de certas obrigações, à pós-eficácia virtual sempre que a fonte da obrigação tida por extinta postule deveres secundários eficazes apenas depois da execução da prestação principal, à eficácia continuada correspondente à manutenção, para lá do cumprimento, da prestação principal, de deveres secundários já anteriormente manifestados e à pós-eficácia estrita, limitada à sobrevivência, face à obrigação, de deveres acessórios. Cada uma destas fórmulas tem um regime jurídico próprio e distinto. Com excepção da pós-eficácia estrita, os regimes aplicáveis já haviam sido alcançados por outros instrumentos técnicos; a consideração da pós-eficácia ampla e suas modalidades oferece, contudo, um novo ângulo de estudo e possibilita a clarificação global do fenómeno” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácia das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 185-196).

brevemente se passa a expor.

Em primeiro plano, fala-se da “pós-eficácia aparente” diante de circunstâncias nas quais a extinção das obrigações constitui hipótese de incidência de deveres próprios imputáveis às partes, sem função acessória à eficácia do interesse negocial expressado pelo cumprimento do dever principal. A título de exemplo, toma-se o dever de dar quitação diante do cumprimento da obrigação, nos termos do artigo 319 do Código Civil brasileiro<sup>69</sup>; trata-se de dever surgido exclusivamente diante da extinção, pelo pagamento, da obrigação principal, mas não guarda relação eficaz com o objeto do interesse negocial.

Ainda que se possa arguir que o cumprimento dos deveres abarcados no âmbito da pós-eficácia aparente deve ser pautado pela boa-fé objetiva – como, de resto, o cumprimento de qualquer comportamento próprio das relações obrigacionais –, não se enquadram tais deveres na perspectiva que importa ao problema enfrentado nesta tese, por justamente não dizerem respeito à extensão da eficácia do interesse negocial para momento temporal posterior ao cumprimento da obrigação principal.

Adicional figura semelhante que merece menção é aquela que denominou a doutrina de “pós-eficácia virtual”, reconhecida nas situações formatadas por obrigações complexas nas quais parte dos comportamentos exigíveis, previamente já enumerados, colocam-se em cadeia com o cumprimento ou a extinção da obrigação principal. Exemplo singelo de tal figura é o dever do locatário restituir a coisa diante do fim do contrato de locação, obrigação essa que faz parte do todo complexo dos comportamentos próprios do negócio jurídico entabulado.

---

<sup>69</sup> Maurício Mota aponta dois outros exemplos de pós-eficácia aparente, após defini-la: “Os efeitos pós-eficazes de obrigações que são cominados, expressa e especificamente, por norma jurídica que tem o fato extintivo por previsão, não configuram rigorosamente pós-eficácia, mas tão-só eficácia (atual) do próprio fato extintivo que, afinal, vem a se afirmar como constitutivo de situações novas. Chama-se a esta situação, à eficácia que a lei, expressa e especificamente, associe à extinção de certas obrigações, de pós-eficácia aparente. Destarte, não é caso de pós-eficácia, mas, tão-somente, de pós-eficácia aparente a revogação da procuração pelo mandante, que extingue o mandato (art. 682, I, CC), porém não pode ser oposta a terceiros que, ignorando a revogação, concluíram negócios com o mandatário (art. 686, CC). Do mesmo modo no caso de extinção do mandato por morte do mandatário, que resulta para os herdeiros o dever de avisar o mandante e de tomar as providências necessárias para a consecução do negócio, até que o mandante possa atuar (art. 690 CC). Outro caso de pós-eficácia aparente é o previsto no art. 47371 do Código Civil que dispõe que os contratos de distribuição por prazo indeterminado poderão ser denunciados a qualquer tempo, porém, a denúncia não poderá ser abusiva e só produzirá os efeitos que lhe são próprios, posteriormente à extinção do contrato, após o transcurso de um prazo razoável” (MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, 2011, p. 351-423. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194/7970>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018. p. 393).

Não se tratam, portanto, de deveres autônomos constituídos pela extinção da obrigação, mas sim surgidos do conteúdo próprio das obrigações complexas como hipóteses de prestações secundárias, cuja eficácia permanece suspensa enquanto não cumprida a prestação principal<sup>70</sup>. Por não se inserirem no plano pós-eficaz propriamente dito, tais hipóteses não atendem ao objeto desse trabalho, a elas não se aplicando o enfrentamento adiante conformado.

Finalmente, como terceira figura associada à pós-eficácia negocial, ainda que com menos similitude, importa citar a ocorrência da eficácia continuada de certas obrigações. Trata-se aqui dos deveres secundários, de mesma fonte dos deveres principais (o que distingue a hipótese da pós-eficácia virtual), que, embora com ela coexistam, mantêm-se para adiante do seu cumprimento. Aqui se toma o exemplo do dever de sigilo imposto ao advogado, que se projeta para depois de cumprido o mandato outorgado. Não se confunde com a pós-eficácia propriamente dita, ao passo que, como nos casos anteriores, não se conecta à eficácia do interesse negocial posto em relação.

Decompondo os elementos que compreendem as espécies formativas da pós-eficácia em sentido amplo, é possível reforçar, por exceção, o conceito depurado da pós-eficácia negocial propriamente dita, ou pós-eficácia em sentido estrito, como indicou Menezes Cordeiro<sup>71</sup>. Trata-se da projeção de comportamentos não determinados pela norma jurídica ou contidos no rol de prestações de uma obrigação complexa, mas sim estabelecidos como deveres acessórios, pautados, segundo a doutrina presente, pela boa-fé objetiva, vinculados à eficácia do interesse negocial e surgidos ao longo do processo obrigacional segundo suas circunstâncias – sendo essa a chave da discussão que ora se coloca.

Os deveres acessórios que compõe a eficácia pós-negocial assumem, pois, relevante papel no caráter funcional da obrigação<sup>72</sup>. O fim perseguido pela relação

---

<sup>70</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da pós-eficácia das obrigações*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 178.

<sup>71</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da pós-eficácia das obrigações*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 181.

<sup>72</sup> Sobre o aspecto funcional atendido na pós-eficácia negocial, Carlos Alberto da Mota Pinto escreveu: “Não se trata de uma simples adição de elementos independentes, com a mera conexão resultante desse insignificante dado causal. A estrutura interna da relação contratual é determinada, antes, por uma consideração de caráter funcional. A identidade do fim, comum a créditos, débitos, deveres acessórios, deveres laterais, direitos potestativos, sujeições, ônus, etc., estabelece entre todos esses

jurídica, que vai se consolidando ao longo do processo obrigacional, conclama as partes a atuarem para sua realização, ainda que o aspecto estrutural nuclear já se tenha concluído pelo cumprimento da prestação principal<sup>73</sup>. A força normativa dessa convocação à permanência do vínculo negocial atrela-se, pelo que já se expôs, à observância dos comportamentos atrelados à boa-fé<sup>74</sup>.

É justamente a vinculação à boa-fé objetiva como única explicitação teórica da pós-eficácia negocial que se coloca em questão, tendo como fio condutor do problema a percepção de que a tutela promovida diz respeito ao interesse negocial negativo. É inegável, a partir da recuperação da literatura sobre o tema, que a construção jurisprudencial originária e a explicitação doutrinária que a seguiu miravam, sob a sombra da responsabilidade pré-contratual, a reparação pelo comportamento danoso fundado na culpa advinda da inobservância da boa-fé.

Não obstante, é relevante considerar as possibilidades de tutela do interesse

---

elementos uma íntima correlação” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 374).

<sup>73</sup> E esse respeito se manifestou Larenz: “Pueden derivarse propiamente ‘deberes postcontractuales’ en el sentido de que la buena fe exige según las circunstancias, que los contratantes, después de la terminación de la relación contractual, omitan toda conducta mediante la cual la otra parte se vería despojada o vería esencialmente reducida las ventajas ofrecidas por el contrato” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 156). Em tradução livre: “Podem derivar propriamente de ‘deveres pós-contratuais’ no sentido de que a boa fé exige, de acordo com as circunstâncias, que as partes contratantes, após o término da relação contratual, abstenham-se de qualquer conduta pela qual a outra parte seria despojada ou seria e substancialmente reduzida nas vantagens oferecidas pelo contrato”. No direito brasileiro, restou bem assentada essa hipótese na defesa de Rui Barbosa no caso envolvendo cessão de clientela. No exercício da advocacia no referido caso, o jurista delimita, em comparação de casos, a projeção de eficácia do contrato, de forma a bem revelar, ainda que indiretamente, o sentido e alcance da pós-eficácia negocial: “Primeiro: que ‘as vendas *d’établissements à achalandage*, como os cafés, os hotéis garnis, os estabelecimentos de comércio a retalho, envolvem, de si mesmas, a proibição, ao cedente, de se estabelecer na vizinhança’ (DALLOZ: Supplément au Répert., tom. IX, p. 366, n.º 123.). Segundo: que ‘a cessão de um *fonds de commerce*, se êste por alienado com a clientela, importa a obrigação, para o alienante, de não exercer comércio análogo, quando menos no raio comercial do estabelecimento vendido’ (Pandectes Belges., v.º Clienèle, número 22, v. XIX, col. 977.)” (BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. XL, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 120-121.)

<sup>74</sup> Novamente, aqui, a lição de Carlos Alberto da Mota Pinto: “Os deveres laterais, conforme resulta da caracterização traçada, tiram a legitimidade da sua existência e do seu conteúdo da circunstância de serem meios necessários, segundo a boa fé ou expressa determinação legal, para garantir a satisfação de interesses correspondente ao contrato. Criam-se, através deles, os pressupostos para uma integral e eficaz realização do fim contratual. (...) De todas as precedentes considerações resulta nítida a conexão existente entre os deveres laterais e o dever principal de prestação: os tipos de vínculos têm um fim comum (a satisfação do fim contratual), para cuja realização os primeiros têm um papel auxiliar e o segundo uma intervenção principal” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 375-376).

do negocial positivo a partir da projeção de comportamentos surgidos da relação obrigacional. Assim, ao invés de se cogitar unicamente em sanção indenizatória pelo descumprimento, é possível pensar em uma construção segundo a qual a eficácia pós-contratual passe a fazer sentido também como fórmula de impor comportamentos necessários para a concretização da finalidade da obrigação principal, uma vez que seu sentido é, de fato, prevenir que se balde a função da relação obrigacional.

É nessa medida que se pode iniciar o apontamento da insuficiência da boa-fé objetiva como fundamento exclusiva da pós-eficácia negocial, como adiante se passa a aprofundar.

### **1.3 A insuficiência da eficácia pós-negocial com fundamento exclusivo na boa-fé objetiva.**

A fim de consolidar a afirmação antes feita a respeito da limitação da pós-eficácia negocial fundada somente no princípio da boa-fé objetiva, importa estabelecer o conteúdo prático desse último conceito, com ênfase no aspecto que impacta na crítica ora construída. Para tanto, cumpre perscrutar, no que é relevante para o tema, as origens da regra geral em destaque.

Ainda que se trate de conteúdo distinto, o apontamento da aplicação jurídica inicial da boa-fé é de relevante influência para a contextualização ora proposta. Inserida no bojo da demanda por abstração estabelecida pela construção jurídica da modernidade, necessária para alimentar os dogmas da segurança e da previsibilidade, valeram-se os juristas modernos da experiência jurídica romana para captar, na boa-fé subjetiva<sup>75</sup>, conceito ligado a uma compreensão de comportamento ético vinculado ao interesse econômico individual e baseado na vontade<sup>76</sup>. É

---

<sup>75</sup> Sobre o tema, assevera Teresa Negreiros: “Analisada sob a ótica subjetiva, a boa-fé apresenta-se como uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar. Transposta para o domínio das obrigações contratuais, a noção de boa-fé adquire conotação muito diversas das que se inferem da sua vertente subjetivas. A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 120).

<sup>76</sup> Rosalice Fidalgo Pinheiro e Laura Garbini Both sintetizam essa apreensão histórica da seguinte forma: “Recebida do Direito Romano como valor e experiência jurídica daquele povo, a boa-fé logo

justamente a crise desse modelo, cujo reconhecimento se apresenta na primeira metade do século XX, que permitiu o estabelecimento de uma regra geral de conduta ainda atrelada ao comportamento ético<sup>77</sup>, porém desvinculada do estado volitivo do sujeito, a fim de promover o reequilíbrio das relações econômicas tão profundamente afetadas pelos efeitos dos conflitos geopolíticos<sup>78</sup>.

Surge, pois, a boa-fé objetiva no âmbito e como ferramenta própria das relações jurídicas contratuais patrimoniais, indicada por Anderson Schreiber como fruto da evolução da fonte romana antes citada e enraizada na conotação da expressão germânica *Treu und Glauben*, com vinculação conceitual às “ideias mais gerais de lealdade e respeito às expectativas alheias”<sup>79</sup>, panorama bastante

---

se sistematiza nas mãos do jurista moderno, que se vale de uma racionalidade calculadora. Trata-se da mentalidade moderna, que é, em boa medida, a mentalidade burguesa. Eis que a lógica mercantil requer a previsibilidade e o cálculo, aos quais ela une a abstração. Nestes termos, a recepção do direito romano e a ascensão econômica e cultural da burguesia partilham a mesma época, conjugando racionalidade jurídica e racionalidade econômica. Contudo, importa não tanto a absorção das categorias jurídicas delineadas pelos romanos, mas o instrumental oferecido pelo seu ‘pensamento jurídico-formal’. Nesses termos, a boa-fé foi captada pela fotografia da codificação. Expressão do monismo jurídico delineado pelo ‘Estado da ditadura da burguesia’, a codificação oitocentista abriu ‘janelas para o ético’, das quais irrompem princípios como a boa-fé. Porém sob o legado de uma racionalidade lógico-dedutiva, deixada pelo jus-racionalismo ao positivismo jurídico, suas potencialidades foram domesticadas. Nos limites de uma interpretação cunhada pela Escola e pela Jurisprudência dos Conceitos, a boa-fé sucumbe ao voluntarismo jurídico, restando subjetivada” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. As “fórmulas mágicas” da boa-fé na jurisprudência brasileiro: um cenário de transferências culturais. In: FACHIN, Luiz Edson; CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; NALIN, Paulo (coord). Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 214-215).

<sup>77</sup> Sobre esse aspecto, veja-se: “A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 42).

<sup>78</sup> Sobre o tema, veja-se: “É a partir deste quadro de transformações que a jurisprudência alemã viria a revolucionar a interpretação da boa-fé objetiva, principalmente através de uma compreensão mais aberta do § 242 do BGB, que dispunha que ‘o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico’. A boa-fé objetiva conheceu, portanto, uma formidável expansão no século XX. Países como Itália, Portugal e Espanha fizeram uso dela na sua recodificação. A generalidade cada vez maior da boa-fé fez, inclusive, com que as Nações Unidas reconhecessem-na como parâmetro hermenêutico nos tratados que versam sobre o comércio internacional, como a Convenção de Viena (1980), sobre a compra e venda de mercadorias. Este processo de universalização, contudo, não pode ter como objetivo a pressuposição de uma norma única de conduta, sem uma relativização que considere as particularidades históricas. Em cada caso concreto deve ser perquirido o Standard de comportamento razoável, levando-se em conta o ambiente social em questão” (LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 62).

<sup>79</sup> SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: *Família e Dignidade – Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2005, Belo Horizonte Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/6.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf). p. 01-02. Acrescenta o autor: “Embora não fosse de todo desconhecida dos povos da Antiguidade, a noção de boa-fé objetiva, como atualmente

condizente com o modelo doutrinário (e em alguns sistemas, legal) de responsabilidade pré-contratual e, na atual concepção restritiva, de eficácia pós obrigacional.

O significado atual da expressão, com a necessária distinção do seu caráter objetivo, é influenciado, nestes termos, justamente pela construção alemã do pós-guerra; de início especialmente de natureza jurisprudencial, foi posteriormente vertida no texto do § 242<sup>80</sup> do BGB, cujo sentido normativo e idiomático revela um afastamento do apego ao comportamento volitivo do sujeito em benefício de uma aproximação ao estabelecimento de conduta exigível dos contratantes<sup>81</sup>, ratificando-se como conteúdo amplo de interpretação contratual.

Trata-se de um elemento normativo paulatinamente formatado (e ainda em evolução<sup>82</sup>), inicialmente reconhecido como espécie de reforço interpretativo do

---

a conhecemos, surge no início do século XX, sobre tudo a partir da interpretação atribuída pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência alemã ao § 242 do BGB. O conhecimento dispositivo, segundo o qual 'o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé', ganhou progressivamente, na atuação das cortes, a roupagem de cláusula apta a transformar o direito das obrigações, e assim difundiu-se por todo o mundo, alterando de modo significativo o sentido das soluções tradicionalmente reservadas aos conflitos contratuais" (idem).

<sup>80</sup> "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Em tradução livre: "O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico".

<sup>81</sup> Nesse aspecto, revela Teresa Negreiros que o uso distinto, no direito alemão, da expressão *Treu und Glauben*, em dissociação à expressão *guter Glaube*, é revelador do sentido de objetivação presente no § 242, "conhecido como a cláusula geral de boa-fé e responsável por uma série de desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários que, ao longo do tempo, vêm atuando para a concreção do princípio na Alemanha e nas culturas jurídicas que sofrem a sua influência" (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 10-11). Prossegue a autora, no mesmo trecho: "A boa-fé assim estabelecida como dever de conduta exigível no âmbito do direito das obrigações não se confunde com o conceito de *guter Glaube*, entre nós traduzido pela situação ou fato psicológico da boa-fé." No mesmo sentido, leciona Anderso Schreiber "A boa-fé objetiva consiste em cláusula geral que impõe a adoção de comportamento compatível com a mútua lealdade e confiança nas relações jurídicas. Trata-se da noção amplamente desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs nas relações contratuais, com base no § 242 do BGB, em que se lê: 'O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico'. A boa-fé objetiva resulta, portanto, em standards de conduta leal e confiável (*Treu und Glauben*). Difere, assim, da boa-fé subjetiva ou boa-fé possessória, definida como um estado psicológico de ignorância acerca de vícios que maculam certo direito" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 405).

<sup>82</sup> Como revela a abordagem de Jan Peter Schmidt no artigo "Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis", em tradução livre significando "Dez anos do art.422 do Código Civil – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na práxis judicial brasileira" (Schmidt, Jan Peter. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis (Ten Years Article 422 Código Civil – Highlights and Lowlights in the Application of the Principle of Good Faith in Brazilian Court Practice). *Mitteilungen der Deutsch-*

conteúdo interno ao contrato, para, posteriormente, com o esforço construtivo da jurisprudência, ganhar a autonomia e a irradiação para todo o plano do programa das relações jurídicas obrigacionais<sup>83</sup>.

Na expressão de Clóvis do Couto e Silva, “o princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração”<sup>84</sup>, ao estabelecer os limites da prestação a partir da imposição de reconhecimento, pelos partícipes, do conjunto e da finalidade dos interesses em marcha, próprios e alheios, merecedores de tutela. Não é outro motivo que levou Luis Díez-Picazo a estabelecer relevante distinção entre uma construção embrionária de boa-fé e o princípio geral de boa-fé propriamente dito, dando sentido à distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva<sup>85</sup>.

Partindo-se dessa primeira apreensão, o conceito desenvolveu-se pela adesão ao princípio de um conjunto valorativo extenso, que perpassava a liberdade, a equidade e a justiça contratual, repousando, em uma incidência tríplice, voltada ao devedor, ao credor e a todos os participantes da relação jurídica em conjunto.

---

*Brasilianischen Juristenvereinigung*, V. 32, No. 2, pp. 34-47, 2014), no qual analisa a utilização da boa-fé na jurisprudência brasileira, apresentando comparativo interessante com o momento presente de maior limitação às decisões fundadas na referida cláusula geral pelos Tribunais alemães.

<sup>83</sup> Teresa Negreiros, uma vez mais, leciona que “Inicialmente, a disposição transcrita não foi aplicada com a autonomia e os efeitos transformadores de todo o direito obrigacional que mais tarde vão caracterizar a construção e a síntese judiciais a ela reconduzidas. Ao contrário, o § 242 configurou-se, nos primeiros tempos de vigência do BGB, como um mero “reforço material ao contrato”, em complemento, assim, à rega do § 157, que determinava fossem os contratos interpretados segundo a boa-fé. (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 50)

<sup>84</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 34.

<sup>85</sup> “Al enfrentarnos con el tema de la buena fe conviene no perder de vista que son probablemente dos cosas distintas la idea escueta de buena fe y el principio general de buena fe. Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. (...). Otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. (...) Este deber de comportarse según buena fe se proyecta en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe”. (DÍEZ-PICAZO, Luis. Prologo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 11-12.) No mesmo sentido, Franz Wieacker esclarece que “Al parágrafo 242 – según la intención del legislador – le correspondía antes que nada la humildísima misión de determinar más concretamente el cómo del deber de prestación en el cuadro del ordenamiento legal” (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 83).

Como pontua Larenz<sup>86</sup>, ao devedor a boa-fé impõe-se como modo de cumprimento da obrigação que ultrapasse a estreiteza do signo contratual e atenda ao fim que razoavelmente é esperado pelo credor; ao credor, como comando de otimização da confiança depositada pelo devedor acerca do cumprimento de seus aspectos da obrigação, em colaboração com o desenvolvimento do fim buscado; finalmente, ao conjunto dos sujeitos tocados pela situação jurídica, como amálgama de esforços para o cumprimento finalístico pleno do objeto da relação jurídica.

Da construção acima disposta, infere-se que no processo obrigacional, tomado desde o tempo anterior à realização da obrigação principal, passando por sua execução nuclear e na reverberando, quando menos, na preservação posterior de sua finalidade, a boa-fé se posta como fio condutor comportamental uma vez que emanada do centro de interesses negociais que circundam a relação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a influência da construção germânica da boa-fé objetiva se fez sentir com mais vigor apenas nas legislações surgidas após a promulgação da Constituição da República de 1988, ainda que em momento anterior a expressão boa-fé já se apresentasse, embora de forma menos densa.

De fato, foi o Código Comercial de 1850 (Lei 556, de 25 de junho de 1850, posteriormente revogada em parte pelo atual Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002) o primeiro instrumento legislativo a inserir no ordenamento jurídico brasileiro menção à boa-fé<sup>87</sup>, nos termos de seu artigo 131<sup>88</sup>, como hipótese de critério de interpretação dos contratos comerciais, com evidente abrangência restritiva e voltado à exegese própria dos tratos do comércio, não expansível, portanto, às demais relações obrigacionais.

---

<sup>86</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 148.

<sup>87</sup> Pontua Bruno Lewick que “a primeira menção do legislador pátrio a boa-fé teve lugar no vetusto Código Comercial de 1850, em seu art. 131, I, estabelecendo-a como cânone para a interpretação dos contratos firmados sob a sua égide” (LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 63).

<sup>88</sup> “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;” (BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1950. Código Comercial. Registrada a folhas 8 do Livro 1º das Leis e Resoluções. Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça. Rio de Janeiro: 1º de julho de 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM556.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018)

Para além do Código Comercial, a boa-fé se apresentava na aplicação jurídica a partir do sentido idiomático não específico, representativa de um estado volitivo do agente em praticar determinada conduta abonadora, ao que se definiu conceitualmente como boa-fé subjetiva<sup>89</sup>. Sobre tal conceito, leciona Teresa Negreiros que “a boa-fé apresenta-se como uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar”<sup>90</sup>.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, porém, o ordenamento jurídico brasileiro passou a vivenciar, a partir do texto do artigo 4º<sup>91</sup> do referido diploma, a experiência legislativa da boa-fé objetiva, ainda que com sentido e alcance muito peculiares. Atentam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que “foi justamente neste artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que surgiu a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da política nacional de relações de consumo”<sup>92</sup>.

Também a boa-fé objetiva ganha assento no Código de Defesa do Consumidor

---

<sup>89</sup> Sobre o tema, dissertam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o termo boa-fé era utilizado pelos tribunais brasileiros exclusivamente em sua acepção subjetiva, isto é, como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito. Era também neste sentido que o Código Civil de 1916 empregava o termo, referindo-se, por exemplo, ao possuidor de boa-fé como aquele que tem a posse de um bem sem consciência de que há um vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição do domínio sobre a coisa” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os Efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 139).

<sup>90</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 120.

<sup>91</sup> “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>92</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os Efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 140.

a partir do artigo 51, que define como nulas as cláusulas contratuais a ela contrárias<sup>93</sup>. A propósito, destacam Tepedino e Schreiber que referidas normas revelam concepção de boa-fé renovada, “desvinculada das intenções íntimas do sujeito”<sup>94</sup>, exigindo comportamentos atinentes a critérios objetivos de lealdade, integridade e cooperação na realização dos fins buscados pela relação estabelecida. É de se notar que, o sentido adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, ao incorporar a boa-fé objetiva, é de grande proximidade ao sentido formulado pela doutrina e jurisprudência alemãs<sup>95</sup>, dado que se apresenta como cláusula geral nucleada na mútua cooperação entre as partes para a realização da finalidade do contrato<sup>96</sup>.

Vale dizer, portanto, que ainda que constituída com evidente propósito de tutelar situações jurídicas estabelecidas por sujeitos em posições de poder jurídico e econômico distintas, a explicitação da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor indica a inserção, no ordenamento brasileiro, de uma norma geral de conduta<sup>97</sup> que ultrapassa a verificação do elemento volitivo do comportamento para

---

<sup>93</sup> “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;” BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>94</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os Efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 141.

<sup>95</sup> Nesse ponto, embora distante do objeto do presente estudo, interessante problematização lançada por Paulo Nalin, ao afirmar: “A eleição de um *standard* de conduta, de indiscutível origem germânica, modelo eleito pela doutrina brasileira para se abordar a boa-fé objetiva, necessita passar por emergencial adaptação aos trópicos e ao subdesenvolvimento sul-americano, sob pena de esta fabulosa construção dos tempos atuais cair no descaso perante os tribunais pátrios” (NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 132).

<sup>96</sup> Vale dizer: ainda que em posição de superioridade eventualmente econômica e técnica, a boa-fé objetiva vertida no Código de Defesa do Consumidor impõe-se ao fornecedor atuar para satisfação da finalidade contratual, atendendo o interesse do consumidor do produto ou tomador do serviço.

<sup>97</sup> A esse respeito: “Transposta para o domínio das obrigações contratuais, a noção de boa-fé adquire conotações muito diversas das que se inferem da sua vertente subjetiva. A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 120). Adiante, prossegue a autora: “Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de

impingir às partes comportamentos pré-definidos e independentes da vontade. Mais do que isso, a disposição da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor dá pistas a respeito da nuclear vinculação da regra geral ao interesse negocial, o que, a despeito de suas múltiplas funções prospectivas no direito constitucionalizado, não deixa de expor suas raízes.

De forma mais abrangente, a boa-fé objetiva aporta no artigo 422 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002<sup>98</sup>, que estabeleceu o vigente Código Civil, como norma geral de conduta não mais restrita às relações de consumo, mas a todas as relações jurídicas privadas<sup>99</sup>, inclusive as relações obrigacionais tidas como paritárias<sup>100</sup>,

---

conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122-123).

<sup>98</sup> “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>99</sup> Forçoso assinalar, como fazem Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, que “A despeito da inexistência de preceito genérico que consagrasse o dever de agir com boa-fé no âmbito das relações contratuais em geral, a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo e qualquer contrato. (...) Tal posicionamento doutrinário consolidou-se, pouco a pouco, na tradição jurídica brasileira, fortalecendo-se pela força expansiva do Código de Defesa do Consumidor, de modo a atingir todas as relações contratuais” (BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado*. v. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 15).

<sup>100</sup> A depuração do conceito, vertido em cláusula geral, atua não apenas no plano das obrigações, mas no tríplex vértice fundante das relações privadas. Tal ordem de ideias se reforça no reconhecimento de que todo o sistema normativo deve prestar contas à tutela da dignidade da pessoa, repisa-se a lição de Anderson Schreiber, que verifica o “compromisso de todo o direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12). Assim, ao lado de toda a crítica pertinente à formatação da codificação civil vigente, especialmente relativa à incongruência de seu modelo estruturante com a compreensão contemporânea marcadamente aberta ao arejamento funcional das normas, importa reconhecer que em determinados aspectos o Código Civil de 2002 refletiu o que anos antes Orlando Gomes designou de *revolução na cultura jurídica* (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 05), impondo a sobreposição dos valores relacionados à dignidade nas múltiplas relações jurídicas reguladas pelo diploma. Tal centralidade da tutela da dignidade humana impõe ao intérprete esforço construtivo da norma, ampliando a função dos conteúdos teóricos enraizados na codificação em adequação ao sentido protetivo revelado pelo ordenamento constitucional, sendo um dos conteúdos potencialmente relevante nessa missão a cláusula geral da boa-fé objetiva. Frente à ampliação da complexidade das situações jurídicas, passa-se a exigir cada vez mais rigor técnico no processo hermenêutico construtivo, demandando distinções conceituais ante a distinção das demandas materiais e uma atuação de maior mutabilidade da boa-fé objetiva. Nessa medida, leciona Wieacker que a “*conducta ético-jurídica y la nueva creación de Derecho no se limitan al Derecho de obligaciones*” (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 87-88), afirmado que “*la función genuina officium iudicis de nuestro primer grupo está sin duda típicamente asociada a la relación obligatoria – con inclusión de las obligaciones legales de prestación*

aplicando-se, por certo, os filtros necessários adiante aludidos<sup>101</sup>.

Restou, assim, incorporada ao conteúdo normativo expresso, regra de conduta cogente que se subtrai do programa normativo e principiológico constitucional<sup>102</sup> e que, conforme leciona Carlos Nelson Konder, “impõe juridicamente uma conduta ética tanto na celebração e execução do contrato, como nos períodos pré e pós-contratual”<sup>103</sup> atuando, ainda na lição do ator, a um só tempo como critério de interpretação, como limite ao exercício de direitos subjetivos vertidos em interesse negocial e “pela imposição de deveres laterais, como cuidado, informação, colaboração e sigilo”<sup>104</sup>.

Trata-se de reflexo evidente da aproximação da compreensão de boa-fé objetiva no direito brasileiro àquela construída no ordenamento alemão, de onde se originou a classificação segundo a qual a boa-fé atende a uma tríplice função, estabelecida por Franz Wieacker, em menção direta à obra de Boehmer, a partir do resgate à estrutura clássica do Direito Romano ao dispor que “*el parágrafo 242 BGB actúa también iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*”<sup>105</sup>.

---

*del Derecho de cosas, de familia, de sucesiones – y naturalmente del Derecho de sociedades*” WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 88). Em tradução livre: “a conduta ético-jurídica e a nova criação do Direito não se limitam ao direito das obrigações” (...) “a função genuína officium iudicis do nosso primeiro grupo é indubitavelmente associada à relação obrigacional - incluindo as obrigações legais de prestação do direito das coisas, da família, das sucessões - e naturalmente no direito societário”.

<sup>101</sup> É de se observar que a inserção da boa-fé objetiva no sistema normativo brasileiro, a partir da instrumentalização legal do artigo 422, representou, a princípio, compreensão reduzida do âmbito de incidência do conteúdo valorativo, dado que estabeleceu sua observância na conclusão e na execução do contrato, restando para a construção doutrinária e jurisprudencial o estabelecimento discursiva da incidência da fase pré-contratual e pós-negocial. Nesse sentido, pontua Anderson Schreiber: “Nada obstante a redação do art. 422, que apenas se refere aos momentos da conclusão e da execução contratual, é unânime a aceitação da incidência do princípio já na fase das tratativas, e mesmo após a extinção do contrato” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 406).

<sup>102</sup> “A cogência da norma que impõe aos contratantes atuarem com boa-fé parece-nos, contudo, dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão. (...) Com a entrada em vigor do novo Código Civil, o art. 422 deverá ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 187, em que o princípio da boa-fé é expressamente invocado como um limite imposto ao titular do direito, que não o pode exercê-lo de forma contrária à boa-fé” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-140).

<sup>103</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

<sup>104</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

<sup>105</sup> De maneira mais ampla, afirma o autor: “La clasificación del material debe fundarse en la correspondiente relación entre la aplicación del Derecho basada en el parágrafo 242 y el resto de la

Da doutrina estrangeira e doméstica se colhe, portanto, a miríade de efeitos da boa-fé objetiva quando amplificada à regra geral de conduta para todo o programa obrigacional, importando explicitar tais efeitos a fim de delimitá-los nos termos da natureza, sentido e função da situação jurídica sob a qual incidirão e da fase do processo obrigacional que se encontra.

Mais especificamente no sistema brasileiro, retomando o apontamento acima feito, o sentido da tríplice função da boa-fé objetiva se consolidou como (a) cânone interpretativo-integrativo, (b) norma criadora de deveres jurídicos e (c) norma limitadora do exercício de direitos subjetivos, cuja acepção conjunta revelam o delineamento da relação obrigacional como espécie de relação de solidariedade e atenção aos mútuos interesses, integrando, como antes afirmado, os limites e finalidade do interesse negocial.

A primeira das funções indicadas faz compreender a boa-fé como critério hermenêutico, impondo à interpretação contratual a permanência no espectro da lealdade entre as partes, o que colmata o sentido da responsabilidade pré-contratual a partir da tutela da confiança e dos efeitos pós-contratuais a partir do estabelecimento de cooperação na concretização do interesse negocial. Trata-se, assim, de vedação à atividade interpretativa que injustamente promova benefício a uma das partes, protegendo, assim, o valor da justiça social<sup>106</sup>.

Em relação à função de norma limitadora do exercício de direitos subjetivos, entende-se que a boa-fé objetiva atende a elemento de contenção capaz de diferenciar o exercício regular de determinados direitos do exercício considerado abusivo, abarcando o conteúdo presente no artigo 187<sup>107</sup> do Código Civil. O exemplo

---

regulación legal. Se comprende fácilmente que se adopte el esquema con el que en otro tiempo los juristas romanos intentaron dar cuenta de la relación del derecho pretoriano con el *ius civile*" (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 50). Em tradução livre: "A classificação do material deve basear-se na relação correspondente entre a aplicação da Lei com base no parágrafo 242 e o resto da regulação legal. É fácil entender que se adote o esquema com o qual, em outro tempo, os juristas romanos tentaram dar conta da relação do direito pretoriano com o *ius civile*".

<sup>106</sup> "O valor da justiça social, expresso no Texto fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa-fé, etc." (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 49).

<sup>107</sup> "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." Nessa

da interrupção da vista para o morro, acima descrito, pode, em certa medida, ser aqui enquadrado como violação à boa-fé no âmbito pós-negocial.

Em último plano, a função pela qual se reconhece a boa-fé como fonte criadora de deveres anexos<sup>108</sup> atribui à norma geral o papel de estabelecer comportamentos não previstos no núcleo da relação obrigacional, mas conectados aos deveres genéricos de lealdade, proteção e informação – que se materializam, no caso concreto, a partir de comportamento merecedor de tutela<sup>109</sup>. Trata-se da mais relevante função da boa-fé quando mirada como hipótese de concretização normativa da eficácia pós-negocial com o sentido já estabelecido pela doutrina, dado que são justamente os deveres anexos que, como se descreve, se projetam para depois do cumprimento do núcleo central da obrigação como espécie de memória funcional do fim buscado pelas partes. Nos termos da lição de Carlos Alberto da Mota Pinto, possuem tais deveres “uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”<sup>110</sup>, atuando na conservação do fim representado pela consolidação do

---

sentido, dispõe Teresa Negreiros: “Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 141).

<sup>108</sup> A nomenclatura aqui utilizada não descuida do debate existente acerca da melhor indicação dessa categoria de deveres. Por todos ver Carlos Alberto da Mota Pinto: “A sua designação é ainda imprecisa: um autor (Stoll) designa-os, algo estreitamente, por deveres de proteção (*Schutzpflichten*), por oposição aos deveres de prestação (*Leistungspflichten*); outro (Larenz) denomina-os ‘outros deveres de conduta’ (*weitere Verhaltenspflichten*) ou deveres de diligência, sempre em contraposição aos deveres de prestação; outro ainda (Esser) fala de deveres laterais (*Nebenpflichten*)” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 338).

<sup>109</sup> Quanto às situações jurídicas merecedoras de tutela, veja-se a lição de Perlingieri: “Aspecto essencial das situações subjetivas é, enfim, aquele normativo ou regulamentar; é ele que atribui relevância jurídica à situação. A juridicidade traduz-se no poder de realizar ou de exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas. Nesse aspecto, a situação constitui uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito – no interesse próprio e/ou de terceiros, no interesse individual e/ou social – do poder às vezes de realizar, outras de não realizar determinados atos ou atividades” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107).

<sup>110</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 339. Prossegue o autor, no mesmo trecho: “Servem, ao menos as suas mais típicas manifestações, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afectados em conexão com o contrato (*Erhaltungsinteresse*), independentemente do interesse no cumprimento. Trata-se de deveres de adopção de determinados comportamentos, impostos pela boa fé em vista do fim do contrato (arts. 239º e 762º), dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos

interesse negocial<sup>111</sup>.

Ainda que os deveres acessórios sejam, como aponta Menezes Cordeiro<sup>112</sup>, dogmaticamente distintos das obrigações prestacionais, inserem-se no eixo gravitacional do núcleo objetivo da relação, seguindo seu regime e atendendo de forma subordinada a sua finalidade. Nesse sentido, lança o autor português o exemplo do contratante que cumpre a prestação principal de um contrato de compra e venda de bem móvel e entrega a máquina negociada; nessa hipótese, o dever acessório, indica o doutrinador, pode ser exemplificado como o de se abster de vender “de imediato uma máquina idêntica, mas mais barata, ao concorrente”<sup>113</sup>. Nota-se que não representa um dever de prestar, como o é aquele principal de entregar a coisa. Ainda

---

variáveis com as circunstâncias concretas da situação”. Adiante, arremata: “Já atrás foi posto em relevo caberem tais deveres laterais, quer ao credor, quer ao devedor, implicando a sua culposa infração, por qualquer dos sujeitos da obrigação, responsabilidade civil com fundamento em violação do contrato (art. 798º) e dando à contraparte, sob certas circunstâncias, o direito de resolução, tal como se tratasse do não cumprimento culposo do dever de prestação. Não tendem a realizar a prestação principal, mas a tutelar outros interesses da contraparte, coenvolvidos no interesse contratual, não implicando a sua violação o inadimplemento ou mora no cumprimento do dever de prestação, mas importando uma violação contratual positiva. Têm todos eles a missão de garantir a plena consecução dos interesses cuja satisfação constitui o fim do contrato, podendo incidir sobre uma acção ou um comportamento positivo (declaração, informação, cooperação com a contraparte, protecção desta, etc.) ou sobre uma omissão (abstenção dos actos que importem consequências danosas para o objecto da prestação ou para a esfera jurídica pessoal ou patrimonial da contraparte, ou, mais genericamente, que envolvam qualquer perigo para a realização do fim do contrato)” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 341-342). No mesmo sentido, na doutrina doméstica, é a lição de Bruno Miragem: “Os deveres laterais ou anexos, de sua vez, podem decorrer de cláusula contratual, disposição legal, ou diretamente da incidência do princípio da boa-fé. Merecem essa designação porque não são diretamente relacionados com o dever principal de prestação, senão que auxiliam e promovem a satisfação dos interesses legítimos das partes da relação obrigacional” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 46).

<sup>111</sup> Ainda que os deveres acessórios sejam, como aponta Menezes Cordeiro, dogmaticamente distintos das obrigações prestacionais, inserem-se no eixo gravitacional do núcleo objetivo da relação, seguindo seu regime e atendendo a sua finalidade; “eles inscrevem-se na obrigação hospedeira, cujo regime geral também seguem” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 300). Nesse sentido, lança o autor português o seguinte exemplo: “O devedor deve entregar uma máquina ao credor. A prestação principal é a entrega. Prestações secundárias serão a embalagem conveniente e as explicações para o seu funcionamento. Deveres acessórios poderão ser uma especial prevenção quanto aos riscos do seu funcionamento; o não vender de imediato uma máquina idêntica, mas mais barata, ao concorrente; o tomar precauções para que a máquina não deslize, ferindo os trabalhadores da empresa” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 301).

<sup>112</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 300.

<sup>113</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 301

assim, trata-se de obrigação originada na regra geral da boa-fé, porém sistematicamente vinculada ao sentido finalístico do dever prestacional, para que esse alcance a eficácia esperada.

É relevante considerar, como já brevemente apontado, que os deveres com gênese na boa-fé que se espriam para depois de findo o núcleo da relação contratual como forma de cumprimento dos deveres anexos, não necessitam de previsão legal específica, nem tampouco de disposição contratual. Emergem, como dito, da teleologia informada pela boa-fé, customizados pelo exercício do interesse negocial e consolidados na realização do seu fim.

Fundamental reconhecer, a partir da compreensão desse panorama traçado quanto às funções atribuídas à boa-fé objetiva, que os deveres estabelecidos e o liame interpretativo formulado estão insertos no âmbito de uma relação jurídica que em si possui um sentido e um alcance, uma função (predominantemente econômica<sup>114</sup>) pré-estabelecida. Os interesses tutelados pela relação jurídica abrolham, nesse sentido, da opção volitiva das partes em se constituírem em relação. Em outras palavras, a boa-fé objetiva e suas funções se imbricam na finalidade comum presente da situação jurídica obrigacional.

Por outro lado, ainda que essa ordem de ideias torne bastante atraente a taxação de todo e qualquer comportamento a partir de um selo genérico atribuído à boa-fé objetiva, a descrição de suas funções revela uma atuação limitada, ainda que ampla. Nesse sentido, o mais relevante alerta metodológico diz respeito ao risco de ruptura das membranas que preservam a operabilidade da boa-fé objetiva a partir de uma ampliação de sua utilização sem rigor técnico, tratando-a como sinônimo pouco denso de postura ética e empregando-a como escudo justificador de desvios à aplicação corrente das normas<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Veja-se, sobre essa ordem de ideias, o pensamento de Karl Renner, que advoga ser a finalidade econômica o elemento nuclear dos institutos jurídicos, tomando como exemplo a caracterização de que todas as atividades econômicas se materializam em institutos jurídicos. (RENNER, Karl. *Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Giuridica*. Un contributo alla critica del diritto civile. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1981. p. 49).

<sup>115</sup> Como bem aponta Anderson Schreiber, “a amplitude característica de uma cláusula geral, somada às dificuldades de sua especificação técnica e ao seu intenso poder de convencimento, vem dando ensejo a uma convocação puramente ética da boa-fé objetiva, que é inversamente proporcional à sua utilização técnica pelas cortes judiciais (SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: *Família e Dignidade – Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2005, Belo Horizonte Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/6.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf)>. Acesso em: 19 de novembro de 2018. p. 05). Segundo o autor, “Invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé objetiva acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil

Além disso, outra preocupação que ocorre à doutrina diz respeito utilização da boa-fé como “veículo de aplicação dos princípios constitucionais das relações privadas”<sup>116</sup>. Entende-se, com razão, que tal mecanismo constitui retrocesso à consolidação da compreensão teórica da incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, ao mesmo tempo que retira da boa-fé objetiva função própria, esvaziando seu potencial construtivo<sup>117</sup>.

---

mesmo na consecução daqueles fins que cientificamente lhes são próprios. Na crítica precisa de Menezes Cordeiro, que passam quase sempre despercebidas nas releituras de sua obra e nos estudos sobre a boa-fé objetiva, verifica-se uma ‘mitificação do conceito’, caracterizada pelo seu ‘arvorar lingüístico em princípio todo poderoso, em regra fundamental que tudo domina, em teor ético-social do Direito’” (SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: *Família e Dignidade – Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2005, Belo Horizonte Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/6.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf)>. Acesso em: 19 de novembro de 2018. p. 06). Em obra diversa, ainda indica o mesmo autor: “A boa-fé objetiva aparece hoje, não obstante os propósitos meritórios de sua aplicação, como fundamento de soluções a que se chegaria, de forma mais adequada à luz do próprio sistema jurídico, pela aplicação direta de princípios constitucionais, ou até de regras específicas de direito privado. (...) invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios. Daí a urgente necessidade de se precisar, com algum grau de segurança, o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva, esforço de concretização para o qual contribui a construção de figuras mais específicas, derivadas da boa-fé (...)” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 407)”. Ainda sobre a atuação da boa-fé objetiva como apreensão de comportamento ético, porém amarrado a um conteúdo preenchido do sentido atual, da ordem constitucional vigente, Clovis do Couto e Silva aduz: “Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são denominados deveres secundários, anexos ou instrumentais. Impõe-se, entretanto, cautela na aplicação do princípio da boa-fé, pois, do contrário, poderia resultar verdadeira subversão da dogmática, aluindo os conceitos fundamentais da relação jurídica, dos direitos e dos deveres”. Desde logo, importa deixar claro que nem todo adimplemento que não satisfaça integralmente à outra parte redunde em lesão ao princípio, pois a infringência há de se relacionar sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 37-38). E arremata: “A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 42).

<sup>116</sup> SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: *Família e Dignidade – Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2005, Belo Horizonte Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/6.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf)>. Acesso em: 19 de novembro de 2018. p. 11.

<sup>117</sup> “Embora a construção possa ter tido sua utilidade em ambientes tradicionalmente hostis à normatividade dos princípios constitucionais, parece evidente que um tal procedimento hoje é inteiramente injustificável diante do amplo reconhecimento, entre nós – até pela doutrina constitucionalista –, da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. A referência à boa-fé objetiva como válvula ou instrumento de tal aplicação não é apenas prescindível, mas inaceitável diante do risco de reedição da velha mentalidade civilística segundo a qual as normas constitucionais devem ser interpretadas, enquadradas e lidas à luz dos conceitos do direito civil. Embora possa encontrar inspiração em certos princípios constitucionais, como o princípio da solidariedade social, a boa-fé objetiva tem absoluta autonomia conceitual com relação a tais normas” (SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: *Família e Dignidade – Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2005, Belo Horizonte Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/6.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf). p. 11-12).

São justamente essas duas pontuações de contrapeso à aplicação da boa-fé objetiva que limitam a operacionalidade da eficácia pós-negocial nos termos atualmente postos. Consideradas as funções da boa-fé acima descritas, inegável que sua operação se circunscreve ao âmbito da relação contratual, como aparato prospectivo do interesse negocial. Assim, o trânsito da boa-fé objetiva, sopesadas essas limitações, desde a fase pré-contratual, passando pelo cumprimento do escopo nuclear da relação jurídica e se projetando para um momento subsequente que demanda prolongamento da atuação para cumprimento eficiente do contrato, tomado nos termos da pós-eficácia em sentido estrito, compreende conteúdo inserido no escopo próprio da prestação contratual<sup>118</sup>.

Entretanto, a superação do sentido de relação jurídica forjada no seio do direito moderno<sup>119</sup> não permite que se contenha tão somente na boa-fé objetiva o sentido da imputação de comportamentos, não se tratando, tal afirmativa, por evidente, do abandono da boa-fé objetiva. Escapa da atuação da boa-fé o sentido funcional mais amplo a ser cumprido pelas relações jurídicas negociais, em especial quando se agrega à equação o sentido social da funcionalização<sup>120</sup>. Como leciona Lorenzetti,

---

<sup>118</sup> A exemplificação apontada por Maurício Mota, em relação à eficácia pós-contratual, é redundante nesse sentido. Afirma o autor: “A pós-eficácia das obrigações constitui, portanto, um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzida das vantagens oferecidas pelo contrato. Esses deveres laterais de lealdade se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, deveres de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído”. (MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, 2011, p. 351-423. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194/7970>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018. p. 375). Nota-se que a aceção dos efeitos indicados é essencialmente relacionada integralmente ao interesse negocial, não havendo espaço para tutela de interesses alheios aos dos sujeitos partícipes da relação negocial estrita.

<sup>119</sup> Assim retratada na lição de Enzo Roppo: “A concepção de contrato que convencionalmente sintetizamos como ‘ideologia da liberdade contratual’, documentando a sua adequação aos interesses e às exigências da sociedade burguesa, alimenta o pensamento jurídico novecentista e informa as grandes codificações daquele século.” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 40.).

<sup>120</sup> A composição entre boa-fé e função social do contrato é enunciada por Gustavo Tepedino nos seguintes termos: “A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código Civil). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual tornou-se oponível a terceiros (boa-fé objetiva), ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados por órbita do contrato (função social do contrato).” (TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e*

“em um mundo que apresenta vinculações causais de ordem complexa, não se pode manter um Direito Privado que as ignore”<sup>121</sup>; nesse influxo, a limitação da eficácia pós-negocial à atuação dos comportamentos anexos advindos da boa-fé tende a restringir os efeitos emanados da concretização do interesse negocial, ignorando que o ordenamento constitucional impõe às situações subjetivas o cumprimento de certa função social geneticamente distinta dos interesse individuais que a fez surgir.

É próprio da atuação da boa-fé objetiva permitir que os contratantes sigam perseguindo a melhor posição para seus interesses, desde que moldado o comportamento ao standard ético estabelecido. Como bem alude Gustavo Tepedino, “a boa-fé objetiva não importa em sacrifício das posições individuais de uma parte em favor da contraparte, visando ao reverso compatibilizar os recíprocos e contrastantes interesses”<sup>122</sup>, sendo, portanto, o oposto a qualquer renúncia de direitos ou de interesses. Não há nos comportamentos advindos da boa-fé, contudo, finalidade funcional que não seja inerente ao interesse negocial que circunscreve o contrato.

De fato, ao analisar o caso originário de eficácia pós-negocial enfrentado pela jurisprudência alemã, relacionado às vistas do belo monte, Larenz problematiza a criação do novo conceito, que desvincula a prestação de entregar a coisa adquirida daquela de manter livre as vistas, sob o fundamento de que a segunda representa a continuidade da relação contratual – intersubjetiva, portanto – lastreada no interesse negocial cumprido a partir da observância da boa-fé objetiva<sup>123</sup>. Trata-se, pois, da

---

teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 250-251).

<sup>121</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 72-73.

<sup>122</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro. v. 46. p. 41-51. janeiro/abril 2015. p. 49. Acrescenta o autor: “Em outras palavras, é da essência das relações negociais que cada contratante busque fazer prevalecer o seu próprio interesse. O comprador deseja o menor preço, o vendedor o maior, e não há como esperar que renunciem a tal desiderato. A boa-fé, seja por meio de imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exceder abusivamente os direitos contratuais, não implica renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro. v. 46. p. 41-51. janeiro/abril 2015. p. 49).

<sup>123</sup> É o que aponta Menezes Cordeiro: “Porém, em RGZ 161, 330 – o caso das vistas – veio, expressamente, mencionar-se a existência de pós-efeitos da relação contratual. Tanto bastou para haver discordância: em anotação, LARENZ, sem deixar de aplaudir a solução de fundo encontrada para o litígio, considera que o dever de protecção assumido pela parte garante da manutenção das vistas continua, para além da conclusão das prestações contratuais propriamente ditas. Não haveria – sempre segundo LARENZ – que falar em ‘pós-eficácia’ mas tão só na continuação de uma relação

permanência temporal do contrato, sem a admissão de que a existência do contrato dá origem também às demandas funcionais surgidas após o cumprimento da obrigação principal, e mesmo da pós-eficácia como descrita, que não se inserem como elemento do interesse negocial.

Contemporaneamente, em especial diante da força normativa da constituição, as relações obrigacionais se inserem no ambiente complexo de exercício multidimensionais de direitos<sup>124</sup>, alterando com sua simples existência a realidade jurídica de toda a teia social envolvente. A funcionalização da obrigação não se volta apenas ao fim negocial, como também à concretização, tanto quanto possível, do programa emanado dos valores constitucionais. Nessa medida, é pobre de sentido funcional limitar a imposição de deveres exclusivamente atinentes ao interesse negocial quando a existência da relação obrigacional segue demandando, por ter alterado a realidade circundante, atuação prospectiva dos partícipes para atender o comando constitucional.

Entretanto, estando os três pontos fundantes da boa-fé (lealdade, informação e segurança) atrelados ao interesse contratual, como deveres obrigacionais secundários, não resta espaço, no plano pós-negocial, para o cumprimento da função social subjacente à realização do núcleo da relação obrigacional<sup>125</sup>.

---

contratual baseada no negócio” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácia das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 169-170).

<sup>124</sup> Sobre tal afirmação, veja-se Bruno Miragem: “Atualmente, destaca-se a visão da obrigação como uma totalidade, ou seja, a compreensão da relação obrigacional não apenas como um vínculo entre credor e devedor relativamente a um objeto isolado, senão como complexo de direitos e deveres a serem observados pelos sujeitos. Tanto deveres principais de prestação como deveres secundários laterais e anexos, tutelando não apenas o interesse imediato do credor na realização do objeto, quanto outros interesses relacionados ou, ainda, que podem ser atingidos pelo adimplemento ou inadimplemento da obrigação” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 73).

<sup>125</sup> A respeito dessa característica da boa-fé objetiva, é relevante a retomada conceitual feita por Menezes Cordeiro: “A boa-fé na execução dos contratos adveio da própria ideia de complexidade intra-obrigacional, desenvolvida a partir de certa altura, por Siber e, mais tarde, de sua junção com a teoria da violação positiva do contrato, descoberta por Hermann Staub, que também seria aproximada da boa fé. Em síntese: não basta a execução matemática da prestação; devem ser respeitados deveres (acessórios) de lealdade, de informação e de segurança, para que o fim da obrigação seja mesmo alcançado, para que os valores fundamentais do ordenamento sejam observados e para que não ocorram danos colaterais inúteis” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 300). Em complemento, Clovis do Couto e Silva indica: “O dever que se cumpre, ou se descumpre, é dever para com uma parte determinada. As relações que se estabelecem com essa pessoa são, também, determinadas. A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé é, por igual, verificável apenas *in concreto*, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí

Revelado esse problema, caminha-se para busca de construção normativa capaz de enfrentá-lo, fazendo-o à luz da incorporação na matriz das obrigações pós-negociais o atendimento da função social e analisando seus possíveis resultados.

## 2 O VALOR JURÍDICO DOS COMPORTAMENTOS: CENTRALIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NOS PROCESSOS OBRIGACIONAIS.

A fotografia presente do sistema normativo privado, no que toca ao direito das obrigações, revela, inegavelmente, que muito se avançou na construção de um modelo sob bases funcionalizadas e em trilho com o programa de valores estabelecidos constitucionalmente, como é exemplo a orientação dos comportamentos segundo a boa-fé objetiva, destacada no item anterior.

Não obstante esse reconhecimento, também como se pôde antes delinear, alguns dos traços hereditários do positivismo oitocentista insistem em turvar o norte magnético do discurso jurídico contemporâneo com conteúdo estruturante em relação ao exercício dos direitos patrimoniais no âmbito do trânsito das titularidades. É exatamente essa a hipótese verificada diante do fechamento teórico da atuação dos efeitos pós-negociais e, atrelado a isso, da determinação de uma definição estática do momento de extinção das obrigações.

O problema lançado se constitui como circunstância multifacetada diante das demandas sociais e jurídicas atuais, sendo importante reconhecer que ao se tomar as relações sob o ângulo das complexidades presentes, também é necessário, ao lado da inserção e evolução de novos conceitos, como a boa-fé objetiva, que se alterem os filtros aplicáveis aos conceitos jurídicos postos como imutáveis pelo seu caráter cientificista<sup>126</sup>, tal qual o sentido estático, fechado e precário das relações obrigacionais.

Nesse diálogo de enfrentamento das reminiscências do discurso jurídico

---

<sup>126</sup> “A revolução na cultura jurídica não atinge apenas os pressupostos culturais do Direito Privado. Implica, também, sua renovação em vista da necessidade de enfocar as relações sociais desde outro ângulo, tão certo é, como atesta a experiência jurídica dos tempos presentes, que alguns princípios, construções e conceitos formulados, com rigor lógico, pela ciência pandectista, como suma expressão do positivismo científico, carecem de revisão ante a impossibilidade de se lhes ajustar novas formas de comportamento. É evidente que passando o modo de agir na sociedade a se condicionar a interesses coletivos, vigilantemente defendidos pelo Estado e por grupos de potencialidade social desenganada, a quantidade das ações orientadas nesse sentido converte-se necessariamente em qualidade, isto é, determina novo tratamento, a que se tornaram imprestáveis princípios, construções e conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 05).

moderno é necessário, entretanto, distinguir os gigantes dos moinhos de vento, sob pena de se seguir buscando refúgio nos espaços distintos do real<sup>127</sup>. Nesse sentido, observa-se que a instrumentalização de uma ordem jurídica abstrata, promovida pelo modelo normativo moderno, transborda ao presente traços – ainda que atenuados – da absolutização do paradigma da autonomia privada e do patrimonialismo, mesmo frente a crises vivenciadas pelo direito de matriz positivista.

Importante nesse estabelecimento de premissas é perceber que a cosmovisão liberal, que elevou o contrato à categoria fundante da ordem jurídica, com centralidade destinada ao papel ocupado pela vontade<sup>128</sup>, promoveu certa desidratação das relações contratuais em relação aos elementos sociais exógenos à vontade individual, descuidando, propositalmente, de qualquer sentido relacionado a um critério finalístico de justiça social. Tal qual um dogma, a vontade foi estabelecida como elemento atrativo único da tutela jurídica – talvez por ser materialmente inexistente, embora pretensamente cognoscível em todos e cada um. Tratou-se, com apontado por Franz Wieacker<sup>129</sup>, de mecanismo necessário e suficiente para permitir a participação dos particulares – com afastamento absoluto do Estado – nas relações econômicas fundantes do

---

<sup>127</sup> Trata-se, aqui, de analogia à clássica obra sobre o herói Dom Quixote, de Miguel de Cervantes (CERVANTES, Miguel de Saavedra. *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha*. Ilustrado por Gustavo Doré. Madrid: Alba Libros, 1997), cujo recurso literário da narrativa sobre a batalha do personagem contra moinhos de ventos tomados como gigantes revela a constante fuga do real em favor do descritivo normativo. Sobre tal análise literária, ver: SILVA, Robson Andrade de. O jogo da ficção e da realidade em Dom Quixote de *La Mancha*. *Revista de Letras*. v. 9, n. 2, a. IX, dez., 2001.

<sup>128</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 396. Acrescenta: “As revoluções burguesas do século XVIII inauguraram uma nova ordem política e econômica na Europa, cuja base filosófica foi essencialmente liberal. Reagindo aos abusos do antigo regime, a burguesia tratou de conter a atuação do Estado, historicamente identificada com o poder arbitrário dos soberanos e com os privilégios da nobreza. (...) O desenvolvimento da atividade econômica era considerado matéria de ordem exclusivamente ‘privada’, deixada à ‘livre inteligência’ dos indivíduos, que sabiam alcançar, por seus próprios caminhos, o bem comum. A filosofia liberal determinou os rumos da ciência jurídica moderna, colocando o indivíduo e, mais especificamente, a vontade individual no centro do sistema jurídico. Nesse cenário, o contrato abandona o papel residual e excepcional que lhe era reservado no passado, assumindo a condição de principal instrumento de realização da autonomia individual no campo econômico” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 396).

<sup>129</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 491.

modelo de mercado que então desabrochava.

Essa força normativa emergente da vontade individual e do sistema estrutural do contrato criou uma moldura de difícil transposição, que se projeta para a contemporaneidade na fórmula da relação obrigacional estática, fechada entre os sujeitos e voltada ao adimplemento como um resultado praticamente métrico da fórmula inerte estabelecida<sup>130</sup>. Como antes se buscou demonstrar, a inserção da regra geral da boa-fé objetiva, ainda que de extremado relevo no estabelecimento de relações equilibradas e eficientes, não é, sozinha, capaz de integralmente transformar essa racionalidade.

A partir desse conjunto de ideias e mantendo os olhos voltados para o momento de já esgotamento objetivo do interesse negocial, o que se passa a problematizar é a possibilidade de descentralização da situação jurídica obrigacional de seus representantes estruturais, a partir da construção de pontes interdimensionais entre o contrato descritivo e a atuação dos seus participantes nas perturbações sociais surgidas a partir de sua existência<sup>131</sup>.

Para tanto, ponto de partida é o reconhecimento da nova roupagem de conceitos próprios do direito das obrigações e as possíveis novas funções atribuíveis a essa forma de relação jurídica, a fim de estabelecer as bases em que repousa a consolidação do contemporâneo caráter dinâmico das situações jurídicas obrigacionais e a vinculação da sua existência à função social que se impõe desempenhar. O que se busca demonstrar é que do surgimento da situação jurídica obrigacional à sua extinção, há um processo impulsionado pela função social que, eventualmente, se desatreia do conteúdo estrutural amarrado ao interesse negocial, vale dizer: uma transcendência eficaz dos próprios efeitos da função social das relações obrigacionais.

---

<sup>130</sup> “Adota-se construção segundo a qual a validade do contrato depende apenas de requisitos externos ao ajuste econômico, em fórmula até hoje repetida acriticamente pela legislação brasileira (CC, art. 104)” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 396).

<sup>131</sup> Em uma alegoria singela, pode-se pensar no ato de atirar uma pedra em uma superfície de águas calmas; tão importante quanto a forma e o local que a pedra chega ao fundo, são as ondas geradas na superfície, especialmente quando for preciso detê-las.

## 2.1 Rupturas e permanências do conceito estrutural de contrato.

O modelo próprio de relação jurídica obrigacional desenvolvido pela pandectística firma-se, como já brevemente exposto, na figura estrutural do contrato, elemento redutor do direito das obrigações, sendo tal conceito responsável pelo acoplamento dos planos jurídico, político e econômico<sup>132</sup>. Outrossim, para o sentido da tese em desenvolvimento, importa decodificar os problemas daí levantados, a fim de estabelecer as chaves de suporte da análise que se pretende propor, o que se faz, em primeiro plano, pelo reconhecimento dos conceitos e seus espaços discursivos.

De início, é relevante reconhecer que o papel dado ao contrato, como uma espécie de código neutro, se constituiu na base do positivismo científico<sup>133</sup> e como um dos seus subsistemas autorreferentes, admitindo-se que sua evolução

---

<sup>132</sup> Assevera, nesse sentido, Ricardo Luis Lorenzetti: “El contrato en la denominada ‘edad moderna’ es el que puede ser vinculado estrechamente al capitalismo y al modelo de mercado. Una enorme elaboración teórica en el campo filosófico, económico, sociológico, político y jurídico permitió el desarrollo de un cuerpo congruente de principios y reglas que dieron origen a una concepción ampliamente aceptada.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 23). Em tradução livre: “O contrato na chamada “idade moderna” é o que pode ser vinculado estreitamente ao capitalismo e ao modelo de mercado. Uma enorme elaboração teórica no campo filosófico, econômico, sociológico, político e jurídico permitiu o desenvolvimento de um corpo congruente de princípios e regras que deram origem a uma concepção amplamente aceita”. Em consonância, leciona Anderson Schreiber: “Com o fortalecimento dos mercadores e artesãos, que formavam uma nova classe social conhecida como burguesia, a Europa assistiria, nos séculos seguintes, ao aumento de demandas ligadas à liberdade econômica e à segurança das operações comerciais. A disciplina jurídica dos contratos, casuística e costumeira, daria lugar a um conjunto de regras de validade geral, que, embora pretensamente inspirada em instituições recuperadas dos textos romanos, revelava-se firmemente comprometido com a realização de uma determinada ideologia muito própria de seu tempo. Nasciam, assim, as bases do direito contratual moderno, um direito contratual essencialmente burguês, no sentido literal, ou seja, voltado à realização dos ideais da burguesia” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 395-396).

<sup>133</sup> Trata-se de desenvolvimento de conceitos inter-relacionados cujos autores se reuniram em torno da Escola dos Pandectas, sendo essa nomenclatura tomada por seu conteúdo denso de significância. Sobre o sentido vocabular empregado, veja-se: “Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática; ela tornou-se – de acordo com o título dos seus manuais mais característicos – numa ‘pandectística’ ou ‘ciência dos pandectas’. Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberto por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 491).

presente não supera a gênese de seu nascimento. Daí decorre a exclusão dos elementos considerados extrínsecos à norma para a atribuição de direitos e deveres, a partir da separação do ordenamento jurídico das demais ciências do espírito, a fim de configurá-lo como o mundo do *dever ser*. Coloca-se, com isso, o conceito de norma e seu alcance em posição elevada, em detrimento dos elementos externos à ambiência jurídica, ofertando os fundamentos para uma visão exclusivamente formalista da justiça contratual.

Indiscutivelmente tal arquétipo contribuiu, pela sua forma de atuação, com o desenvolvimento econômico do modo de produção capitalista nascente, tendo consolidado, na outra ponta, um modo operativo que ressalta a estratificação econômica pela sua própria indiferença formal<sup>134</sup>. Eis, nesse ponto, o maior entrelaço entre direito das obrigações tomado por seu modelo descritivo, com raízes cravadas no juspositivismo, e a sua construção interpretativa contemporânea, cuja luminescência constitucional é evidente.

A contraprova do caráter estruturalista do modelo jurídico moderno, que se consolidou como forçoso redutor de complexidades, se estabeleceu no próprio tempo de seu surgimento. É o que decorre, conforme os exemplos trazidos por Orlando Gomes<sup>135</sup>, da defesa feita por Rudolf Von Jhering a respeito

---

<sup>134</sup> Aponta, sobre o tema, Orlando Gomes: “O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes. No pórtico de sua codificação, poder-se-ia ter inscrito, a talho de foice, a legenda: *beati possidentes*” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 02).

<sup>135</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 03. Aponta, em perspectiva complementar: “Mais tarde, Gierke apresenta-se como apologista das reformas sociais, desferindo cerrada crítica ao Projeto de Código Civil, particularmente contra seu individualismo, e concorrendo para que, no trabalho posterior, se instilassem no BGB as famosas gotas de óleo social. A revolta mais candente contra o conteúdo do Direito das Obrigações projetado, parte, porém, de Menger, em sua célebre obra: *O Direito Civil e os pobres*, posto sem maior repercussão no Projeto. Tem ainda sabor de atualidade, entretanto, a análise a que procedeu. Conquanto a houvesse empreendido de acordo com suas convicções socialistas, confirmaram-se suas observações a propósito dos efeitos do princípio da igualdade formal no campo do Direito Privado demonstrando a experiência jurídica que era, efetivamente, arma dos fortes contra os fracos, dos ricos contra os pobres. No século XX, a partir principalmente da primeira guerra mundial, produziu-se a evolução que permitiu, nas palavras de Wieacker, transladar do pensamento à realidade a crítica à cultura jurídica do positivismo em todas as manifestações. Rechaçada pela maior parte dos contemporâneos escritores de Direito Civil, a doutrina individualista foi batida em seus próprios fundamentos éticos e culturais, ruindo, com ela, assim a jurisprudência dos conceitos, tão excelentemente constituída pelos pandectistas, como os pressupostos filosóficos em que se alicerçava” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 02-03). Importa notar que a crítica de Jhering,

de um sentido finalístico do direito, advogando seu papel instrumental ao interesse da sociedade. Foi justamente na obra de Jhering que se viu nascer conteúdo relevantíssimo para a tese ora em construção, relacionado à responsabilidade pré-contratual e seus baldrames<sup>136</sup>.

Essa assunção de um formalismo jurídico extremado exerceu acentuado papel na estruturação interpretativa do direito ocidental dos séculos XVIII a XX<sup>137</sup>, reverberando diretamente no ordenamento jurídico inicialmente construído no Brasil. Nesse cenário próprio do liberalismo clássico, não se apresenta qualquer sentido de incidência de normas de conteúdo axiológico solidarista, dado que os limites impostos pela autonomia da vontade e pela liberdade individual formal – outros dois conceitos estruturais atrelados ao contrato, que se somam ao conceito de relação jurídica – seriam, em tese, suficientes para regulação das relações jurídicas, inclusive e especialmente aqueles de natureza obrigacional<sup>138</sup>.

---

trazida por Orlando Gomes, não coloca o autor alemão em contraposição ao positivismo científico, senão revela seu pensamento crítico, sendo reconhecido a adoção do método da pandectística, por Jhering, em seu pensamento relativo ao direito público (sobre o tema ver: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 492).

<sup>136</sup> JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo*: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>137</sup> Acerca da expansão do positivismo científico de matriz legalista, ver: PIETRO, Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, p. 93.

<sup>138</sup> Sobre tal compreensão, veja-se: “A concepção clássica de contrato caracterizava-se por um radical monismo axiológico, alimentado por uma racionalidade estritamente auto-referencial, fechada sobre si própria. Sendo a liberdade individual reconhecida, no campo do contrato, como valor único e absoluto, era ela perspectivada em termos puramente formais e jurídicos, com quase total irrelevância jurídica normativa das condições materiais e das consequências do seu exercício. A conjugação destas duas linhas de pensamento conduziu ao isolamento do contrato do ‘mundo da vida’, ao corte com todas as suas conexões externas. A interação pandectística do contrato na figura mais geral do negócio jurídico, tema pura categoria lógico-jurídica, não só acentuou essa tendência como contribuiu para apagar toda e qualquer nota de sociabilidade do fenómeno contratual” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O contrato hoje: funções e valores*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, Antonio José Avelãs (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-152). Relevante, nesse ponto, o alerta de Anderso Schreiber: “O conceito de relação jurídica, porém, não é unívoco. Sua formulação, tal qual a conhecemos, deve-se à pandectística alemã do século XIX, que compreendia a relação jurídica como uma relação estabelecida entre dois sujeitos por uma regra de direito. (...) Em que pese sua inspiração individual-voluntarista, a concepção de relação jurídica como relação entre sujeitos teve diversos méritos. Foi responsável, por exemplo, por estabelecer uma correlação entre termos homogêneos (sujeito e sujeito), ao contrário de outras concepções que pretendiam enxergar a relação jurídica como

Tal prateleira de conceitos, que se encadeiam no desenho descritivo rígido proporcionado pela norma jurídica, é observada por Joaquim de Souza Ribeiro<sup>139</sup> como condizente com as relações econômicas que abrolharam ao início do processo de industrialização. Trata-se de relações de abreviada complexidade e de dinâmica negocial pouco flexível<sup>140</sup>, instrumentalizadas ao sentido e alcance do conceito de propriedade e com efeitos reduzidos ao aspecto subjetivo interno – daí inclusive a força do princípio da relatividade dos contratos e a ênfase nas categorias formais de crédito e débito, prestação e contraprestação, adimplemento e extinção das obrigações.

Dentro desse modelo atuante com chaves binárias, é relevante para o contexto ora explorado aquela relativa ao dever de prestação e o direito de exigência de seu efeito em abstrato, com resultado calculável que leva à extinção da obrigação. Com o avanço da complexidade das relações jurídicas, esse balanço de eventos que tendem a um ponto estático do equilíbrio extintivo passou a se compor por conteúdos adjacentes, não necessariamente complementários por contraposição, tais como os deveres anexos. Nesse sentido, Mario Julio de Almeida Costa aponta que todos os elementos circundantes e concêntricos aos deveres de prestar e ao direito de exigir o resultado “constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*”<sup>141</sup>.

Tratam-se de marcas que revelam que o discurso jurídico constituído na

---

relação entre um sujeito e uma coisa (inspirada no apoderamento típico do direito de propriedade) ou mesmo entre duas coisas (de que é resquício em nosso Código Civil a expressa referência, na disciplina das servidões, ao ‘prédio dominante’ e ‘prédio serviente’). Além disso, a noção de relação jurídica enfatizou a dimensão relacional do direito, em oposição a construções que compreendiam a relação jurídica como mera correlação entre normas jurídicas (teoria pura do direito)” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 85-86).

<sup>139</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do Contratos*. Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 35. Coimbra, 1992.

<sup>140</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do Contratos*. Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 35. Coimbra, 1992. p. 8.

<sup>141</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 74.

modernidade não foi capaz de resistir incólume aos processos de degradação interna, promovidos pelo avanço da Segunda Revolução Industrial vivenciada na parte final do Século XIX, e externa, causada pelos conflitos mundiais da primeira metade do século XX. Afirma Luiz Díez-Picazo a respeito que o propósito planificador dos projetos codificadores estabelecidos desde a Revolução Francesa, que buscam na formalidade dos conceitos o estabelecimento de certeza e segurança para os negócios, se desconstrói frente à nova realidade. Resistem, porém, as estruturas do contrato, escoradas pela inserção de novos conceitos, tal qual a boa-fé objetiva<sup>142</sup>.

É de se perceber, nesse ponto, a existência de evolução das relações obrigacionais, em linha com as complexidades crescentes das sociedades contemporâneas, sem desvelar seus laços estruturais genéticos. Não obstante, é com o estabelecimento de uma visão funcionalizada do ordenamento jurídico que tal ruptura de fato passa a sobrepujar as fronteiras da concepção formal da norma, a partir de um o profundo repensar do método interpretativo.

Esse esforço de reconstrução metodológica é recortado por profundos avanços e retrocessos, uma vez que, como pontua Ricardo Luis Lorenzetti<sup>143</sup>, a figura jurídica do contrato atrai para si os interesses dos múltiplos planos relacionais (político-social, econômico e jurídico), sendo extremamente vinculado às características históricas de tais planos no contexto da modernidade liberal.

A peculiaridade desse momento de transformação do contrato ressoa na lição de Celso Lafer, que verifica na função dos sistemas político, econômico e jurídico a garantia do "direito de participar do bem-estar social"<sup>144</sup>. De fato,

---

<sup>142</sup> "El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buena dosis de certidumbre, se desvanece. No es aventurado pensar que esa ruptura y crisis del antiguo legalismo y que esa utilización dinámica del principio de buena fe es una respuesta a las situaciones creadas por la segunda revolución industrial o por las grandes crisis económicas, donde los mismos intereses que antes demandaban un legalismo cristalizado como factor de certidumbre, demandan ahora soluciones más factibles" (DÍEZ-PICAZO, Luis. Prologo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 16.)

<sup>143</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 23.

<sup>144</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998. p. 127.

parece ser a realização material do Estado Social, cujas origens já não se encontram tão próximas, mas seu sentido ainda ecoa no tempo presente<sup>145</sup>, que consolida uma nova construção das relações jurídicas privadas – sendo nesta singra que a Constituição de 1988 aporta no horizonte jurídico<sup>146</sup>.

Com conteúdo axiológico vinculante, a Constituição deixou de ser a ordem fundamental do Estado e passou a ser a ordem fundamental da sociedade como um todo.<sup>147</sup> Assim, se impôs a interpretação da regra infraconstitucional à luz dos princípios e valores constitucionais para, a partir desta exegese, poder adequar-se ao caso concreto na efetivação da justiça social e igualitária.

O momento atual, fundado em tais premissas, coloca em franco conflito as racionalidades patrimonialista e personalista, de resguardo dos interesses da pessoa com prevalência sobre as coisas, ensejando, no âmbito do direito civil, a denominada despatrimonialização. Não se trata, por evidente, da eliminação do conteúdo econômico das situações jurídicas subjetivas, senão da funcionalização também desse conteúdo em razão do desenvolvimento da pessoa humana. Eis, agora com mais clareza, a figura do choque conceitual entre o contrato como norma e a situação jurídica obrigacional como instrumento funcional do programa constitucional.

Não obstante o incremento do trânsito jurídico das titularidades

---

<sup>145</sup> Para Paulo Bonavides, o Estado do bem-estar social nasceu “abraçado ao princípio da igualdade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 517), entendida num sentido material, sendo sua realização marca que não se desfez com o tempo.

<sup>146</sup> Não apenas como instrumento normativo escrito, impresso na *folha de papel* enunciada por Lassale (LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985), mas também como propulsor de mudanças sociais por meio de sua vontade ou força normativa, nos termos postos por Hesse (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991). Defende Lassale a ideia que a constituição real e efetiva sempre existiu já que, em essência, essa se reporta aos *fatores reais de poder*, isto é, as relações que se estabelecem entre governante e governados e tipo de organização e limitação do poder que geram. Daí vem a conhecida definição de Lassale de que a essência da Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação. Quando esses fatores reais do poder adquirem uma forma escrita ganham a qualidade de constituição jurídica. Todavia, para este autor, só a forma de constituição escrita não basta, ela deve refletir os fatores reais de poder sob pena de transforma-se em uma *folha de papel*. Para Hesse, a Constituição constitui o conteúdo ordenador jurídico a partir do qual a atividade política se concatena, sendo orientado por princípios que conformam toda a coletividade materialmente considerada.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 119.

possibilitado pelo desenvolvimento econômico, com especial destaque ao rompimento das barreiras do tempo e das distâncias, é cada vez mais frágil a tomada da abstração patrimonialista como fundamento único da organização jurídica das relações privadas, embora, paradoxalmente, as figuras modernas que formatam a estrutura do direito das obrigações permaneçam em pé.

Importa ainda uma vez retomar o alerta de que, nesse contexto, o princípio da boa-fé é muito mais um avanço do que uma permanência adaptativa, ainda que cumpra também esse segundo papel. Na ordem contemporânea, a ascensão da tutela da pessoa em sua concretude depende, em primeiro plano, do comportamento contratual segundo a boa-fé objetiva<sup>148</sup>. Mais do que isso, conforme já exposto anteriormente, é o fundamento da boa-fé objetiva que confere juridicidade obrigacional às situações intersubjetivas distintas da grade fechada do modelo contratual formal positivista.

Percebe-se, desta maneira, a existência de um modelo heterodoxo com o qual se passou a acolher a superelevação do conteúdo objetivo de obrigação, informado pelos princípios constitucionais que possuem em seu vértice o atendimento à solidariedade<sup>149</sup>, em planos relacionais mais amplos. Trata-se do

---

<sup>148</sup> Como apresentou Franz Wieacker: “En lugar de la letra, el espíritu de la obligación. El elemento duradero en este proceso de cambio ético-jurídico venía constituido por la virtud jurídica de la *constantia*, de la lealtad, que hace incompatible a la contradicción propia con la responsabilidad jurídica” (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 61).

<sup>149</sup> Nesse diapasão, indica Franz Wieacker que “O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral pela análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da *solidariedade*: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade. (...) tornou-se significativo da evolução do direito privado o facto de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjectivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade, nas suas relações com os outros particulares. Também a economia social de mercado - e ela precisamente - concebe o contrato, a compensação dos prejuízos e os limites da propriedade não apenas como um confronto de interesses privados, mas, ao mesmo tempo, como uma função económica global.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 718-719). No mesmo sentido, leciona Pietro Perlingieri: “Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações. Não é suficiente aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros. Em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações”

reconhecimento da supremacia hierárquica da norma constitucional<sup>150</sup>, assumindo-se a perspectiva de unidade do ordenamento jurídico como um todo e amoldando-se os instrumentos normativos às demandas concretas<sup>151</sup>.

As relações obrigacionais, especificamente, passam a atuar segundo um filtro de legitimidade dos interesses, se afastando do modelo de resultantes automáticos previamente descritos pela norma formal. Ainda permanecem a serviço do interesse do credor, porém tal interesse passa a ser contextualizado no programa constitucional<sup>152</sup>, o que permite concluir que a vontade não foi

---

(PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 113).

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>151</sup> Ainda que em contexto diverso, a indicação da unidade do ordenamento surge em Otto von Gierke ao justamente abordar a função social do direito, no seguinte sentido: “El derecho, como orden de vida externa, halla ante sí esta doble estructura de la vida humana; y según ella, se divide en dos diferentes fines: de un lado, necesita proponerse como fin la limitación y la protección de las esferas externas de vida del individuo; y de otro lado, la construcción y la garantía de vida de la comunidad. Pero claro está que esta distinción no puede ser la última palabra. Efectivamente; queda el mismo hombre en el cual se reflejan una existencia individual y una parte de la vida total: ambos están realmente entrelazados en indisoluble unidad, y solamente se separan en nuestra imaginación. (...) Así también cuando la regla jurídica se desdobra en Derecho privado e Derecho público, bien puede prescindir por un momento de que el individuo exista para el todo, y el todo para el individuo. Pero no debe olvidar en definitiva la unidad de fin; antes bien, en el Derecho privado, donde ella en primer lugar se preocupa de los intereses del individuo, debe esforzarse en conseguir el bien público; y en el Derecho público, donde ante todo tiene que atenerse al todo, debe tener en cuenta al individuo aislado” (GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. In: \_\_\_\_\_. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Trad. do alemão para o espanhol por José M. Navarro de Palencia. Granada: Editorial Comares, 2015. p. 9). Em tradução livre: “O direito, como ordem externa da vida, encontra diante de si essa estrutura dupla da vida humana; e de acordo com isso, ele é dividido em dois propósitos diferentes: por um lado, precisa propor como um fim a limitação e proteção das esferas externas da vida do indivíduo; e por outro lado, a construção e a garantia de vida da comunidade. Mas está claro que essa distinção não pode ser a última palavra. Efetivamente; permanece o mesmo homem em quem se reflete uma existência individual e uma parte da vida total: ambas estão realmente entrelaçadas em unidade indissolúvel e apenas separadas em nossa imaginação. (...) Assim também quando a norma jurídica se desdobra em direito privado e direito público, pode prescindir que o indivíduo existe para o todo e o todo para o indivíduo. Mas não deve esquecer a unidade do fim; em vez disso, no direito privado, onde, antes de tudo, se preocupa com os interesses do indivíduo, ela deve se esforçar para alcançar o bem público; e no direito público, onde antes de tudo ele tem que respeitar o todo, deve-se levar em conta o indivíduo isolado”.

<sup>152</sup> Sobre o tema, ver: “Obrigação deixa de ser concebida com um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor. A própria razão para o ordenamento tutelar determinada relação obrigacional passa pela apreciação da legitimidade das suas finalidades, exigindo-se, nesse sentido, que o interesse do credor no cumprimento da obrigação seja digno de tutela.” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2,

relegada a segundo plano<sup>153</sup>, mas ao espaço por ela exclusivamente ocupado ascenderam outros interesses igualmente merecedores de tutela<sup>154</sup>.

Nessa medida, incorpora-se ao ordenamento jurídico e à atuação dos particulares a formatação promocional do Estado, base filosófica do Estado Social conforme anteriormente assinalado, e é a partir dessa abertura promovida pelo texto constitucional a vários axiomas que se estabelecem os alicerces sobre os quais passa a se sustentar unitariamente o ordenamento jurídico. Especificamente em relação às relações jurídico-privadas, indica tal movimento o estabelecimento de um programa contratual que mira como norte prospectivo a funcionalização da relação em si e de cada um de seus elementos estruturais.

De fato, o sentido promocional da Constituição impõe, de um lado, a recusa à perspectiva individualista formal forjada no modelo das codificações oitocentistas e, de outro, a incorporação da concreta solidariedade social como norte<sup>155</sup>, sendo justamente o princípio da função social do contrato, estabelecida

---

jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em 10/05/2016. p. 2).

<sup>153</sup> Veja-se Clovis do Couto e Silva, para quem a vontade “continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 31)

<sup>154</sup> Como leciona Perlingieri, “é necessário preliminarmente excluir que o direito das obrigações, que resta sempre o setor mais árduo por tecnicismo e profundidade de especulação, seja a-histórico e não-valorativo. Mesmo uma investigação histórico-comparativa sumária permitiria especificar que, apenar da formal conservação dos institutos clássicos, estes, seja pela mudada estrutura das relações econômicas de base, seja por uma diversa ideologia de ordenamento jurídico, mudaram radicalmente a função” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 586-587).

<sup>155</sup> Se antes a perspectiva de regulação de tais relações exclusivamente pelo modelo codificado buscava garantir a igualdade formal, inapta a reconhecer as particularidades subjetivas de cada sujeito em concreto, “o legislador constituinte teve a pretensão, apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, de querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias (org.); GUERRA, Isabella Franco (org.); NASCIMENTO FILHO, Firlly (org.). *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 185). Leciona, ademais, a autora que “ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social” o legislador constituindo estabeleceu “o epicentro do projeto solidarista, inscrito exatamente nos princípios constitucionais fundamentais, e que começa lentamente a ser realizado, não somente por meio de normas que indiretamente afrontam tais desigualdades mas agora, também, através da destinação de recursos especificamente para tal fim” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias

ao longo de um processo construtivo da relação obrigacional, que se constitui como via de concretização, no âmbito negocial, do valor constitucional da solidariedade.

## 2.2 A “obrigação como processo”: do modelo estático de contrato à construção funcionalizada e dinâmica das situações jurídicas obrigacionais.

A compreensão atual das situações obrigacionais, tomadas como um processo que se desenvolve em fases que se entremeiam em perspectiva prospectiva e finalística, se constrói a partir da crítica ao conteúdo de remanências positivistas que se vem expondo. A esse respeito, é precisa a síntese de Pietro Perlingieri, ao afirmar que a concepção das obrigações em esquema conceitual descuida de variáveis externas que, mesmo não desejadas ou admitidas pela norma, influenciam no resultado do fim pretendido<sup>156</sup>.

A ruptura verificada quanto a esse modelo de relação jurídica esquadrinhada em bases fixas e impermeável está intimamente atrelada à compreensão das relações obrigacionais tomadas como um programa em dinâmico desenvolvimento<sup>157</sup>.

---

(org.); GUERRA, Isabella Franco (org.); NASCIMENTO FILHO, Firlly (org.). *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 185).

<sup>156</sup> Adiciona o autor: “Disso deriva a preferência à acentuação do perfil e das classificações inspiradas na estrutura: a obrigação se configura como relação entre credor e devedor, entre crédito e dívida, com conteúdos inevitavelmente variáveis, mas, na realidade, ininfluentes na pureza da noção.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 206)

<sup>157</sup> São as obrigações, conforme explicitou Clóvis do Couto e Silva, tomadas como um processo, expressão a partir da qual “tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (SILVA, Clóvis do Couto. *Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006. p. 20). Sobre a abordagem inicial do tema, interessante também é a lição de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: “Evoluiu-se de um estágio em que a relação jurídica obrigacional era *simples* e *estática*, voltada tão-somente ao cumprimento da prestação principal, para uma nova concepção, em que a situação subjetiva obrigacional revela-se *complexa* e *dinâmica*, no sentido de comportar, além das prestações principais, outras prestações secundárias, acessórias ou anexas. São esses deveres, decorrentes da boa-fé, que atribuem à relação o caráter de *complexidade* entrevisto pela doutrina contemporânea. Sob o mesmo influxo, justifica-se o atributo do *dinamismo*, isto é, a visão da “*obrigação como*

Assim, se no primeiro capítulo desta tese foi possível apresentar as três fases fundamentais pelas quais atravessa a relação jurídica obrigacional, sua justificativa teórica reside na admissão de um programa obrigacional dinâmico, que envolve acontecimentos com distintas densidades de vinculação subjetiva e de concretude dos interesses em jogo. A importância da retomada desse tema com maior profundidade diz respeito à pretensão de se delimitar, como objeto da tese, certos efeitos atribuíveis à função social que impõem uma superação da tutela exclusiva do interesse negocial em especial diante dos seus rígidos termos formais de extinção.

Ao lado do postulado de que toda relação jurídica se presta, como fim estrutural, à satisfação do interesse do credor, a construção contemporânea permite verificar que, quando menos, a busca de tal interesse se espalha pelos caminhos não lineares, percorridos pelas partes, adaptando-se os comportamentos às exigências sobrevindas dessa difusão comportamental<sup>158</sup>. Nesta singra, defende Menezes Cordeiro<sup>159</sup> que a obrigação se constitui por

---

*processo*” a caminhar para o cumprimento das obrigações.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 270).

<sup>158</sup> Como leciona Larenz, “Por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés de la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 39). Em tradução livre: “Devido ao fato de que em toda relação de obrigação tende como fim a satisfação do interesse do benefício do credor, a relação obrigacional pode e deve ser considerada como um processo. É desde o início destinada a atingir um determinado propósito e a ser extinta com a consecução desse fim. E precisamente a obtenção do fim pode exigir algumas modificações”.

<sup>159</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 293. Nas palavras do autor: “Uma explicação sedutora encontraria, no elemento teleológico, um fator de unificação. A relação obrigacional não vale por si: ela constituiu-se e, em princípio, irá vigorar, com eventuais adaptações, até se extinguir pelo cumprimento. E esse cumprimento equivaleria, materialmente, à satisfação do interesse do credor. O fator teleológico equivaleria ao deve-ser dirigido a essa satisfação, enquanto a soma dos elementos integradores do vínculo se ordenaria em função deles. O interesse a ter em jogo seria simplesmente o adjudicado pela relação obrigacional em causa. E como estaria em jogo uma sequência que se prolonga no tempo, oportuno seria fazer apelo à ideia de processo: conjunto de actos que se sucedem no tempo, ordenados em função do efeito final. Nesta linha, Jürgen Schmidt fala num ‘plano’ ou num ‘programa’”. Em trecho diverso da obra, indica o autor: “A ideia de que o vínculo obrigacional seria complexo impôs-se, como vimos, com o aparecimento das doutrinas realistas e, depois, com as teses mistas do débito e da responsabilidade. Seguiu-se a fórmula de Siber (a obrigação como organismo), retomada pela pena de Herholz (relação-quadro) e pela de Larenz (estrutura e processo). Está hoje assente que a relação obrigacional não se esgota na dupla crédito/débito, antes abrangendo diversas

elementos integradores, surgidos em diferentes tempos da relação jurídica, que se ordenam em função de um fim que equivale, materialmente, ao interesse do credor.

Interessante notar, em linha com o padrão observacional que se tem estabelecido nesta tese, que a proposição da descrição da relação obrigacional como um processo remonta justamente à necessidade de ajuste da teoria do contrato à assunção de complexidades nas relações jurídicas e econômicas. Nesse sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão verifica da obra de Henrich Siber o surgimento de uma inicial ideia de processo obrigacional a partir da indicação da obrigação como um *Organismus*<sup>160</sup> abrangente não apenas do binómio crédito e débito, mas também todo o conjunto de deveres acessórios, diretos potestativo, sujeições e todo o mais presente no rol de conceitos aderidos ao sentido jurídico de obrigação.

A partir do reconhecimento de que os diversos elementos surgidos da complexidade obrigacional se organizam em um processo, a percepção é de que tais elementos não surgem nem se extinguem ao mesmo tempo<sup>161</sup>, encadeando-se em uma séria de deveres de prestação e condutas do mundo exterior que vai amoldando a relação obrigacional.

Não se pode inferir das figuras simbólica do processo e do encadeamento de comportamentos, entretanto, a compreensão da sempre existência de um todo organizado e temporalmente linear – aliás, raramente é disso que se trata.

---

outras realidades. A experimentação, por vezes possível em Direito, permite confirmá-lo: a simples análise de uma obrigação em funcionamento documenta a sua complexidade intrínseca” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 472).

<sup>160</sup> Nesse âmbito, o primeiro autor a defender esta concepção é HENRICH SIBER, que qualifica a obrigação como um ‘organismo’ (*Organismus*), que abrangeria tanto um conjunto de créditos individuais, correspondendo aos deveres de prestação principais e acessórios, como também direitos potestativos, correspondendo a sujeições, como a resolução e denúncia. Para esse autor, poder-se-ia falar não apenas de obrigação no sentido estrito, correspondendo ao direito de crédito individual, mas também de obrigação em sentido amplo, definida como a relação causal que existe entre o credor e o devedor, da qual surge o direito de crédito e a obrigação e ainda outras posições jurídicas de que o direito de crédito é um mero elemento” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 79).

<sup>161</sup> “A obrigação será uma relação não só complexa (composta por vários actos, logicamente encadeados entre si), mas essencialmente mutável no tempo e orientada para determinado fim” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 67).

A uma, porque não se refere à sobreposição de acontecimentos em linha no tempo e, a duas, porque ao se falar em conjugação de deveres, direitos e sujeições se está a apontar e enumerar, a partir do discurso jurídico, acontecimentos fáticos de diferentes naturezas.

Trata-se, segundo Larenz, de um lado, do reconhecimento de que os elementos da relação jurídica representam conjunto de acontecimentos da vida concreta “*perceptible por los sentidos, sino de ‘consecuencias jurídicas’, es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objetiva del orden jurídico*”<sup>162</sup>. De outro, Mario Julio de Almeida Costa aponta que a tomada da obrigação como processo indica “a conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias”<sup>163</sup>, apreendidas pelo discurso normativo a partir de suas idiosincrasias.

O mundo dos fatos, assim, atua como fio condutor da disposição e do entrelaçamento dos elementos que compõe a relação obrigacional, sempre voltados a dar sentido ao seu evolutivo fim, indicado pela satisfação do objeto descritivo da relação<sup>164</sup>. Os vínculos intersubjetivos se colocam não como peças soltas de um quebra-cabeça prontas para serem encaixadas, e sim, conforme indica Carlos Alberto da Mota Pinto, “integrados em uma estrutura orgânica com relações recíprocas de instrumentalidade ou de interdependência”<sup>165</sup>, atraídos

---

<sup>162</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 38.

<sup>163</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 76.

<sup>164</sup> Quanto ao sentido de tal afirmação, veja-se: “A pretensa separação, normativa e conceitual, entre a relação obrigacional e as suas *fattispecie* constitutivas se funda em uma concepção atomista que atribui, quando muito, ao fato constitutivo o papel de mero e ocasional fato causativo, relevante exclusivamente como fonte da relação e não já como título, razão justificadora dela própria, influente sobre sua função e sobre seu regulamento. Um tal enfoque tende a reduzir a noção de relação a uma idêntica e nivelada ligação entre centros de interesses ou situações subjetivas, sem que se sublinhe o perfil funcional, normativo-regulamentar da relação. Na realidade, é necessário apresentar o fenômeno em um visão procedimental que, ‘superando o esquema fato-relação, onde o fato faz as vezes de causa e a relação, de efeito’, concentre a própria atenção ‘na tríade relação-fato-relação’, de modo que a relação obrigacional e a situação inicial exerçam a função de ‘*prius* do fato, condicionando a sua estrutura’” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 902-903).

<sup>165</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 286. Prossegue o autor: “Constituem, destarte, aqueles vínculos uma estrutura, um quadro, um sistema (a que também já se chamou, para assinalar a sua funcionalidade, um ‘processo’), uma unidade que, na originária denominação da doutrina germânica, se designa por relação

todos a garantir o atingimento de interesse comum estabelecido no fim do contrato.

Essa disposição orgânica da relação obrigacional não apenas fundamenta a existência dos planos pré-contratual, contratual e pós-negocial antes dissertados, como, por transformar a situação jurídica obrigacional em um todo dinâmico e multidimensional, permite ir além na construção do espaço discursivo ocupado pelas consequências dos vínculos obrigacionais. Nessa senda é que se coloca relevante formulação de Gustavo Tepedino acerca da formação progressiva dos contratos<sup>166</sup>, com a interpolação de comportamentos que, em um modelo estrutural, poder-se-iam classificar ao mesmo tempo (ou em tempos não lineares) como pré-contratuais e propriamente contratuais. Estabelece, com tal perspectiva, partindo do entendimento móvel da situação

---

contratual ou relação obrigacional em sentido amplo (*Vertragsverhältnis, Schuldverhältnis im weiteren Sinn*)” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 287).

<sup>166</sup> TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 19-30, out./dez. 2010. p. 27-29. “Dentre as modalidades atuais de aplicação da problemática em apreço, identifica-se nas tratativas e negociações preliminares um campo fértil de atividades (contratuais, mas não negociais) que hão de ser examinadas sob tal perspectiva. Na realidade contemporânea, a formação contratual dificilmente ocorre de maneira instantânea. As tratativas e negociações preliminares tornam-se cada vez mais complexas e demoradas. (...) durante esse intenso contato social e juridicamente relevante, não se poderia cogitar vontade negocial presumida, já que, por diversas circunstâncias negociais, as partes não quiseram ou não puderam celebrar o negócio jurídico. Nessas hipóteses, segundo a doutrina e a jurisprudência brasileira e alienígena, o rompimento das negociações preliminares pode gerar o dever de indenizar, de acordo com a festejada fórmula de Ihering da *culpa in contrahendo*. A solução, contudo, mostra-se insuficiente em situações complexas nas quais obrigações contratuais são assumidas gradativamente, de modo que o agente, por vezes, ao mesmo tempo em que negocia futuras bases contratuais, no âmbito de tratativas ou negócios preliminares, executa obrigações verdadeiramente contratuais, relativamente à parcela do conteúdo do negócio já definitivamente estabelecida, de maneira irrevogável. Identifica-se no cenário assim delineado, o que se poderia bem designar como *formação progressiva dos contratos*, cujo conteúdo vai sendo estabelecido gradualmente ao longo das negociações preliminares. Dito de outra forma, o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes. (...) Em tais casos, cada vez mais frequentes na prática negocial, a *teoria da culpa in contrahendo* (negatives Vertragsinteresse), da qual decorrem exclusivamente interesses negativos, apresenta-se incompatível com a realidade dos fatos, diante das obrigações contratuais já efetivamente assumidas e em relação às quais parece razoável que a parte possa legitimamente almejar, em caso de violação, interesses positivos. Com efeito, a partir da constatação de que há inúmeras atividades legítimas sem negócio, que configuram as acima aludidas relações de fato (Haupt) ou comportamentos sociais típicos (Larenz), ampliam-se as possibilidades de qualificação contratual e abre-se caminho para a vinculação obrigacional progressiva, a partir do *contato social* estabelecido por todo o período das tratativas e da assunção de obrigações pré-contratuais. Em contrapartida, e na mesma esteira, poder-se-ia reconhecer o esmorecimento progressivo dos vínculos assumidos com ou sem negócio fundante, por conta de circunstâncias fáticas.”

jurídica obrigacional, a compreensão de que os agentes do negócio jurídico podem estar, ao passo que realizam tratativas preliminares, já executando obrigações próprias do plano contratual<sup>167</sup>.

Referida explicitação não só é útil para revelar a impossibilidade de enquadramento estanque dos momentos<sup>168</sup> pelos quais trafega o processo obrigacional<sup>169</sup> como também indica que os elementos normativos formais são incompatíveis com a atual dinâmica das relações econômicas e sociais.

Igualmente descortina essa incompatibilidade a percepção de que a “crescente complexidade de bens e serviços e dos processos da sua comercialização, as alterações de natureza, estrutura e dimensões dos operadores mercantis” – elementos próprios da contemporaneidade indicados por Joaquim de Souza Ribeiro<sup>170</sup> – estabelece problemas de regulação jurídica cujos elementos estruturais do modelo formal de relação jurídica são incapazes de responder adequadamente.

Abrem-se, com isso, os caminhos para a uma das possíveis leituras da funcionalização das situações jurídicas obrigacionais. Clovis do Couto e Silva,

---

<sup>167</sup> Nessa perspectiva, supera-se a teoria da *culpa in contrahendo* como método único e mesmo adequado para resolução dos conflitos.

<sup>168</sup> Tomando-se aqui como expressão que revela um ponto no tempo e um conteúdo. Não obstante, ao se enfrentar o caráter dinâmico das obrigações, faz sentido recorrer à origem etimológica da palavra (*momentum*), abrangendo o significado de impulso.

<sup>169</sup> Por oportuno, já nos escritos de Emilio Betti se lia que os efeitos juridicamente vinculantes dos fatos da vida eram capazes de desencadear deveres obrigacionais mesmo diante da ausência de um contrato formalmente estabelecido, produzidos independentemente do tempo do seu surgimento em relação ao contato negocial das partes. Veja-se em BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Trad. de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1970. p. 134.

<sup>170</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 40. Além de associar os fatores citados com “a universalização das relações de troca, com a participação de todas as camadas sociais no sistema de mercado, a desmaterialização da riqueza, a mercadorização de quase todas as esferas da vida social, (...) a própria mudança de coordenadas político-constitucionais”, indica o Autor português, como consequência, que esse conjunto de fatos da vida “levaram a que a racionalidade formal do direito privado, em geral, e do direito dos contratos, em particular, deixasse de responder adequadamente às exigências sociais de normação. A própria práxis negocial foi pondo a nu, em certas áreas de contratação e em certas situações relacionais, que a autonomia privada, deixada a si própria, não mediava satisfatoriamente determinados conflitos de interesse entre os agentes do tráfego jurídico-económico. E não apenas, saliente-se, pela produção, nas novas condições, de consequências socialmente indesejáveis. Também porque, e desde logo, uma incondicionada liberdade contratual, em todos os domínios, não se mostrou capaz de organizar eficientemente as relações de troca e de cooperação no mercado.” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 40)

nesse sentido, indica que o tratamento da relação jurídica como uma totalidade “veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”<sup>171</sup>, sendo relevante para atrair a tutela jurídica para a complexidade formativa da relação jurídica o fim, ou função, para o qual o vínculo aponta<sup>172</sup>.

Consoante propõe Perlingieri, as situações jurídicas funcionalizadas conformam um regulamento a disciplinar os centros de interesses que se colocaram em relação<sup>173</sup>, atraindo a atuação jurisdicional a partir do merecimento de tutela desses interesses relacionais; considerando que tais interesses se vão maturando ao longo do processo obrigacional e, principalmente, interagem, ao longo de sua progressiva realização, com outros direitos e pretensões heterônomas à relação, igualmente as imputações de direitos e deveres se alteram para o atendimento das novas funções surgidas. O contrato transforma e é transformador.

Destarte, o que se está a afirmar, a partir do recorte proposto nesta tese, é que o efeito da compreensão da obrigação como processo permite reconhecer, ao longo e, especialmente, em razão do desenvolvimento da situação jurídica

---

<sup>171</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 19.

<sup>172</sup> Segue a lição de Clovis do Couto e Silva: “Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo. Definem alguns, como Josel Esser, a relação como uma complexidade, cujo conteúdo não se restringe às diferentes *actiones* (*actio empti*, *actio venditi*, *actio mutui* etc.), pois que o relevante para a definição não é propriamente a proteção jurídica, mas o fim a que se dirige o vínculo”. (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 19).

<sup>173</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 116. Em complemento: “Em toda noção jurídica encontra-se uma estrutura e uma função. Dá-se o mesmo com a relação jurídica. Esta, no seu perfil funcional, não é nada mais que um regulamento, isto é, a disciplina de opostos centros de interesses relacionados, de maneira que estes tenham uma composição ou harmonização (contemperamento) das situações subjetivas. Ela apresenta-se como o ordenamento do caso concreto; não é casual, de fato, a definição de ordenamento como sistema de relações. A relação é, no seu perfil funcional, um conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas, atribuições, isto é, um regulamento. O aspecto normativo conflui naquele funcional. A obrigação pecuniária caracteriza-se por ter como conteúdo a prestação de uma quantia em dinheiro; ela, no seu aspecto estrutural, é relacionamento – expresso em termos de contraposição – entre a situação creditória e aquela debitória. Esta relação, porém, é neutra, não exprime ainda o porquê de sua existência, a função prático-social à qual responde” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 116).

obrigacional, o surgimento de interesses objetiva e subjetivamente diversos ao interesse negocial fundante daquela relação.

Tal consideração, forçoso admitir, não é em si inédita, podendo ser localizada, dentre outros, na assertiva crítica de Anderson Schreiber a respeito da necessidade de se perfilhar a exigibilidade de deveres existenciais no âmbito das relações obrigacionais<sup>174</sup>.

O que se está a propor como premissa, contudo, vai além, afirmando-se que no curso ou pelas características de uma relação obrigacional em desenvolvimento, a inserção de seu objeto em um dado contexto social pode desencadear demandas funcionais que digam respeito a outro conjunto de interesses das partes, sejam eles negociais ou existenciais ou, ainda, interesses socialmente relevantes reconhecíveis a determinados sujeitos específicos ou tomados difusamente<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> “Isso não impede que deveres jurídicos desprovidos de valor econômico, reputados merecedores de tutela, sejam juridicamente estabelecidos. Ao contrário, os deveres existenciais mostram-se, por diversos caminhos, plenamente exigíveis. O requisito da patrimonialidade da prestação, contemporaneamente, se justifica como meio de evitar qualquer confusão entre a tutela privilegiada dos valores existenciais e a disciplina ordinária conferida às obrigações, tratando-se o ser pelo ter, em perspectiva axiologicamente hostilizada pela ordem pública constitucional” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 313). No mesmo sentido, veja-se Perlingieri: “A diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não-patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades, ônus –, e por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional. O mito da neutralidade do conceito está definitivamente destinado a romper-se. A incidência constitucional se realiza em vários modos: não apenas na individuação dos conteúdos das cláusulas gerais como a diligência, a boa-fé, a lealdade, o estado de necessidade, etc., mas, sobretudo, na releitura orientada axiologicamente de toda a disciplina em que consiste a relação e, em particular, no controle de valor (*meritevolezza*) das ordens de interesses representados pelo título (...) e na relevância que a peculiaridade deste último tem condições de produzir na estrutura formal da relação. Resulta evidente a utilidade de aprofundar a influência que o interesse não-patrimonial pode ter sobre o título como aspecto autônomo, mas não separado, em relação à problemática da patrimonialidade da prestação” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 211).

<sup>175</sup> A ampliação das imputações obrigacionais com fundamento na função, embora não especificamente apontada por Perlingieri, foi por ele tangenciada ao afirmar que o fenômeno da funcionalização pode transfigurar a situação subjetiva. Veja-se: “As situações subjetivas podem ser consideradas ainda sob dois aspectos: aquele funcional e aquele normativo ou regulamentar. O primeiro é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. O ordenamento italiano atribui a cada situação subjetiva uma função social. O fenômeno pode ser mais ou menos relevante: às vezes é tal que chega a transfigurar a situação subjetiva. Existem situações que ‘são’ função social, outras que ‘têm’ função social. No

A título de exemplo, citem-se circunstâncias obrigacionais que envolvam a atual compreensão da informação como um bem passível de trânsito jurídico<sup>176</sup>. Para tanto, em primeiro plano é necessário assumir como ultrapassada a redução da definição dos bens àquela pertinente ao rol dos direitos reais, especialmente com a superação do caráter de exclusividade que historicamente limitou essa categoria jurídica. De outro lado, importa considerar a possibilidade de se inserir, no âmbito de um negócio jurídico regulado pelo princípio da relatividade, objeto que carregue, em si, uma utilidade subjetivamente difusa. Adicione-se, por fim, um bem que é, ao mesmo tempo, objeto corpóreo, por seu continente, e ação humana, por seu conteúdo.

Nesse emaranhado de complexidades, divisa-se a hipótese de negócios envolvendo a entrega de informações<sup>177</sup> (como, por exemplo, o contrato de transferência de *know how* ou de fornecimento de *software*) que, a depender do sentido e do alcance de funcionalidade social que a aplicação do conhecimento promovam, desencadeiam fatos de relevância jurídica que imputem aos contratantes novos comportamentos, eventualmente distintos daqueles próprios referentes ao interesse negocial.

Circunstância prática capaz de ilustrar esses apontamentos encontra-se no caso concreto envolvendo a relação jurídica havida entre empresa de tecnologia e o Conselho Nacional de Justiça, para fornecimento da estrutura

---

ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse dá lugar portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. A complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad.de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107).

<sup>176</sup> Acerca de tal entendimento: “Não se deve exaurir a teoria dos bens na teoria dos direitos reais. Não parece aceitável a orientação pela qual as características dos bens objeto do direito de propriedade sejam as características de qualquer bem, de maneira que as utilidades não-idôneas para constituir objeto de situações subjetivas de propriedade (ou de qualquer modo reais), não caracterizadas, portanto, pela exclusividade, não poderiam ser bens. Nesse âmbito mostra-se de grande interesse o estudo da informação como um bem” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 234-235).

<sup>177</sup> Referido tipo de exemplo será retomado, com maior riqueza de detalhes adiante, no Capítulo 3 da tese, quando do enfrentamento do problema da extinção progressiva das relações jurídicas obrigacionais.

computacional denominada como PJe (Processo Judicial Eletrônico), destinado à virtualização dos processos judiciais<sup>178</sup>. Referida estrutura foi adquirida para ser implantada pelos diversos Tribunais brasileiros que não tivessem desenvolvido seus próprios sistemas de virtualização, no entanto, por suas características complexas e inovadoras, gerou, ao início, dúvidas quanto ao seu funcionamento, efetividade e garantia de aplicação dos princípios processuais.

Por tal razão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fundamento da Lei 12.257, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação, remeteu ofício ao Conselho Nacional de Justiça<sup>179</sup>, requerendo o fornecimento de amplo conjunto de informações relacionadas ao sistema, com ênfase no Código Fonte e na arquitetura tecnológica utilizada, delineando linguagens, servidores de aplicações e de banco de dados, arquitetura de camadas e demais componentes tecnológicos empregados – além de outras informações correlatas aos seus custos e modos de implantação –, a fim de melhor compreender seu funcionamento e garantir a transparência de sua contratação e implantação, atendendo aos princípios gestores da atividade jurisdicional.

Tal pretensão foi negada pelo então Presidente do Conselho Nacional de Justiça<sup>180</sup>, sob a argumento central de que o PJe seria um bem objeto de propriedade intelectual da União, nos termos do artigo 4º da Lei 9.609, de 19 fevereiro de 1998, “em área de interesse estratégico nacional e, nessa condição, se insere na exceção à publicidade da informação prevista no § 1º do art. 7º da

---

<sup>178</sup> Mais detalhadamente se pode ter conhecimento em: <<http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/92/750/file/PJe%20Conceitos%20Básicos%20-%20P2.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

<sup>179</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oficio-oab-esclarecimentos-pje.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018. Com mais informações em <<https://www.oabpr.org.br/cfoab-exige-transparencia-no-processo-judicial-eletronico-pje/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018. Semelhante pedido foi formulado pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) ao então presidente do Tribunal Superior do Trabalho por meio de Nota Técnica disponível em: <[https://www.anamatra.org.br/images/uploads/Anexos\\_Noticias/2013/Dezembro/nota-tecnica-pje.pdf](https://www.anamatra.org.br/images/uploads/Anexos_Noticias/2013/Dezembro/nota-tecnica-pje.pdf)>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

<sup>180</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/oficio\\_cnj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/oficio_cnj.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

Lei n. 12.527/2011”<sup>181</sup>.

Outrossim, para fins de aplicação do exemplo ao problema que se tenta equacionar (tomando como indiferente, para os fins propostos, tratar-se de contrato com ente público), percebe-se que, a partir do juízo de ponderação empregado, sob o fundamento genérico de interesse estratégico nacional frente ao “projeto de maior envergadura do Judiciário brasileiro”, restringiu-se a eficácia do contrato à aplicação do interesse negocial estabelecido entre o tomador do serviço e o construtor da informação.

Na hipótese concreta, contudo, parece defensável a tese de que a informação objeto do negócio é dotada de uma “utilidade socialmente apreciável”<sup>182</sup> que supera o citado interesse estratégico nacional. Ainda que a relação obrigacional seja merecedora de tutela a partir do seu fim negocial e da representatividade do elemento que a contém (nos termos lançados na negativa do CNJ, tratar-se de objeto de propriedade intelectual), o desenvolvimento de sua aplicação como resultante obrigacional – leia-se, o transcurso da obrigação de criação, implantação e efetivação do funcionamento do *software* – implica alterações de tal ordem no mundo dos fatos que a demanda objetiva por comportamentos adicionais, nos termos exemplificado e reduzido no pedido do CFOAB, parece ser igualmente merecedora de tutela a partir do dever normativo – e, no sistema brasileiro, legal, nos termos do artigo 421 do Código Civil – de atendimento à função social.

A superação do conceito de bem como figura aproximada à categoria de coisa e à inserção, nesse específico espectro, da funcionalidade social dos comportamentos obrigacionais permitiria aplicar, na construção interpretativa do

---

<sup>181</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/oficio\\_cnj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/oficio_cnj.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2018. Os dispositivos legais citados contêm os seguintes conteúdos: Lei, 9.609/98, art. 4º. Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos; Lei 12.527, art. 7º, § 1º. O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>182</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 235

merecimento de tutela de tais comportamento, como no exemplo mencionado, a lição segundo a qual a função social qualifica um bem não apenas pelo resultante promovido no patrimônio jurídico do titular, “mas também pela tutela do bem reservada a terceiros qualificados que, de qualquer modo, obtêm uma utilidade, não necessariamente econômica, da sua conservação”<sup>183</sup>.

Não se permite passar despercebido, nessa construção exemplificativa, que o conteúdo de informação que se pretende acesso se aproxima da categoria dos bens comuns (*commons*)<sup>184</sup> – feitas todas as ressalvas acima em relação à compreensão do conceito de bem aqui adotado – fazendo surgir, pelas características próprias da informação assim tomada, figura paralela a que se pode denominar, na falta de expressão mais apropriada, *de resultantes comportamentais comuns*<sup>185</sup>.

A categoria dos bens comuns ultrapassa o conceito de propriedade para aportar no sentido teleológico de acesso, reconhecendo-se, como fazem

---

<sup>183</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 961.

<sup>184</sup> Em densa síntese, Gustavo Tepedino explicita a teoria dos bens comuns ou *commons* como aquela aplicação normativa a partir da qual “busca-se enfatizar a relação entre a pessoa (e seus direitos) e os bens, mediante a construção de mecanismos jurídicos que efetivamente propiciem o acesso e a participação quanto aos bens necessários à satisfação das necessidades da pessoa humana. (...) Nessa perspectiva, a taxonomia dos bens comuns exprime o oposto da propriedade: passa-se da propriedade exclusiva à inclusiva (ou à não propriedade), com o reconhecimento da legitimidade de que se investem sujeitos e interesses diversos em relação a um mesmo bem” (TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p. 11-14, jan./mar. 2018. p. 11-12).

<sup>185</sup> Ainda que se parta da informação como um bem passível de trânsito e do conteúdo exemplificativo construído, a proposta de aproximação dos comportamentos obrigacionais aos bens comuns pode atuar em outras hipóteses, que melhor serão exploradas, por opção metodológica, no Capítulo 3 da tese, quando agregadas à propositura do conceito de extinção progressiva das obrigações. Importa considerar, em adição, que a fluidez da informação como bem e como comportamento já se apresenta na doutrina que enfrenta a matéria dos bens comuns: “O mundo digital como ambiente propício e necessário para a operação dos bens comuns. Os *creative commons*, os ‘*open source*’ como Linux e Wikipédia, as trocas peer-to-peer revelam novas fronteiras para o pensamento jurídico, nos quais alvez a noção de propriedade privada não tenha lugar jurídico, nem tecnológico nem ideológico. É claro que a noção de bem comum não pode ficar restrita ao ambiente digital. De toda feita, a materialidade não é condição a consideração do bem comum. Sobretudo porque o conhecimento humano não permanece vinculado, necessariamente, às ferramentas palpáveis e visíveis. A informação é fluida, é amorfa, e não apreensível em receptáculos concretos. Bens comuns, nessa linha, não requerem bases físicas e tais bases físicas não são condição para sua proteção” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Notas para um estudo sobre os bens comuns. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, v. 8, n. 15, p. 480-491, jul.-dez. 2016. p. 488).

Eroulths Cortiano Junior e Rodrigo Luis Kanayama, a existência de riquezas – que aqui tomamos como sinônimo de valores – a serem consideradas comuns “a todas as pessoas, independente – ou apesar – do que diga o Estado, e isenta de apropriação privada e/ou corporativa”<sup>186</sup>.

Efetivamente, a construção discursiva dos bens comuns diz respeito à propriedade, mais precisamente a um enfrentamento à propriedade privada. Não obstante, a contemporaneidade se vê diante, com cada vez mais vigor, de conteúdo difuso de propriedade, dando sentido ainda mais agudo, no direito brasileiro, às múltiplas afirmações constitucionais da propriedade<sup>187</sup>. Nessa toada, não se justifica a visão restritiva à propositura de acesso, promovida pela teoria dos *commons*, aos bens que perfilam o conceito estrutural de coisa.

Sendo amplos os sentidos de propriedade e de bem, incluindo-se neles circunstâncias híbridas entre corporeidade e virtualidade – como a já citada hipótese da informação<sup>188</sup> – e aproximando-o do conceito de valor, parece fazer sentido que os comportamentos que promovem o surgimento de tais valores também possam, em dadas circunstâncias, serem despidos da relatividade própria do direito das obrigações e inseridos no ambiente do acesso.

---

<sup>186</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Notas para um estudo sobre os bens comuns. Constituição, Economia e Desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, v. 8, n. 15, p. 480-491, jul.-dez. 2016. p. 482.

<sup>187</sup> Recorre-se, nesse ponto, à compreensão de que a múltipla afirmação constitucional do signo propriedade congrega, igualmente, múltiplos significados. Nesse sentido, a indicação da propriedade, no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, como um direito fundamental com igual status ao direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança leva ao reconhecimento de uma função normativa que vai muito além de sua estrutura de direito real. Elevada ao status de garantia inviolável, a propriedade abre-se como um guarda-chuva a abrigar a concretização dos demais direitos fundamentais a partir da interação social mediada por bens de múltiplas categorias.

<sup>188</sup> Em reforço ao uso da informação como exemplo pertinente da compreensão discursiva ora estabelecida, colhe-se a lição de Perlingieri: “Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles não patrimoniais; isto é, aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja, no regime de vicissitudes que lhe interessam. Portanto, a utilização da informação não postula necessariamente o uso exclusivo e único da informação. Já em relação aos bens imateriais e de qualquer modo, em sentido amplo, não identificáveis em um res corporal, foi dito que eles ‘são suscetíveis de gozo múltiplo’. (...) A particularidade está na sua não necessária exclusividade e na aptidão a satisfazer também integralmente o interesse de mais sujeitos ‘sem que a satisfação de um impeça a contemporânea satisfação de outros’”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 236-237).

A propositura da categoria de *resultantes comportamentais comuns* é, assim, tentativa de mutação do modelo de obrigação fundada no princípio da relatividade para aquele no qual emerge, ao longo de um processo obrigacional em desenvolvimento, ao lado do interesse negocial, interesses comuns de acesso aos seus resultantes, lastreada na função social e vinculada a casos concretos específicos.

A aproximação entre a categoria dos bens comuns e dos *resultantes comportamentais comuns* tem ainda um outro ponto de pertinência que é coerente com a construção ora em curso. A propósito, leciona Gustavo Tepedino que o desenvolvimento teórico da função social da posse e da propriedade pavimentaram o caminho para a afirmação da tutela das situações existenciais mediante o acesso a bens como ato que “não se subordina à disponibilidade de recursos financeiros, retirada, portanto, da lógica do mercado”<sup>189</sup>. Em fórmula de transferência, afirma-se que a construção normativa da função social dos contratos, ao retirar densidade da relatividade, da patrimonialidade e da especificidade das situações obrigacionais, igualmente pode impulsionar, ao longo do seu processo de desenvolvimento, o reconhecimento do merecimento de tutela a certas imputações destreladas ao interesse negocial<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p. 11-14, jan./mar. 2018. p. 13. Ainda sobre o aspecto da função social da propriedade que interesse à aplicação transposta às relações obrigacionais, veja-se: “Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito’, um critério de ação para o legislador” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 226). Em trecho diverso, prossegue Perlingieri: “A afirmação generalizada de que a propriedade privada tem função social não consente discriminação e obriga o intérprete a individualizá-la em relação à particular ordem de interesses juridicamente relevantes. (...) Cada uma com uma diversa intensidade de utilidade geral e individual, sem que entre elas devam encontrar-se lacerantes contrastes com a consciência de que pode-se realizar a função social, como em todas as hipóteses de propriedade ditas pessoais, ao satisfazer exigências merecedoras de tutela, não necessariamente e exclusivamente do mercado de produção, mas também somente pessoais e existenciais, individuais ou comunitárias” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 230).

<sup>190</sup> Ainda tomando o paralelo com a função social da propriedade é possível fazer leitura comparativa da doutrina de Otto von Gierke: “Por esto también es un error peligroso el que la

A assertiva de Perlingieri, de que a função social da propriedade atua como um “critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular”<sup>191</sup>, pode, feitas as considerações adaptativas necessária, constituir critério interpretativo da função social do contrato. Reforça tal aproximação a lição de Anderson Schreiber, que percebe estar “em crise a concepção segundo o qual o contrato é ‘justo’ pelo simples fato de derivar da conjugação das livres manifestações de vontade dos contratantes”<sup>192</sup>, em espécie de retomada, como aponta o autor, das construções próprias da função social da propriedade.

É justamente essa a perspectiva da função social dos contratos que merece o destaque de Judith Martins-Costa, que vê estendidos os efeitos do artigo 421 do Código Civil brasileiro em relação tanto a terceiros estranhos ao interesse negocial quanto a bens de interesse comum<sup>193</sup>. Efetivamente, a norma,

---

propiedad sea completamente absoluta, igual a sí misma y completamente independiente de la naturaleza de su objeto. Desde luego, la *propiedad inmueble*, en su contenido, es *a priori* más limitada que la propiedad mueble. Es un contrasentido opuesta a la cultura, el entregar a un solo hombre un pedazo de nuestro planeta, de la misma manera que un paraguas o un billete de Banco. (...) Según la naturaleza de los bienes, nos parece que la propiedad inmueble es de *desigual contenido*; así, cuando recae sobre bienes rústicos, urbanos y establecimientos industriales, proporciona facultades especiales; cuando recae sobre bosques y aguas es limitada, en gran medida por el derecho de la comunidad; y desaparece por completo en los lugares públicos destinados al uso común” (GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. In: \_\_\_\_\_. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Trad. do alemão para o espanhol por José M. Navarro de Palencia. Granada: Editorial Comares, 2015. p. 19-20). A referência, ainda que sem a carga conceitual própria dos *commons*, a bens comuns, reforça o sentido de que o acesso a bens ou valores destinados a satisfação comum de interesses difusos merece, por força da aplicação da funcionalidade social, tratamento normativo próprio.

<sup>191</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 226.

<sup>192</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 399. Em trecho diverso, traz o autor assertiva que, ao mesmo tempo que reforça a ideia ora lançada, anima a oportunidade da presente tese: “Em que pese a omissão do Código Civil de 2002, a melhor doutrina tem dado, nos últimos anos, passos importantes em prol desse paralelismo entre a função social do contrato e a função social da propriedade, o que promete possibilitar sua efetiva realização, como instrumento de adequação do contrato ao atendimento de interesses sociais relevantes. Por ora, no entanto, o estado do princípio da função social do contrato pode ser retratado como de um emprego nominal intenso, à luz de uma explícita consagração legislativa, mas de conteúdo aplicativo um tanto anárquico na nossa jurisprudência por ausência de uma precisa delimitação conceitual” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 412).

<sup>193</sup> COSTA, Judith-Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 21. Embora em tempo algum aponte a noção de bem comum em sua análise, a autora trafega por objetos de incidência legal semelhantes àqueles indicados pelos textos que se dedicam aos *commons*:

como tal, legitima a imposição de deveres positivos decorrentes da perturbação que causa nos interesses exógenos ao contrato, sendo irrelevante, a partir de certo ponto, a vinculação estrutural de tais interesses ao negócio em curso.

Tal argumento segue em linha com a doutrina de Otto Von Gierke ao tratar da função social do direito privado, defendendo que os efeitos advindos do exercício de direitos privados extrapolam o indivíduo que os originou para serem “confiadas como un medio de cultura, del cual debe servirse en realidad, en beneficio de toda la sociedad humana”<sup>194</sup>.

Também transita a construção proposta próximo do que Perlingieri definiu como a legitimação da “superação individualista do indiferente jurídico” pelos ordenamentos caracterizados pela socialidade, com o reconhecimento e o deferimento de tutela não apenas às utilidades individuais, mas também aquelas de natureza social emanadas de cada comportamento relacional”<sup>195</sup>.

Ainda que dessa abertura eficaz das situações jurídicas obrigacionais o acoplamento dos interesses existenciais seja objeto de maior reflexão da doutrina, cuja consolidação já se fez prova, nos interessa mais investigar as possíveis reconstruções, ordenadas pela função, dos elementos estruturais da relação, como fito a redimensionar o sentido de extinção das obrigações<sup>196</sup>.

---

“Como exemplos que de imediato saltam à mente estão os contratos que, de alguma forma, envolvem o meio ambiente e a tutela da concorrência. (...) A atividade contratual não apenas deve ser não lesiva, antes, deve ser promocional do meio ambiente. Como consequência, não apenas a responsabilidade contratual pela segurança e garantia do meio ambiente deve ser estendida a toda a cadeia contratual, caso haja dano, quanto impõe-se aos contratantes deveres positivos de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização” (COSTA, Judith-Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 21).

<sup>194</sup> GIERKE, Otto von. La función social del derecho privado. in: \_\_\_\_\_. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Trad. do alemão para o espanhol por José M. Navarro de Palencia. Granada: Editorial Comares, 2015. p. 18.

<sup>195</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 961. Em tal perspectiva, é possível, partindo de Perlingieri, reafirmar a conclusão de que os bens constituídos pelos comportamentos relacionais socialmente funcionalizados se tornam juridicamente relevantes tanto em sua acepção patrimonial como, eventualmente, em sua atuação existencial: “Isto permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também os não-patrimoniais, protegidos independentemente da sua eventual relevância econômica. A relevância pode se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou ainda no regime das vicissitudes que lhe concerne” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 961).

<sup>196</sup> A simples compreensão da relação de crédito e débito é suficiente para ilustrar o problema proposto; tanto a exigibilidade da prestação quanto a desoneração pelo cumprimento,

Anima tal intuito o reconhecimento de que a função é tão dinâmica quanto a própria relação jurídica em processo. Inegavelmente, como afirmou Perlingieri, “condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis”<sup>197</sup>; entretanto, frente a alteração dos interesses iniciais – o que defenderemos aqui ser resultado da função social – “muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado”<sup>198</sup>

Para tanto, não é bastante apenas afirmar a existência de múltiplos caminhos de imputação de direitos e deveres a partir do desenvolvimento do processo obrigacional tomado pelo recorte de aderência ao ordenamento promovido pela função social, sendo necessário preencher de mais concretos sentidos o conteúdo de tal função. Pablo Renteria chega a afirmar, sobre tal aspecto, que o descumprimento da função social levaria ao esvaziamento da juridicidade dos comportamentos lesivos aos interesses negociais e existências, inserindo-se como objeto de tutela das relações obrigacionais a preservação de

---

conteúdos típicos da estrutura das obrigações e definidos descritivamente na norma legal, podem ser insertas no cumprimento de interesses extracontratuais gestados por força da função social desencadeada pela situação obrigacional relativa. Nessa medida, apenas com o atendimento da função passarão tais comportamentos exigíveis a serem dotados de juridicidade. É como leciona Gustavo Tepedino: “encontrarão proteção do ordenamento jurídico se – e somente se – realizarem não apenas o interesse dos contratantes, perseguido precipuamente pelo regulamento contratual, mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à proteção dos valores constitucionais. Em uma palavra, pode-se afirmar que o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos, ou a *relativização da relatividade*, por meio de imposição de deveres aos contratantes externos ao regulamento contratual” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro. v. 46. p. 41-51. jan./abr. 2015. p. 45)

<sup>197</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 643.

<sup>198</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 643. Merece destaque a citação completa: “O ato e o negócio jurídico exprimem um programa, um regulamento de interesses a ser traduzido em efeitos, isto é, em situações subjetivas. Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. A realidade preexistente ao fato – considerada juridicamente – já é um tecido de situações subjetivas: sobre estas o fato incide com a sua força inovadora, modificando, extinguindo ou criando novas situações. A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato). Condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis. A função do fato se realiza de modo diverso conforme a situação preexistente: se ela muda, muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 643.)

“bens constitucionais”<sup>199</sup>; percebe, contudo, com clara razão, que afirmar apenas que os negócios jurídicos não podem afrontar direitos existenciais é reduzir a função social a papel de adorno ao dever de atender a licitude dos atos e não lesar terceiros<sup>200</sup>.

Reconhecendo como válida a crítica, importa afirmar possíveis papéis normativos concretos da função social do contrato, com vinculação, pela proposta da tese, ao desenvolvimento do programa obrigacional e com ênfase em seu momento pós-eficaz.

### **2.3 A função social como valor constitutivo e causa da permanência das situações jurídicas obrigacionais.**

Afirmou-se até aqui, de forma bastante breve, que o princípio da função social do contrato, inserido em um programa obrigacional complexo, pode fazer emergir bens jurídicos independentes do interesse negocial das partes, mas sob os quais recaiam direitos merecedores de tutela. De fato, no direito brasileiro, a norma de caráter prospectivo estabelecida pelo artigo 421 do Código Civil<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290.

<sup>200</sup> RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 291-292.

<sup>201</sup> A inserção inicial da função social no ordenamento brasileiro privado, leciona Gustavo Tepedino, “traduzia-se em postulado metajurídico, o qual correspondia, em matéria contratual, ao papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (org.); FACHIN, Luiz Edson (org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395). Prossegue o autor: “Provavelmente por tal circunstância histórica, arraigada intensamente à cultura jurídica dominante (associada ao excessivo apego à técnica regulamentar), a função social afigura-se tema até hoje enigmático e polêmico. Note-se que nem mesmo o advento do Código de Defesa do Consumidor, que deu ensejo a acalorado debate acerca da boa-fé objetiva, suscitou discussão em profundidade sobre a função social. Tampouco a inserção, na Constituição Federal de 1988, do princípio da função social da propriedade teve o condão de despertar a atenção dos estudiosos. De fato, o instituto somente passou a ser objeto de maior reflexão, adquirindo a feição atual, com a sua introdução no art. 421 do Código Civil de 2002, em conhecida dicção: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função

indica um valor construtivo – quiçá reconstrutivo – das situações jurídicas em desenvolvimento<sup>202</sup>.

Mais do que uma prescrição normativa que atenda características domésticas, a inserção da função social como razão e limite da liberdade de contratar é compatível com a percepção de um modo de atuação econômico e social de variada complexidade, que comporta desde relações massificadas cujos atos negociais se desenvolvem de modo mecânico e imperceptível até situações virtualizadas cujos sujeitos e objeto são de compreensão

---

social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 396). Não se pode menosprezar a crítica à disposição legislativa, como construída por Carlos Pianovski Ruzyk, ao observar a “escassez de parâmetros doutrinários e normativos que permitam afirmar essa função prestacional como algo que não se reduza a uma proclamação discursiva vazia de conteúdo e de eficácia. Essa ausência de parâmetros é flagrante no Código Civil de 2002, em seu artigo 421. A afirmação, pura e simples, de uma função social do contrato como limite à liberdade de contratar e, simultaneamente, como o princípio em razão do qual essa liberdade deve ser exercida é fórmula normativa que, simultânea e paradoxalmente, diz menos do que deveria e mais do que deveria. Diz menos do que deveria por não trazer sequer parâmetros de aplicação que possam fazer com que essa função não se reduza nem a fórmula vazia nem se preencha por argumentos que desnaturem sua base constitucional; diz mais porque se coloca, ao menos em sua literalidade, como fundamento da liberdade – o que, em uma leitura *prima facie*, poderia conduzir, até mesmo, a uma conclusão por suposta inconstitucionalidade da norma, por uma suposta subordinação da liberdade individual a interesses coletivos” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 282). Essa redução de sentidos advinda do texto normativo leva Anderson Schreiber a concluir que: “Nossa jurisprudência, por sua vez, refere-se nominalmente ao princípio da função social com frequência, mas tem encontrado dificuldade em empregá-lo sem o caráter um tanto demagógico que, muitas vezes, se lhe imprime na prática advocatícia, em que a função social tem sido invocada ora como argumento para defesa dos interesses patrimoniais e individuais dos próprios contratantes ou de seus concorrentes – utilização que, note-se, contraria o caráter *social* da função que o legislador pretendeu expressamente atribuir ao contrato – ora como fundamento para a desconsideração do próprio objeto do contrato, resultado que representa uma aplicação principiológica intensíssima, mas que se afasta da própria essência de um princípio setorial do direito dos contratos” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 411).

<sup>202</sup> Sobre a criação, pelos princípios, de bens jurídico merecedores de tutela, veja-se Perlingieri: “A individuação de um interesse merecedor de tutela – elevado portanto a situação subjetiva, com um correspondente bem – é realizada pelo ordenamento não apenas com base em regras, mas também com base em princípios; nesse sentido para que seja possível dizer que o ordenamento reconheceu um bem jurídico, não é necessário que exista uma norma regulamentar (os bens jurídicos não o são em número taxativo): é possível realizar a qualificação do bem utilizando somente os princípios (não em abstrato, mas se, na hipótese concreta, o princípio ou uma combinação de princípios fizer emergir um bem)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 237).

obnubilada<sup>203</sup>.

Nesse contexto, bem afirma Joaquim de Souza Ribeiro, a composição de interesses sob a forma de contrato não se determina apenas pela junção mecânica de dois interesses isolados e unitários, mas integrando-se às “projeções transpessoais da relação singular”<sup>204</sup> sendo, a nosso juízo, papel da função social tal integração<sup>205</sup>.

Diante de tais afirmações, importa melhor esquadrihar as possibilidades de atuação da função social no âmbito das relações obrigacionais a fim de sustentar a proposta estabelecida nesta tese. Tal mister se cumpre no âmbito de um modelo constitucional aberto à realidade e instrumentalizado a partir de um sentido unitário de ordenamento, avesso, portanto, à condução das regras por meio de um processo automatizado de subsunção autorreferente<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> A respeito da condição impar do ordenamento brasileiro em relação à posituação da função social do contrato, veja-se: “O princípio da função social se quer como uma inovação brasileira, embora, como se mencionou, o respectivo conceito tenha sido desenvolvido inicialmente a partir do séc. XIX na Europa Ocidental, sob a forte influência do sociologismo jurídico. De resto, é inegável que o nosso ordenamento se destaca por ter consagrado explicitamente a função social como razão e limite para o exercício da liberdade de contratar, sem que se encontre nos ordenamentos estrangeiros enunciados similares” (RENERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285).

<sup>204</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do Contratos. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 35. Coimbra, 1992. p. 15.

<sup>205</sup> Uma vez mais é importante valer-se da lição de comedimento da doutrina, colhido da redação de Anderson Schreiber: “Deve o intérprete escapar ao dogmatismo formalista, mas também ao dogmatismo sociológico. Seu desafio cotidiano consiste em extrair das normas jurídicas o seu sentido e alcance à luz do próprio ordenamento, visto não apenas em literalidade, mas também em seu conjunto, em sua história e em seus fins, assim entendidos os valores a cuja concretização se propõe a ordem jurídica por meio de sua norma fundamental, a Constituição da República, compreendida a partir da permanente dialética com a realidade social. Alude-se a uma interpretação jurídica *aplicativa*, voltada não para um projeto explícito de reforço ou contestação da autoridade legislativa estatal, mas para a máxima concretização dos valores constitucionais em cada caso concreto” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 77).

<sup>206</sup> Ainda que relacionado ao sistema português, a lição de Joaquim de Souza Ribeiro acerca dos reflexos no direito dos contratos da admissão de uma unidade normativa sistêmica é relevante e se aproxima em aplicação do contexto brasileiro: “Esta constatação não podia deixar de ter reflexos no corpo doutrinal e legislativo do direito dos contratos, num contexto político-constitucional que reclama participação de todos os subsistemas no estabelecimento de uma ‘boa ordem’, que contemple e dê satisfação mínima aos interesses legítimos de todos os protagonistas dos processos sociais. A denominada materialização dos contratos representa, precisamente, a problematização, em certas zonas, das condições de exercício e de efectividade da liberdade contratual, com o abandono da clássica pressuposição de igualdade, assente na irrelevância dos factores materiais de diferenciação. Com a contextualização, a esfera real, da simples ‘potencialidade normativa’ que a liberdade

Trata-se do reconhecimento sistemático, a que se tem insistido, acerca da insuficiência do positivismo jurídico como um fim em si mesmo, em especial no que toca à subsunção formal como método inerte a valores externos à composição formal das fórmulas descritivas<sup>207</sup>. É preciso, pois, previamente, estabelecer as premissas necessárias para a construção de respostas hermenêuticas válidas ao detalhamento da funcionalização que se está a propor.

Nesse contexto, há de se observar que a funcionalização, como um resultante qualificado da constitucionalização do direito privado, ultrapassa o sentido de finalidade consubstanciado no interesse do credor, para ser reconhecida como mecanismo que operacionaliza as relações obrigacionais ao propósito da realização dos valores constitucionais<sup>208</sup> – de ordem econômica, no âmbito dos interesses patrimoniais, ou de ordem existencial.

Não se descuida, assim, que a opção constitucional pela organização

---

contratual constitui, a capacidade efectiva de a utilizar na afirmação e defesa dos interesses próprios passa a ser ponderada na definição do seu campo e regime de actuação” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 41-42).

<sup>207</sup> No que concerne interposição de interesses externos ao contrato na sua concepção funcionalizada, aponta Fagundes Varela: “No segundo ou terceiro quartéis do presente século, com o movimento de socialização da economia e o contínuo fortalecimento dos princípios da *justiça social*, o regime dos contratos sofreu uma progressiva e notória transformação. Acentuou-se cada vez mais, a partir da legislação vinculística do arrendamento aperfeiçoamento da legislação laboral, a intervenção do Estado na própria área dos contratos, anteriormente considerados como o feudo da livre iniciativa dos particulares. Com o ideal de justiça social multiplicou-se o número das normas imperativas destinadas, por um lado, a proteger, em diversos contratos típicos, a situação da parte considerada social ou economicamente mais débil e, por outro, a tutelar certos valores que no domínio dos negócios jurídicos ascenderam à zona dos interesses de ordem pública” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228-229).

<sup>208</sup> Veja-se, sobre essa representação do sentido de função, a lição de Eduardo Nunes de Souza: “O salto qualitativo realizado pelo direito civil-constitucional – que, partindo da adoção da análise funcional dos institutos (a qual já poderia, por si mesma, ser denominada a “funcionalização” do direito civil), foi muito além ao sustentar que a própria existência desses institutos só se justifica em função da promoção dos princípios constitucionais. Com efeito, não faria sentido atentar aos interesses consignados, por exemplo, em um negócio jurídico, se tais interesses não pudessem ser valorados à luz de algum parâmetro – e este parâmetro há de residir na tábua axiológica da Constituição, que passa a figurar como fundamento de validade, não apenas formal, mas também material de todos os institutos de direito civil. A conveniente polissemia do termo “função” serviu, portanto, para insculpir na noção de “funcionalização” não apenas a necessidade de uma análise funcional (ou seja, não meramente estrutural), como também a afirmação de que todos os atos, normas e situações jurídicas somente têm sua existência justificada em função dos valores que orientam nosso ordenamento. Tais valores, em um ordenamento de base personalista e solidarista como o brasileiro, necessariamente referir-se-ão à dignidade humana e à solidariedade social.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Função Negocial e Função Social do Contrato: subsídios para um estudo comparativo*. *Revista de Direito Privado*. v. 54, p. 65-98, abr., 2013. p. 69-70).

econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa (conforme artigo 170 da Constituição) revela aderência ao modelo econômico de mercado, cujo contrato, no âmbito privado, é ferramenta útil e necessária, razão pela qual não se permite mirar a constitucionalização das relações obrigacionais exclusivamente à luz dos valores existenciais. Tal compreensão não afasta a necessidade de superação, ao menos em termos, da conjugação hermética entre dogmatismo positivista e modelo econômico liberal. Tal se dá, inicialmente, ao se reconhecer como premissa que o consórcio entre o conteúdo jurídico estrutural dos contratos, representado pela absolutização da autonomia privada e pela imutabilidade dos pactos (traduzido na mais forte expressão das relações contratuais, *pacta sunt servanda*), e a economia liberal de mercado passa a ser mediado pelo conteúdo normativo – de origem constitucional – da função social dos contratos, cujo papel é justamente promover as necessárias distensões em tal aliança.

Dentre outros aspectos, reconhece-se a partir da funcionalização a contraposição aos sentidos deletérios atuais da autonomia da vontade do modelo liberal, cuja lição de Enzo Roppo aponta como um critério apenas abstrato de igualdade de possibilidades que, por isso mesmo, correspondente, em uma sociedade complexa sob os seus diversos aspectos (sociais, culturais e especialmente econômicos), graves desigualdades materiais e “profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes”<sup>209</sup>.

Para além de uma questão interna à estrutura do contrato, cuja relevância da problematização é incontestável, a funcionalização transborda o mesmo sentido solidarista para fora da relação jurídica, valendo-se da atuação dos contratantes para realização do propósito constitucional<sup>210</sup>. A sociabilidade

---

<sup>209</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 37.

<sup>210</sup> Chega a afirmar Orlando Gomes que “os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20). Importa observar, nesse ponto, que Judith Martins-Costa indica compreensão distintiva entre função social e função econômica do contrato, aproximando a segunda do conceito de causa-função nos seguintes termos: “Distingo a ideia de ‘função social da ideia de função ‘econômica’ ou ‘causa-função’, não desmerecendo, contudo, a importância dessa última na Teoria dos Contratos, onde atua como critério auxiliar na definição do tipo e do regime jurídico, em especial nos contratos ‘em grupo’ ou ‘em rede’, servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-

originada é, portanto, marca da ampliação dos círculos de atuação das relações obrigacionais no contexto social<sup>211</sup>, sendo esse um fator de elevado interesse

---

social, ajudando, assim, a perceber a sua unidade finalística. A noção de ‘função econômica’ tem, assim, privilegiada atuação nos contratos atípicos (atipicidade da causa-função) e nos reunidos por conexão finalista (como os ‘grupos de contratos’, os ‘contratos combinados’ e as ‘redes contratuais’)” (COSTA, Judith-Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 18). No mesmo sentido é a leitura de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “Uma visão reducionista a respeito da função social do contrato que a reduza ao mercado ou mesmo a submeta a um juízo de precedência da função econômica parece incompatível com a base normativa dessa função social – que não se restringe à fórmula excessivamente genérica do art. 421 do Código Civil. É que a própria ordem econômica está funcionalizada, no artigo 170 da Constituição da República, à existência digna e à justiça social. Embora possa ensejar múltiplas implicações (e interpretações), a referência à existência digna e à justiça social revela que a funcionalização da ordem econômica – da qual o contrato é instrumento – não é tautológica, ou seja, não se trata da economia pensada em função dela própria. A norma constitucional, por paradoxal que isso possa parecer, apesar de mais genérica que a norma do artigo 421 (a norma constitucional se refere genericamente à ordem econômica e ao princípio mais amplo da livre iniciativa, enquanto a norma do CCB se refere diretamente ao contrato), é dotada de densidade muito maior no que tange aos parâmetros de aplicação, sobretudo no que se refere à função ali referida” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 285-286). Prossegue em trecho diverso o autor: “A afirmação de que a função social diz respeito ao acesso a bens fundamentais é, de fato, muito relevante, sobretudo para revelar as inadequações das concepções reducionistas que subordinam a função social ao dado econômico. Se função social fosse ‘o mercado’, por certo seria difícil fundamentá-la na consecução de prestações atinentes à moradia, à saúde, à educação, à subsistência. Em homenagem à higidez do contrato operação econômica e à sua função promotora de eficiência econômica tais bens fundamentais, assim reputados pela ordem constitucional, indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade e à obtenção de uma vida digna, poderiam ser deixados em segundo plano se a função social pudesse ser colonizada por uma lógica economicista. Em última instância, reduzir a função social ao mercado – ou a ele subordiná-la, como antecedente da função social – pode constituir o mais grave esvaziamento do conteúdo jurídico do princípio, fazendo com que qualquer suposta e mediata obtenção de benefícios econômicos – sobretudo exteriores à avença – fundamente um suposto cumprimento da função social” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 289-290).

<sup>211</sup> Importante apreensão da evolução do direito brasileiro foi feito por Almeno de Sá, cujo destaque ao sentido de solidariedade como marca fundante de um novo modelo da dogmática contratual se ressalta: “Nos termos do artigo 421, a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Embora o projecto do novo Código tenha sido elaborado e apresentado no início dos anos setenta, não deixa de ser interessante notar que o sentido implicado pela referida ‘função social’ se aproxima irresistivelmente da intencionalidade pressuposta por uma recente tendência europeia, que pretende fazer do pensamento da solidariedade contratual a nuclear força estruturante de uma ‘nova’ dogmática do contrato. Trata-se, nesta perspectiva, de construir um modelo evolutivo, que visa superar a compreensão formal-abstracta da relação contratual, ainda impregnada, apesar de significativos avanços, por representações tributárias da ‘velha’ ordem liberal-individualista. Podemos divisar na ideia de ‘função social do contrato’ duas dimensões, intimamente interligadas: por um lado, pretende-se ‘vigiar’ e moldar todos aqueles resultados que aparecem como expressão do livre exercício do poder de autodeterminação das partes - trata-se de uma dimensão negativa; por outro, visa-se impulsionar condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem a adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato – esta agora em causa a sua dimensão positiva” (DE SÁ, Almeno. *Relação Bancárias*,

para a defesa da distensão funcional da extinção das obrigações.

Contrato, como observa Luiz Edson Fachin, deixa de ser a relação fundada na autonomia da vontade absoluta, passando a se lastrear no conteúdo mutável que verdadeiramente assume a característica de função instrumental do ordenamento, entendido esse como enfeixamento dos valores sufragados pela ordem constitucional. É nessa medida, segundo segue a lição do mencionado autor, que se vivencia uma “superação subjetiva e objetiva dos conceitos tradicionais de partes e de objeto contratual, remodelado, inclusive, pelo sítio jurídico que pode ser ocupado pela boa fé”<sup>212</sup>.

O que se assume é que o merecimento de tutela recaia tanto no interesse negocial das partes em relação, quanto nos múltiplos interesses que de alguma forma possam, concretamente, ser afetados pela existência daquela relação<sup>213</sup>,

---

Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil Brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Suplemento LXXVIII. p. 285-328. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 286).

<sup>212</sup> FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo Mediante o Direito Civil-Constitucional no Brasil. *EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*. V I, a. I, p. 28-31, jan./jun. 2007. p. 28. Preceitua o autor, em obra diversa, ser a função social o elemento “que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea”, superando “o ciclo histórico do individualismo exacerbado” (FACHIN, Luiz Edson. *Contratos e Ordem pública. Revista de Direito Bancário*. v. 10, n. 37, p. 339–340, jul./set., 2007. p. 339). Sobre o tema veja-se, ainda: “A leitura do direito civil sob a ótica constitucional atribui novos fundamentos e, conseqüentemente, novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 106-107).

<sup>213</sup> Perlingieri verifica nessa circunstância o que denominou de “crise do direito subjetivo”. Veja-se: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas o interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 121).

produzindo efeitos concretos e prospectivos na própria estrutura da relação.

Tendo como pano de fundo esse desenvolvimento conceitual, a inserção expressa da função social do contrato no ordenamento brasileiro, a partir do artigo 421 do Código Civil de 2002, estabeleceu, de forma mais intensa – não obstante a crítica acima já reproduzida –, o espraiamento concreto para as relações jurídicas negociais do alicerce necessário para o reconhecimento da permeabilidade dos valores contidos no programa constitucional para o âmbito das relações tipicamente econômico-privadas<sup>214</sup>.

É inegável, de plano, que o reconhecimento do caráter funcional atribuído às relações negociais, tendo como fundamento normativo a função social do contrato, representa a admissão de que a autonomia privada resta limitada, ainda que se admita que o processo de sedimentação do conteúdo normativo, que não se pode tomar como concluído, perpassou e perpassa graus crescentes de densidade de intervenção na estrutura das relações negociais<sup>215</sup>.

O mérito inicial da perspectiva da funcionalização é, portanto, como ressalta Teresa Negreiros, justamente impor ao intérprete que deixe de lado a

---

<sup>214</sup> Sobre a formação expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio da função social do contrato, Gustavo Tepedino referencia: “Não foi sem polêmica que o tema da função social se desenvolveu no Brasil. Embora introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição da República de 1946, por meio da função social e há mais de cinquenta anos fosse objeto de estudo por parte da doutrina italiana, por muito tempo, na experiência brasileira, o princípio permaneceu associado à ciência política ou ao plano metajurídico. Com efeito, a função social, sob a ótica individualista que caracterizou as codificações oitocentistas, não se configurava em princípio jurídico, mas traduzia-se em postulado metajurídico, o qual correspondia, em matéria contratual, ao papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo. Provavelmente por tal circunstância histórica, arraigada intensamente à cultura jurídica dominante (associada ao excessivo apego à técnica regulamentar), a função social afigura-se tema até hoje enigmático e polêmico. Note-se que nem mesmo o advento do Código de Defesa do Consumidor, que deu ensejo a acalorado debate acerca de boa-fé suscitou discussão em profundidade sobre a função social. Tampouco a inserção, na Constituição Federal de 1988, do princípio da função social da propriedade teve o condão de despertar a atenção dos estudiosos. De fato, o instituto somente passou a ser objeto de maior reflexão, adquirindo a feição atual, com a sua introdução no art. 421 Código Civil de 2002, em conhecida dicção: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a Função Social dos Contratos*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145-146).

<sup>215</sup> “A função social do contrato não se beneficiou da longa trajetória histórica de que desfrutou a função social da propriedade, tampouco de uma referência expressa no texto constitucional, com a indicação de parâmetros para sua aplicação. Nenhuma Constituição brasileira fez expressa referência à função social do contrato, nem a de 1988, tampouco estabeleceu critérios de efetivação” (KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e Função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016. p. 43).

racionalidade voluntarista de descrição normativa das relações negociais e as compreenda à luz do tecido valorativo sobre o qual se assentam todos os ramos do direito, direcionado antes para a “justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica”<sup>216</sup>.

Assim, o reconhecimento normativo de uma função social atribuída às relações obrigacionais determina que os atos surgidos da autonomia privada se submetam à validação a partir da realização dos interesses interindividuais e sociais prelecionados pela Constituição<sup>217</sup>, dentre eles, especialmente, o valor da solidariedade<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 223. Em trecho diverso da obra, prossegue a autora: “A instrumentalização, ou funcionalização, da liberdade contratual foi-se impondo à medida que se verificou, na prática das transações econômicas, a repetição de resulta dos vantajosos para uns, e desvantajosos para outros. Este desequilíbrio revelou que, por detrás de um valor supostamente intrínseco, a liberdade operava no âmbito contratual como um instrumento de dominação, e portanto de discriminação” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 272). No mesmo sentido, Antonio Junqueiro de Azevedo pontua: “A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição ao fixar, como fundamento da República, o *valor social da livre-iniciativa* (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por fora da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170 *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para ordem econômica, da livre-iniciativa (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. *In*: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (orgs.). *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 200).

<sup>217</sup> Sobre o tema, veja-se: “Como visto, o princípio da função social do contrato desempe desempenha o papel de impor aos titulares de posições contratual a de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato. Deste modo, no sistema em vigor, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos. *In*: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 150). Afirma, ainda, o autor: “o papel da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro se insere no âmbito deste processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete verificar o merecimento de tutela dos atos de autonomia privada, os quais encontrarão proteção do ordenamento se e somente se realizarem não apenas a vontade dos contratantes, perseguida pelo regulamento de interesses, mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à promoção dos valores constitucionais” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social do Contrato. *In*: \_\_\_\_\_. (org.) *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 155).

<sup>218</sup> Sobre a releitura civil-constitucional do princípio da solidariedade, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes dá conta do modelo do qual se partiu: “Entre nós, até a promulgação da Constituição de 1988, a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era a que remontava ao *Corpus juris civilis*: solidários são aqueles sujeitos que, encontrando-se em um pólo da

Aos contratantes se estabelece, portanto, a obrigação de colmatar os interesses privados constitutivos da liberdade de contratar aos interesses socialmente relevantes emanados do caso concreto e condizentes com o programa constitucional, ao que Judith Martins-Costa relaciona à diretriz da solidariedade social prevista no artigo 3º, inciso III da Constituição<sup>219</sup>.

Não se trata, repita-se, de um prejuízo à autonomia, senão a compatibilização do exercício da liberdade de contratar com os demais valores garantidos pela Constituição. Desse modo, ao mesmo tempo que o conteúdo constitucional preserva, como fundamento da ordem econômica, relevante aspecto da liberdade contratual – representativo nas relações intersubjetivas do já mencionado valor da livre iniciativa prescrito na Constituição –, a atuação funcionalizada da norma garante concretude material a essa liberdade quando associada aos demais valores constitucionais<sup>220</sup>.

---

relação obrigacional, estão aptos a receber a dívida inteira (quando a concorrência é de credores), ou obrigados a solvê-la integralmente (nos casos em que a multiplicidade de sujeitos se registra no pólo passivo)” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 168).

<sup>219</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre a Função Social do Contrato. *Revista de Direito GV*. v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. p. 41. No mesmo influxo é a lição de Carlos Nelson Konder: “A primeira esfera de efeitos atribuída ao art. 421 diz respeito à tutela dos interesses das partes. Nessa linha, referindo-se a uma eficácia interna ou normatividade endógena do contrato, recorre-se à função social para fundamentar a proibição de contratos injustos ou desequilibrados e, dessa forma, a lesão, a onerosidade excessiva e a vedação de cláusulas abusivas seriam dispositivos respaldados pela função social do contrato” (KONDER, Carlos Nelson. Para além da “princípioalização” da Função Social do Contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017 p. 57-58). Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes verifica que o modelo unitário de ordenamento consolidado pela Constituição da República de 1988 estabeleceu um contraponto, ou quando menos um sopesar, entre a liberdade atribuída ao sujeito de direito abstrato e o dever concreto de solidariedade social, não se admitindo, quanto a esse último conceito, que seja “reputando como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar, dentro de sua ampla autonomia” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 178.)

<sup>220</sup> KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de Fundamentação das decisões: boa-fé e Função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016. p. 45. Ainda sobre o tema, a lição de Judith Martins-Costa: Em relação à livre-iniciativa econômica, a liberdade de contratar é instrumental, isto é, para assegurar o exercício de atividade econômica, garantem-se os meios necessários àquele exercício. Como todo meio, a liberdade de contratar não existe “em si”, mas “para algo”, isto é, está permanentemente polarizada e conformada para os fins a que se destina. Esses fins não são apenas concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes do art. 1.º, as diretrizes ou “normas objetivo” traçadas no art. 3.º e no art. 170, bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5.º e 7.º, todos da Constituição. Nessas

Uma possível conclusão a que se chega a partir dessa ordem de ideias é que o conteúdo da função social do contrato deva atrelar-se à construção da norma a partir do caso concreto, à luz do valor constitucional incidente, responsável por nortear os limites e alcances da tutela jurídica e jurisdicional a ser concretizada.

Abandonando o modelo voluntarista típico dos ordenamentos liberais modernos, nos quais a liberdade de contratar se submetia integralmente ao interesse individual das partes, a funcionalização social estabelece a perseguição constante do equilíbrio dos múltiplos interesses, internos e externos ao contrato, “através, inclusive do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitação de direitos para ambas as partes”<sup>221</sup>.

Ainda que se tenha nítida essa compreensão funcionalizada dos contratos por relevante parte da doutrina contemporânea, um dos principais óbices à admissão plena da função social como elemento integrador do contrato, estabelecido como fundamento eficaz e modulador da declaração de vontade, reside ainda hoje na alegação de suposta insegurança jurídica causada por norma de tamanha amplitude interpretativa.

Outrossim, embora se trate de valor normativo aberto, não se permite que se transforme em hipótese de criação ilimitada, submetida exclusivamente à carga subjetiva do intérprete<sup>222</sup>. Considerada a inserção de toda norma geral ou

---

normas (e ainda em outras que a Constituição produz) estão desenhados modelos de caráter conformador para o Estado e a sociedade” (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre a Função Social do Contrato. *Revista de Direito GV*. v.1, n.1, p. 41-66, maio 2005. p. 45).

<sup>221</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias (org.); GUERRA, Isabella Franco (org.); NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 180.

<sup>222</sup> Acerca da atividade do intérprete, veja-se: “O olhar do jurista passa a compreender as repercussões da aplicação de uma norma, os interesses jurídicos em jogo, os fins que ela visa atingir, a *ratio* que a alimenta. Assim, o intérprete deixa de lado aquela postura supostamente neutra e asséptica para assumir o papel – e a responsabilidade daí decorrente – de intervenção na realidade social a que o direito se destina. A atividade interpretativa necessariamente envolve valores, o intérprete está sempre guiado por certos fins, objetivos, indicados pelo próprio direito, que devem ser buscados. Portanto, considerando que isso é inevitável, é preferível que o intérprete assuma e explicita esses fins, para que eles possam ser debatidos democraticamente, do que ocultá-los sob o manto de uma suposta neutralidade na atribuição de significado aos enunciados normativos. Nesse sentido, a ideia de função dos institutos jurídicos é central: quando discutimos para que eles servem, estamos trabalhando não para diminuir, mas para aumentar a segurança jurídica na sua aplicação, dando uma baliza objetiva, uma diretriz, para o intérprete. (KONDER, Carlos Nelson. Para além da “princípioalização” da

princípio no tecido de valores constitucionais, a construção do princípio da função social do contrato se estabelece necessariamente à luz do contexto social mirado pela lente da Constituição e não pelo desejo de quem o interpreta<sup>223</sup>. Tem-se como importante, a tal respeito, a assertiva de Teresa Negreiros, para quem “de fato, na base da segurança jurídica está o sentimento constitucional, entendido como o consenso em torno dos princípios básicos que devem guiar tanto a atividade pública como a atividade privada”<sup>224</sup>.

Não se está a estabelecer ou admitir, evidentemente, que a função social do contrato se presta a instrumento de ruptura sistêmica, especialmente quando da interpretação atuada pela via judiciária, do modelo econômico fundado na livre-iniciativa, mesmo porque trata tal modelo, como já mais de uma vez afirmado, de escolha expressa constante da Constituição. Nesse prisma, o reconhecimento jurisdicional dos efeitos concretos da funcionalização dos contratos não representa o estabelecimento de uma imposição de espécie de assistencialismo privado fundado nas percepções valorativas individuais do julgador; ao revés, “a demanda por preenchimento valorativo da cláusula geral deverá ser sempre suprida com os valores da comunidade que se encontram positivados sob a forma de princípios constitucionais”<sup>225</sup>.

---

Função Social do Contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 41).

<sup>223</sup> Atinente aos limites da interpretação da Função Social do Contrato, Carlos Nelson Konder assevera: Dessa forma, observa-se que a função social do contrato, de forma análoga à função social da propriedade, apresenta-se como um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. No entanto, a adequada fundamentação da decisão que a aplica deve explicitar interesses coletivos, envolvidos no caso concreto, que tenham sido positivados juridicamente, sob pena de recair em uma referência genérica, que mascare as escolhas pessoais do intérprete e que acaba por ressuscitar o receio de que a função social do contrato sirva de instrumento de autoritarismo, ou mesmo totalitarismo, judicial (KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de Fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016. p. 47).

<sup>224</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 86. Acrescenta a autora: “Trata-se, contudo, de um dado cultural, a ser, literalmente, cultivado ao longo de gerações, e não de uma consequência a esta ou àquela modalidade de redação legislativa. (...) Segurança e insegurança são noções relativas. A função estabilizadora do direito, associada por Norberto Bobbio ao apego que os operadores do Direito têm pelo formalismo, é fonte de segurança para os que se beneficiam do *status quo*, e de insegurança para os que aspiram por mudanças” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 86-87).

<sup>225</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56. Prossegue o autor, em relação à compreensão da função social como cláusula geral: “Mas, de fato, essa concepção garante

Localizada a função social no ordenamento unitário constitucional e definido seu papel, a proposta pode avançar para o estabelecimento de seu conteúdo em relação ao objeto do problema enfrentado. Segundo indica Judith Martins-Costa, “toda função é uma competência dirigida a uma finalidade”<sup>226</sup>, restando estabelecer em que medida a finalidade da social<sup>227</sup> do conteúdo principiológico atende ao presente objeto de estudo.

A identificação da função pode principiar, a partir da lição de Perlingieri, pela valoração do fato em relação, a partir do qual é possível delimitar os interesses sob os quais tal fato incide<sup>228</sup>. No sentido da tese em curso, propõe-se valorar, para a delimitação da função, não apenas os interesses próprios da relação sob os quais o fato incide, mas, especificamente, os interesses cuja relação negocial é apenas a gênese, não o continente integral. Nessa medida, uma das possíveis acepções da função social reconhece a atuação dos comportamentos obrigacionais na esfera de transformação de interesses alheios ao contrato, sendo que tal papel se desenvolve a partir do significado normativo dos comportamentos em evolução no processo obrigacional.

Importante lição adicional que se colhe dessa passagem da doutrina de

---

uma maior esfera de ação ao judiciário, uma vez que essa é uma consequência da consagração da função social do contrato por meio de uma cláusula geral. Em oposição à elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscrevem particulares grupos na sua especificidade própria, a cláusula geral abrange e submete a um mesmo tratamento jurídico todo um domínio de casos, em termos de grande generalidade trata-se de uma técnica legislativa de ajustamento contra o domínio fragmentário é provisório do casuismo” (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56-57).

<sup>226</sup> COSTA, Judith Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 18.

<sup>227</sup> Judith Martins-Costa aprofunda a problematização do qualificativo social da função presente no artigo 421 do Código Civil com a seguinte provocação: Na interpretação da expressão ‘função social’ o problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o ‘social’ que qualifica a função? No texto do art. 421 é o primeiro princípio – o da liberdade de contratar – que dá a regência para que se possa discernir esse sentido. Dizendo respeito a um *direito subjetivo* (isto é, à liberdade de contratar) o ‘social’ está conotado ou à *expansão trans-subjetiva da liberdade* ou à *expansão trans-subjetiva da liberdade*, ou mesmo ambas dimensões?” (COSTA, Judith Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 18).

<sup>228</sup> “Ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. A função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 642).

Perlingieri diz respeito ao papel da função como determinadora da estrutura<sup>229</sup>, ao se tomar a afirmação de que é “a função é justamente a síntese dos efeitos ‘essenciais’ do fato”<sup>230</sup>. A partir de tal assertiva é possível afirmar, como se faz nesta tese, que no âmbito de desenvolvimento do processo obrigacional os efeitos de constituição, modificação e eventual extinção de obrigações, direitos e deveres se amoldam, em consonância, ao interesse do credor (função negocial) mas também à função social, permitindo, como se defenderá adiante, o prolongamento<sup>231</sup> ou a interrupção prematura dos efeitos do contrato com fundamento alheio ao interesse negocial.

Em conteúdo direto, afirma-se que função social ocupa espaço constitutivo das situações obrigacionais, alterando o elemento central do modelo normativo infraconstitucional de regulação das relações obrigacionais representado pela liberdade de contratar. Evidentemente, não se propõe nem se cogita da supressão da liberdade de contratar<sup>232</sup>, posto tratar-se de elemento essencial da vida econômica; entretanto, o alicerce da liberdade passa a se fundir com a função social. Daí o texto do artigo 421 do Código Civil dispor que

---

<sup>229</sup> “Determinada a função do fato, pode-se considerar determinada também a sua estrutura. Apreende-se assim o nexo entre estrutura e função” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 643).

<sup>230</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 643.

<sup>231</sup> Não é estranho à doutrina o reconhecimento de hipótese de prolongamento do vínculo. Veja-se a esse respeito, ainda que em contexto diverso, a dicção de Clovis do Couto e Silva: “Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de ‘orgânico’, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20).

<sup>232</sup> Nesse ponto, Luiz Edson Fachin adverte: “Aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea. Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos. Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social” (FACHIN, Luiz Edson. *Contratos e Ordem pública*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 37, p. 339-340, jul./set., 2007. p. 340).

a liberdade de contratar será exercida em razão da função social – ao que define Judith Martins-Costa como remodelador da autonomia privada<sup>233</sup> –, promovendo, uma “transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais”<sup>234</sup>.

Em tal medida, as figuras do credor, de devedor e de terceiros deixam de se manterem como configurações estanques, de papéis pré-ordenados, para atuarem como participantes ativos das demandas funcionais surgidas a partir do exercício da liberdade de contratar.

As situações obrigacionais são definidas, assim, como relações de cooperação<sup>235</sup>, tornando-se as partes titulares de direitos e deveres vinculados a essa cooperação funcional. Há igual impacto, a partir de tal perspectiva, no

---

<sup>233</sup> “A liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na civitas, em comunidade. O problema está no modo de entender a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma ‘liberdade consentida’ nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis. (...) Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretrecidos, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária. É que, como “liberdade situada”, a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da autonomia privada, compreendida como ‘o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam’” (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018. p. 43).

<sup>234</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 403. Arremata o autor: Em definitivo, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar”. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 403)

<sup>235</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 212. Nas palavras do autor: “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isso implica uma mudança radical na perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor. Também o terceiro encontra-se envolvido nesse novo clima de colaboração e de responsabilidade”.

objeto da relação, que assume, segundo Perlingieri, a “fisionomia de um ‘bem’ autônomo sobre o qual, em modo evidente, incidem direitos de terceiros qualificados (...) e que os terceiros são obrigados a respeitar”<sup>236</sup>.

A junção do papel central da função social no modelo contemporâneo de relações obrigacionais, conforme acima delineado, com a acepção dinâmica desse tipo relacional, permite amplificar os horizontes da atual compreensão dos limites objetivos e subjetivos das obrigações.

Para fundamentar tal assertiva toma-se, como síntese e ponto de partida, a afirmação de Clovis do Couto e Silva, segundo a qual “o adimplemento atrai e polariza a obrigação”<sup>237</sup> a partir da funcionalização que permeia todo o processo, conferindo-lhe sentido unitário; adimplemento, contudo, ressoa expressão de diversos sentidos ao se considerar que a função social impõe comportamentos de distintos conteúdos<sup>238</sup>.

O que passa a determinar o sentido e os limites do adimplemento, em um processo obrigacional funcionalizado, são os interesses que foram perturbados pela existência daquela relação e que passam a ser merecedores de tutela a partir da sua incorporação no raio de atuação socialmente funcional da relação jurídica originária. É dizer, portanto, que a função social molda os elementos estruturais da situação obrigacional, desvinculando-os do modelo binário antes já mencionado e atrelando cada um deles à interpretação construtiva que melhor

---

<sup>236</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 212.

<sup>237</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 17. Em noção mais estendida da mesma ideia, Bruno Miragem aponta: “Sobre a estrutura da relação obrigacional, a noção de obrigação como processo permite reconhecer, ao lado do dever principal de prestação, sobre o que se comprometem os sujeitos da relação obrigacional, também deveres secundários e deveres laterais ou anexos, que advêm ou de disposição específica presente no título da obrigação de lei, ou diretamente da incidência da boa-fé objetiva, todos eles assumindo uma unidade funcional, um sistema, que direciona o curso do comportamento esperado das partes para o adimplemento. A satisfação do interesse útil do credor é o fim esperado do comportamento das partes” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 45).

<sup>238</sup> Na expressão de Luiz Edson Fachin, “Aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea. Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos” (FACHIN, Luiz Edson. Contratos e Ordem pública. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 37, p. 339 – 340, jul./set., 2007. p. 340).

atenda os multidimensionais interesses funcionalizados<sup>239</sup>.

Não é despiciendo afirmar, portanto, que a função social é capaz de promover um prolongamento objetivo das relações obrigacionais, a fim de que se atendam os fins socialmente relevantes surgindo ao longo e em razão da realização dos interesses negociais. Tal prolongamento entende-se a partir da apreciação dos vários objetos prestacionais envolvidos na relação socialmente funcionalizada, tornados bens ou valores autônomos, com eventual impacto no tempo de permanência da relação como situações juridicamente tutelada.

A assertiva formulada está em linha com o entendimento de François Ost, de que “atualmente, tudo tem lugar como se após a fase preliminar – por meio da qual ‘garantias’ são estabelecidas –, houvesse uma fase de execução, mais ‘libertadora’, mais ‘fluida’”<sup>240</sup>. De fato, se está aqui a afirmar que, após a apresentação em relação ao interesse negocial, ainda que em fase pré-negocial, emerge, com densidade crescente ao longo do desenvolvimento do processo obrigacional, um sentido socialmente funcional para os resultantes daqueles comportamentos obrigacionais. Referido aspecto da funcionalização promove o nascimento de novas imputações comportamentais, pertinentes a distintos interesses surgidos da perturbação causada pelo processo obrigacional em curso.

Nessa medida, retoma-se a construção antes iniciada acerca dos fundamentos da pós-eficácia das relações obrigacionais. Dizia-se que a compreensão presente, que atrela a pós-eficácia aos deveres anexos originados

---

<sup>239</sup> Tal ordem de ideais se apresenta na obra de Anderson Schreiber: “Da perspectiva funcional, a relação obrigacional deve ser estudada como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a determinado fim econômico e social. A função que cada relação obrigacional desempenha, de acordo com os interesses mercedores de tutela que nela convergem, irá determinar a disciplina incidente sobre os elementos de sua estrutura. Assim sendo, estrutura e função dever ser concomitantemente examinadas para a compreensão normativa e interpretação da concreta relação jurídica” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 312)

<sup>240</sup> OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 12). Não se olvide que o autor refere-se à proteção de vulneráveis nas relações contratuais; “se percebe a prevalência do cuidado com vulneráveis que devem ser devidamente informados antes de se vincularem e que, na sequência, devem poder experimentar compromissos impregnados de justiça contratual e que possam produzir efeitos úteis também em seu favor” (OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 12); entretanto, suas premissas são relevantes na sustentação da afirmação presente nesta tese.

na boa-fé objetiva, acaba por consolidar a tutela exclusiva dos interesses negociais. De fato, a compreensão de que é da função social que emana conteúdo transformador do processo obrigacional leva a concluir que é também tal função que permite seja ultrapassada a eficácia (e o interesse) negocial com imputações prospectivas de deveres prolongados no tempo.

Como antes já exposto, compreende-se, como Judith Martins-Costa, que na esfera das situações jurídicas obrigacionais é o princípio da função social que exerce funcionalidade exterior ao interesse negocial, “em contrapartida à ‘normatividade endógena’ dos princípios da boa-fé e da autonomia privada”<sup>241</sup>.

O caminho exposto permite reconhecer na definição de pós-eficácia negocial fundada na boa-fé objetiva um limite teórico que não dá conta de toda a realidade fática hodierna, que demanda solução para lacuna verificada na ausência de justificação jurídica obrigacional que imponha comportamento necessário em momento no qual o radar da boa-fé não é capaz de atingir (diretamente) as demandas e comportamentos próprios de um determinado processo obrigacional.

É certo que a contemporânea complexidade das relações jurídicas e econômicas demanda leitura aberta e porosa a contemplar, de um lado, a autonomia privada inserida no escopo funcional dos institutos e, de outro, prestigiar a necessária tutela à função a ser desempenhada por cada conteúdo normativo. No atual momento de desenvolvimento dos direitos patrimoniais<sup>242</sup>,

---

<sup>241</sup> COSTA, Judith-Martins. Notas sobre o princípio da função social dos *contratos*. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 21. Tal reflexão se insere no seguinte contexto de ideais: “Essa normatividade encontra fundamento numa muito antiga tradição: a idéia de *justiça legal*, de Tomás de Aquino que, na *Summa Theologica*, assentou: ‘À justiça legal pertence ordenar ao bem comum as coisas que são das pessoas particulares’. Aqui está o verdadeiro salto qualitativo que encontro no art. 421: o entender-se que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo *internamente conformado* o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum” (COSTA, Judith-Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004. p. 21).

<sup>242</sup> No que diz respeito à localização classificatória do direito privado, veja-se a lição de Gustavo Tepedino: “A classificação central que deve ser estabelecida, para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, é a que estrema as *relações jurídicas patrimoniais*, constituídas por situações jurídicas economicamente mensuráveis, e as *relações jurídicas não patrimoniais*, formadas por situações jurídicas insuscetíveis de avaliação econômica, caracterizadas por interesses não patrimoniais”. (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. *In*: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137.)

verifica-se que os direitos de crédito são, mais do que nunca, impulsionados pela amplificação da complexidade das trocas econômicas – seu fundamento de existência – implicando, por tal razão, um repensar do sentido funcional das situações jurídicas por eles permeadas para se afastar de reducionismos constitucionalmente inadequados.

Pode-se falar, nessa medida, em fragmentos da relação obrigacional que extrapolam os efeitos da vontade negocial – executada essa, sempre, sob o comando da boa-fé objetiva – mas que nem por isso desfazem os vínculos obrigacionais amalgamados pela imposição funcional dos comportamentos.

A centralidade funcional se elege, nesta proposta, pelo reconhecimento de que a boa-fé é conteúdo formativo do interesse negocial (íntegra e define o comportamento contratual), sendo circunscrita a comportamentos previsíveis e conectados ao núcleo imediato da relação obrigacional<sup>243</sup>. Já a função social, de maneira ampla, se transforma no próprio continente gravitacional processo obrigacional, reordenando o seu núcleo estrutural e rompendo os limites dos comportamentos explicitamente relacionados ao interesse negocial.

Assim, quando não mais há interesse negocial e mesmo as obrigações assessórias já não podem ser exigidas, a situação jurídica obrigacional pode não estar extinta diante do reconhecimento de uma função latente surgida pelos

---

<sup>243</sup> É possível demonstrar, de maneira crítica, as limitações da boa-fé na atuação da eficácia pós-negocial, a partir da atuação jurisdicional que lança mão do conceito para solução de circunstância que não demanda qualquer exercício que não o da aplicação dos instrumentos normativos tradicionais. Trata-se de caso assim relatado por Maurício Mota: “Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais examinou interessante litígio entre a Telemig Celular S/A e uma microempresa credenciada para Loja Telemig Celular. A primeira ajuizou ação ordinária em face da segunda afirmando que celebrou com o requerido “Contrato de Credenciamento de Lojas Telemig Celular”, no qual há cláusula de exclusividade que o proibia de prestar serviços, durante a vigência do contrato e até seis meses após sua cessação, a outras prestadoras de serviços de telecomunicações com atuação na mesma área de sua atuação, sob pena de multa de 10% sobre o valor do contrato. Como este credenciado, após a extinção do contrato, mas antes do fim do prazo de seis meses, passou a oferecer ao público produtos e serviços da empresa de telefonia celular concorrente ‘Claro’, em ofensa à cláusula de exclusividade, a TELEMIG pleiteou a condenação do réu ao pagamento da multa contratual de 10% sobre o valor do contrato, em razão do descumprimento da cláusula de exclusividade, acrescido de correção monetária e juros de 1% ao mês. O Tribunal, entretanto, decidiu que a pós-eficácia por seis meses de cláusula contratual de não concorrência, viola a função social do contrato porque não visa garantir a outorga do resultado esperado do contrato, mas sim limitar abusivamente a concorrência, atingindo os preceitos constitucionais da livre-iniciativa e concorrência (art. 170, CF)” (MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, 2011, p. 351-423. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194/7970>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018. p. 388).

efeitos ondulatórios<sup>244</sup> da existência do interesse negocial primevo. Nesse sentido, a questão teórica posta se relaciona à definição funcional, pelo qualificativo social, de imputação de comportamentos à luz dessa etapa exógena do interesse negocial, mas ainda vinculado, por genealogia, à situação jurídica obrigacional tomada como fenômeno de efeitos possíveis perenes.

Tomando as relações contratuais como processos de interação, é necessário considerar que toda interação produz efeitos aparentes imediatos, porém projeta efeitos latentes inseridos em sua função social<sup>245</sup>. Tais efeitos, uma vez desabrochadas, demandam a conformação de comportamentos dos partícipes da relação obrigacional para satisfação do programa contido naquela relação funcionalizada (re)constituída.

Como fenômeno normativo de descrição teórica, a hipótese lançada pode ser verificada e testada, como objeto sob a lente do microscópio, na observação do processo de extinção da obrigação, ao que se dedicará a seguir.

---

<sup>244</sup> Faz-se aqui referência metafórica ao acontecimento de um objeto que cai em uma superfície de águas calmas, produzindo e propagando ondas que se vão expandindo até a retomada do momento de calmaria. Cada onda produzida em um efeito ondulatório representa uma nova perturbação no meio (Princípio de Huygens), que faz surgir nova onda e assim até que a resistência do meio imponha a calmaria novamente.

<sup>245</sup> É reveladora, nesse sentido, a lição de Pietro Perlingieri: “O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinado como o nascimento, a aquisição, a extinção, a modificação de uma situação subjetiva (cfr. *infra*, § 64). O contrato (fato jurídico) produz consequências difíceis de determinar, pelo menos em um primeiro nível (...). Cada fato, mesmo aquele aparentemente indiferente para o direito, tem sempre o seu aspecto de juridicidade” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 90).

### 3 A FUNÇÃO SOCIAL COMO RAZÃO DA EXTINÇÃO FRAGMENTADA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS OBRIGACIONAIS.

As indicações postas no conteúdo dos capítulos anteriores possuíam propósito específico de estabelecer fundamentos pelos quais se pode assumir a função social, ao mesmo tempo, fio condutor e sentido programático das situações jurídicas obrigacionais. Com tal dúplice propósito, que por si só permite ressignificar o conteúdo dos elementos estruturais das relações jurídicas diante de cada *fattispecie* densificada em concreto, buscou-se assentar o problema dos limites das relações obrigacionais.

Na concepção do problema assentado, a premissa é inequívoca: as múltiplas manifestações funcionais do fenômeno obrigacional e mesmo as variadas dimensões que pode a função social assumir devem atuar dentro dos conteúdos normativos existentes, adequando-se à complexidade de cada relação. Alinha-se à doutrina de Joaquim de Souza Ribeiro, para quem a preservação de todas as referências normativas incidentes sobre os interesses em jogo é o único meio de se “atingir uma regulação equilibrada e estabilizadora do papel do contrato nos processos sociais de troca e cooperação”<sup>246</sup>.

Ao se afirmar que a funcionalização e, especialmente, a função social, moldam e dão sentido à estrutura do contrato, desde sua fase pré-negocial até sua integral conclusão, projetando-se para além da satisfação do interesse negocial nuclear como forma de garantia do exercício de direitos e interesses a ele exógeno, não se pode abdicar de algum limite que, ao conter o significado de relação jurídica obrigacional, lhe garanta a existência discursiva e prática. Só é possível explicar, reconhecer e regular a partir do ordenamento jurídico descrições fáticas que se possam delimitar em diferenciação do todo, sob pena

---

<sup>246</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50. Avança o autor: “O ponto de partida deve ser antes o reconhecimento da pluralidade de dimensões funcionais e de valores do instituto contratual, junto com a tentativa de estabelecer, também aqui, critérios de concordância prática entre eles. Esta concepção pluralista, neste sentido, leva à rejeição de todo e qualquer monismo de apreciação, no convencimento de que nenhuma teoria pode ser *self-embracing*, nenhuma pode fornecer sozinha suporte a um corpo completo de soluções integradas” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50).

de inaplicabilidade de qualquer teoria por falta de objeto próprio de incidência.

Assim, em linha com a opção metodológica adotada, nesta derradeira etapa expositiva da tese proposta, colhendo dos pressupostos antes estabelecidos o sentido e alcance da função social dos contratos, buscar-se-á definir a atuação da função social sobre a extinção das obrigações, com revisão da dimensão discursiva do tempo e da dinâmica de existência do conteúdo das obrigações, com percepções modificadas acerca das estruturas obrigacionais.

A “variabilidade da estrutura negocial”<sup>247</sup>, a partir da genealogia de matriz funcional, permite construir a tese de que o desenvolvimento das relações obrigacionais complexas eventualmente aporte em resultados não previstos pelo interesse negocial e a ele alheio, cujo merecimento de tutela pode implicar em alteração do sentido dado ao conceito de extinção das obrigações.

Efetivamente, Perlingieri aponta para a “superação de uma concepção pancontratualista e ainda sugestionada por um falso princípio de simetria, segundo o qual aquilo que nasce por contrato deveria se extinguir por contrato”<sup>248</sup>. O que se propõe nesta derradeira fase da tese é demonstrar o valor e a repercussão prática da incidência da função social como mediadora do processo extintivo das relações obrigacionais, superando o marco da satisfação autossuficiente dos interesses negociais em pauta.

---

<sup>247</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 393.

<sup>248</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 393. Em linha com a lição de Perlingieri, veja-se a proposição de Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa: “a seara dos contratos se apresenta hoje como o palco de inúmeros paradoxos, compondo uma realidade onde o novo e o antigo se misturam, onde pontos de vista tradicionalmente tidos como contraditórios se aproximam e se incluem. No resultado geral, as fronteiras são fluidas, as ordens são plúrimas e as soluções são várias. Em âmbito contratual privado, a ilusão de segurança jurídica foi definitivamente alcançada pela dúvida e pela perplexidade, atingida pela ausência de pontos de partida seguros e de premissas básicas que sirvam de cimento ao estrato teórico novo que indica estar em formação” (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 286-287).

### 3.1 A extinção das obrigações frente ao reconhecimento da fragmentação funcional das situações jurídicas obrigacionais.

A construção das relações jurídicas em modelo de estrutura fechada e composta por elementos formais pré-configurados e metricamente localizados, cuja herança se marca na composição codificada brasileira – ainda que com os avanços no próprio texto legal, antes mencionados–, busca promover, como resultado de uma equação, porquanto já se teve a oportunidade de referir, a satisfação dos interesses negociais.

No discurso formal, tais interesses se satisfazem a partir do cumprimento dos comportamentos pré-definidos na *fattispecie* selecionada. É a pretensão do resultado e a busca pela realização da prestação que motiva e dá sentido a relação contratual como tal inserida no sistema de regras dos ordenamentos modernos, sendo sua concretização a marca do encerramento das vinculações intersubjetivas mediadas pelo objeto contratado, com a ocorrência da simbólica extinção da relação jurídica<sup>249</sup>.

É exatamente o dever de cumprir a prestação, e o correspondente direito de exigência do cumprimento específico, que distingue uma relação obrigacional das demais interações intersubjetivas privadas<sup>250</sup>. Por tal razão, tratam-se de relações que tendem, natural e formalmente, à extinção, seja pela realização do resultado da prestação – que é o esperado pelo sistema –, seja pela sua frustração irremediável, que derroga a razão de ser do vínculo existente<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Aponta Larenz: “Lo primerio y decisivo, lo que da contenido y significación a la relación obligatoria y determina el carácter típico de la misma es la prestación determinada. La obligación está dirigida a la prestación determinada del deudor (o a las prestaciones de ambas partes) y cuando esto se ha producido entonces se ha alcanzado la finalidad de la obligación y ésta, por lo general, queda extinguida” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958. p. 20).

<sup>250</sup> Em resgate ao conteúdo abordado no primeiro Capítulo desta tese, observa-se que, nas relações jurídicas obrigacionais, é na atuação do binômio prestação e exigência que se localiza a boa-fé objetiva, traço de reforço da inserção da cláusula geral no modelo positivista adaptado de relação obrigacional. Não significa, porém, que a boa-fé objetiva, como cláusula geral que é, se restrinja a esse espaço aprisionado da dogmática privatista, atuando, mediada pela interpretação construtiva, em outros planos relacionais privados.

<sup>251</sup> Diz, com expressão, Orlando Gomes: “Nascem as obrigações para serem cumpridas, mas, no exato momento em que se cumprem, extinguem-se. O adimplemento é, com efeito, o modo

Assim como se está narrando, nos termos do regramento vigente no sistema brasileiro, há certa identidade entre a extinção das obrigações e o tratamento do cumprimento das prestações, estabelecendo-se regras que excepcionam as hipóteses de descumprimento<sup>252</sup>. Na expressão clássica de Orlando Gomes, “obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito da outra”<sup>253</sup>, havendo, como antes haurido, proeminência do elemento a ser satisfeito.

Nesse contexto, a prestação compreende o fim das relações obrigacionais em duplo sentido: tanto representa o resultado almejado, a razão jurídica pela qual se estabeleceu o vínculo jurídico, como também significa seu esgotamento, sua completude e natural extinção, simbolizando, por uma expressão de comportamento, a sorte da obrigação. Se cumprida, extingue-se por satisfação; se frustrada de modo incurável, desestrutura-se a relação obrigacional.

Seja no cumprimento, a que se denominou estruturalmente de adimplemento, seja em seu reverso – o descumprimento tomado pela dicção do inadimplemento –, a síntese densa compreendida pela prestação (ou sua ausência), em dissonância com a percepção da obrigação como um processo, retira das relações obrigacionais o sentido de fluidez e congela em um ponto no

---

natural de extinção de toda relação obrigacional” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105).

<sup>252</sup> O Código Civil brasileiro dedica o Título III do Livro referente ao Direitos das Obrigações para regular a extinção pelo adimplemento, além de apontar no Título seguinte as hipóteses de extinção pelo descumprimento. Sobre os diversos modos de extinção das obrigações sem pagamento, ver: NEVARES, Ana Luiza Maia. Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 429-455. Ressalta-se, do texto, a vinculação do ordenamento ao aspecto estrutural, que se denota da seguinte passagem: “O vínculo obrigacional nem sempre se extingue com o adimplemento da prestação que é devida ao credor, havendo outros modos de extinção das obrigações diversos do pagamento, a saber, a novação, a compensação, a confusão, a remissão e a impossibilidade de cumprimento da prestação por causa não imputável ao devedor. Referidas causas de extinção das obrigações podem ser classificadas em causas extintivas satisfatórias e causas extintivas não satisfatórias, uma vez que a extinção da obrigação pode vir acompanhada da obtenção de um resultado que, ainda que substitutivo ou equivalente em relação àquele que seria alcançado com o exato adimplemento, seja útil ao credor”.

<sup>253</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15. Acresce o Autor: “Encarada em conjunto, a relação obrigacional é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17).

tempo os seus efeitos<sup>254</sup>. Não obstante, a realidade revela tratar-se de uma interação que, por seus resultados, pode – e quanto mais complexa, maior a chance que de fato ocorra – reverberar múltiplos efeitos.

Retoma-se, por alegoria, ao exemplo das ondas geradas pela pedra lançada na superfície calma da água. A concepção tradicional de prestação e adimplemento indica que a pedra lançada (tomado tal ato como a prestação), ao atingir a água, nela não mais está, porque o esgotamento de seu conteúdo a fez desaparecer. Entretanto, sabemos que a pedra segue na água, pois as ondas formadas assim nos indicam. Se a explicação e, mais do que isso, o efeito das ondas não pode ser compreendido e contido no continente do adimplemento, significa que ele, adimplemento, de fato pode não ser em sentido definitivo e cabal, havendo comportamentos pendentes para que a situação jurídica obrigacional cumpra sua função.

Essa lógica estática, já se anunciou, pode não estar adequada à percepção da obrigação como processo e menos ainda se sustenta a partir do reconhecimento dos efeitos de progressividade extintiva causados pela função social, como se verá adiante.

A doutrina contemporânea não apenas reafirma essa acepção como dela retira relevantes inferências consequenciais. Ressuma, nesse aspecto, por exemplo, na preferência do adimplemento retardado, com as consequências da mora, ao inadimplemento absoluto. Como aponta Anderson Schreiber, “ao credor compete a persecução do escopo comum, eximindo-se de atentar contra a relação que o conecta ao devedor, enquanto o resultado esperado puder ainda ser alcançado”<sup>255</sup>, impulsionando a preservação da relação jurídica pelos

---

<sup>254</sup> Em relação a tal resultante, disserta Anderson Schreiber: “Identificado, na abordagem tradicional, como cumprimento exato da prestação ajustada, o adimplemento resumia-se a um ato pontual do devedor: a entrega da coisa, a restituição do objeto, a realização do ato devido. Ao que se passava antes ou depois era indiferente o direito obrigacional” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 8, v. 32, p. 3-27, out.-dez., 2007. p. 10-11).

<sup>255</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 8, v. 32, p. 3-27, out.-dez., 2007. p. 13). A definição do autor está em consonância com a percepção da funcionalidade trazida por Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería: “A obrigação deixa de ser concebida com um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor. Essa sua função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional até o momento

complexos arranjos eficaciais que dela podem decorrer. Ainda que indiretamente, vem ao encontro da tese ora exposta a promoção de efeitos prolongados em razão da função social.

Ainda mais útil à presente tese é a pertinência da tutela do adimplemento retardado nas obrigações de caráter continuado, na posição crítica à expressa disposição legal contida no artigo 390 do Código Civil<sup>256</sup> a respeito da imediata constituição do inadimplemento absoluto frente ao descumprimento das obrigações negativas. Segundo Schreiber, ainda que a norma faça sentido para as obrigações de cumprimento imediato, naquelas de caráter continuado, a retomada da abstenção, ainda que em mora, pode “mostrar-se útil ao credor e ao atendimento da função concretamente desempenhada pela relação obrigacional”<sup>257</sup>.

Trazida a discussão para a tese em desenvolvimento, possibilita-se afirmar, por exemplo, que pela natureza de funcionalidade social, a existência de uma circunstância que dispara a necessidade de abstenção da prestação que dá conteúdo ao interesse negocial não é capaz, por si só, de ensejar a extinção da relação jurídica se presentes outras prestações impostas pela função social. A associação que se faz, aqui, parte da independência estrutural das prestações, porém com vinculação das funções (negocial e social) ao mesmo centro gravitacional. Se no caso indicado por Anderson Schreiber aponta-se a preservação da relação, mesmo com a descumprimento transitório da prestação

---

de sua extinção, servindo, em particular, de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que são chamadas, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, a colaborarem mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018. p. 2-3).

<sup>256</sup> “Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster” (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>257</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 8, v. 32, p. 3-27, out./dez., 2007. p. 13). Acrescenta o autor, no mesmo trecho, um exemplo: “Assim, se o devedor se obriga a não concorrer com o credor, e eventualmente o faz, nada impede que, purgando a mora (com as eventuais perdas e danos), volte a se abster”.

negativa esperada, superando-se a regra do artigo 390 do Código Civil, a fim de garantir o atendimento da função negocial, na hipótese ora indicada, a preservação da relação (leia-se, o afastamento da extinção) deve-se à observância da função social, ainda que à prestação que concretiza o interesse negocial se imponha abstenção.

Exemplo hipotético, a partir de circunstância fática e real pode auxiliar a captura do sentido que impulsiona essa sustentação.

Na região amazônica, mais precisamente na bacia do rio Trombetas, no Pará, encontra-se uma das maiores reservas de bauxita do mundo. Especificamente no município de Oriximiná-PA, entre o rio Trombetas e a unidade de conservação constituídas pelas Floresta Nacional do Saracá-Taquera (Flona) e pela Reserva Biológica do Rio Trombetas (Rebio), atua, desde o final da década de 1970, empreendimento de mineração com o propósito de explorar a lavra daquele minério.

Na mesma região, desde o século XVIII, há comunidades quilombolas que se estabeleceram às margens do rio Trombetas<sup>258</sup> e que, em processo de reconhecimento iniciado em 1989 efetuaram, em 2004, pedido de titulação das áreas ocupadas a partir dos projetos Alto Trombetas e Alto Trombetas II<sup>259</sup>.

Diante da inação do Governo Federal e demais órgãos governamentais em promover a pretendida titulação, em 2013, foi proposta pelo Ministério Público Federal a Ação Civil Pública (ACP), autuada sob o número 004405-91.2013.4.01.3902, julgada procedente em 2015 para o fim de determinar a condenação da União, do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agraria) e o ICMBio (Instinto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade) a concluírem, conforme suas atribuições, “o procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras

---

<sup>258</sup> “história das comunidades quilombolas de Oriximiná começou na segunda metade do século 18. Uma época em que escravos fugidos das plantações de cacau do entorno de Santarém subiram o Trombetas e foram se refugiar além de uma sequência de cachoeiras, que passaram a funcionar como uma proteção natural contra os capitães do mato” (A guerra secreta pela bauxita. Disponível em: <<https://apublica.org/2016/08/a-guerra-secreta-pela-bauxita/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>259</sup> Conforme informações constantes na sentença de Ação Civil Pública autuada sob o número 004405-91.2013.4.01.3902, que tramitou perante a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém. Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2016/08/Senteca-2-anos.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

ocupadas pelas comunidades de remanescentes de Quilombos descritas nos autos”<sup>260</sup>.

Ocorre que na mesma zona onde se localizam os reconhecidos remanescentes de quilombo, desenvolveu-se projeto para o início de nova etapa de exploração, que renderia, em 1.800 (mil e oitocentos) hectares de área a ser desmatada e minerada, atividade exploratória por mais 30 (trinta) anos<sup>261</sup>.

A partir desse arrazoado fático, passa-se à análise de circunstância hipotética pertinente ao conteúdo da tese. Considere-se que na pendência de trânsito em julgado da Ação Civil Pública e da efetiva titulação da área aos remanescentes quilombolas, a empresa de mineração tivesse estabelecido com terceiros contrato de empreitada para efetivar a supressão vegetal da área a ser

---

<sup>260</sup> Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2016/08/Sentença-2-anos.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018. Importa considerar que a sentença não foi reformada em seu conteúdo essencial pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pendia, quando da consulta realizada em 23 de novembro de 2018, a distribuição de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (consulta disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>261</sup> “Na região conhecida como platô Monte Branco, por exemplo, foi pedida uma autorização de ‘supressão vegetal’ de 1.800 hectares, quase a totalidade daquela área de lavra. A estratégia, segundo especialistas, é pouco usual, mas a empresa alega que, por estar produzindo com velocidade maior, achou por bem abreviar o processo, devastando mais mata de uma só vez. Também nega que a pressa esteja ligada à probabilidade crescente de o governo titular as terras quilombolas, o que mudaria a dinâmica do sistema atual. O ponto mais contraditório nos trâmites da supressão vegetal de Monte Branco, contudo, é a conduta do ICMBio, responsável por supervisionar o desmatamento. No intervalo de alguns meses, a instituição produziu dois documentos, com conteúdos diversos, para um mesmo processo de supressão vegetal: os 1.800 hectares do platô Monte Branco. No primeiro parecer, obtido pela Pública, e elaborado em março pela equipe local, havia uma série de recomendações, entre elas a de que fosse observada a existência de comunidades quilombolas próximas à área de mineração. No texto, os técnicos afirmam que deveriam ser feitos estudos para avaliar o impacto sobre os povos locais e que estes deveriam ser consultados antes de o empreendimento ter início” (disponível em: <<https://apublica.org/2016/08/a-guerra-secreta-pela-bauxita/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018). Registre-se que da exploração de bauxita da região sobrevive toda a população da bem desenvolvida vila de Porto Trombetas, que faz parte do Município de Oriximiná (PA). Informações datadas de 2003 dão conta de ser “uma vila bem estruturada de mil casas, onde moram seis mil habitantes, entre eles os 1.100 funcionários com salário médio de R\$ 990,00. Há alojamentos para 1.500 pessoas, dois hotéis, escola gratuita até o nível pré-universitário para 1.200 alunos (todos dependentes dos empregados, das empresas contratadas e de parte da população ribeirinha da região), hospital com 32 leitos, UTI, serviços laboratoriais e centro odontológico. Conta, ainda, com rede de água fluoretada, sistema de tratamento de água potável e tratamento de esgoto, geração própria de energia, limpeza urbana, transporte, boa malha viária, lixo reciclado, sistema de comunicação digital nacional e internacional e um aeroporto com capacidade para operações de Boeing 737” (Isto é Trombetas, onde a floresta range, uiva e chia. Disponível em: <<https://www.infomet.com.br/site/noticias-ler.php?bsc=ativar&cod=15264>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

explorada, o que congrega diversas atividades prévias e posteriores ao desmate, como delimitação da área de exploração, projeto de manejo, estudo de impacto ambiental com necessária investigação antropológica, estabelecimento da metodologia de deposição das árvores, destinação da madeira, custeio da exploração por se tratar de área de Flona e Rebio etc.

Para fins do exemplo elencado, imagine-se que no curso do processo obrigacional, na etapa prévia de estudo de impactos – mormente aqueles de caráter antropológico –, deparem-se as partes com a impossibilidade de avanço do projeto, pela percepção de que as áreas ocupadas por remanescentes de quilombos são mais amplas que as oficialmente reconhecidas, impedindo-se, diante do evidente risco social e econômico, de se dar prosseguimento ao negócio, frente, no mínimo, a efetividade a ser conferida à função social da posse constatada<sup>262</sup>.

No caso hipotético lançado, portanto, o cumprimento da complexidade das prestações não poderia ser executado em sua integralidade, restando insatisfeito o interesse negocial, em razão justamente de circunstâncias socialmente funcionais advindas do próprio desenvolvimento das prestações no curso do processo obrigacional. Há uma dimensão exógena que impacta endogenamente o contrato, quer derive do interesse de índole subjetiva ou privada, quer advenha de interesse transindividual de órbita pública.

Do ponto de vista estrutural, ainda que sob controvérsia e debate a respeito da melhor solução jurídica, a narrativa adequa-se às hipóteses de incidência de alguns dispositivos normativos que levariam à extinção da relação obrigacional frente à frustração irreclinável do interesse negocial (seja em seu aspecto prático, seja quanto ao aspecto econômico). Cite-se, por exemplo, a hipótese do artigo 248 do Código Civil<sup>263</sup>, que determina resolver-se a obrigação diante de prestação de fato que se torna impossível, ou ainda o artigo 396 do

---

<sup>262</sup> A respeito da eficácia da função social da posse, já tivemos a oportunidade de dissertar em GONÇALVES, Marcos. *A posse como direito autônomo*. Teoria e prática no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

<sup>263</sup> “Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos” (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

mesmo Código<sup>264</sup>, que ressalva não incorrer em mora o devedor se não houver fato ou omissão a si imputável, o que levou à construção doutrinária e jurisprudência da liberação da prestação e extinção do contrato<sup>265</sup>.

Não obstante, à luz do enfoque da tese que aqui se constrói, é viável defender não ser oportuna a extinção total da relação obrigacional, pois sua existência desencadeou imputações comportamentais que demandam a permanência do vínculo de cooperação, não para a satisfação dos efeitos pretendidos pelo interesse negocial, mas sim no que concerne a efeitos vinculados à função social que abrolharam. Comporta elencar, à guisa de exemplo da mencionada cooperação, a imposição de atuação da empresa contratada para consolidar e dar sentido prático às descobertas antropológicas e, à contratante, a participação proativa, eventualmente com ampliação dos seus custos, nesse proceder.

Não é demais conectar esse encadeamento exemplificativo ao que se mencionou no capítulo segundo desta tese a respeito dos bens comuns (*commons*) e dos equivalentes resultantes comportamentais comuns, pois é sobre a garantia do acesso difuso que se estabelece o dever prestacional relativo ao aprofundamento do conhecimento, da propagação cultural e dos resultantes práticos da atividade iniciada, sem descuidar que tal prolongamento objetivo da relação pode converter-se novamente ao interesse econômico com a formatação, por exemplo, de um plano de gestão compartilhada e socioambientalmente sustentável da exploração mineral – não se esquivando de reconhecer que a exploração mineral conserva, em si, igualmente um interesse funcional socializado<sup>266</sup>.

Novamente, o que está colocado não é a integral desnaturação da relação

---

<sup>264</sup> “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora” (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

<sup>265</sup> Em relação à impossibilidade de realização da prestação e suas consequências, ver: MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 493-496.

<sup>266</sup> Mais adiante se vai buscar demonstrar que não se está propondo a necessária perpetuidade da relação, mas sim a transformação de seu conteúdo com a progressiva extinção dos vínculos, segundo sua natureza, funções e impactos sociais e econômicos endógenos e heterógenos.

jurídica obrigacional, senão a atribuição de efeitos tais à função social que transformam o conteúdo da obrigação em instrumento de realização dúplice de interesses. A semelhança com a função social da posse, nesse ponto, é relevante. Pondera-se na mirada da função social da posse e não da função social da propriedade justamente pelo caráter fático e dinâmico de fenômeno possessório, como é fático e dinâmico o fenômeno obrigacional.

No plano da posse e da propriedade, afirma-se que é por meio da eficácia social da posse que se concretiza a propriedade, como direito fundamental, tomado em sua acepção funcional. A utilização dos bens, nessa medida, atrai especial merecimento de tutela pela sua destinação social concreta.

Não é distinto o raciocínio que se pretende empregar à função social do contrato, que indica a utilidade social dos comportamentos como chave do filtro de juridicidade. Ademais, se é possível afirmar que o exercício funcional da posse representa a concretização do preceito fundamental contido na propriedade constitucionalizada, outra não pode ser a compreensão relativa ao trânsito jurídico patrimonial, uma vez que abrangido pelo contemporâneo conceito dúctil de *valor proprietário*.

Com essa narrativa percebe-se que a escolha do exemplo antes relatado, em seu conteúdo fático verídico não foi em vão. Há de se associar, ao comportamento obrigacional socialmente funcionalizado, o conteúdo de acesso patrimonial coerente com a escolha constitucional que confere autonomia à função social da apropriação dos bens<sup>267</sup>.

O exemplo apontado é útil, ainda, como pano de fundo para maiores aprofundamentos do tema da legitimação da função social como gestora de comportamentos obrigacionais. É certo que descrição estrutural não pode ser integralmente afastada, sob pena de não se alcançar a relação fática pelo discurso jurídico. Entretanto, conforme aponta Anderson Schreiber, sem promover uma abrupta ruptura com o modelo normativo moderno, a atual construção do direito privado, e dentro dele, do direito das obrigações, estabelecido na construção do caso concreto segundo interpretação da cariz

---

<sup>267</sup> Marca da propriedade constitucionalizada percebida pela disposição do sentido amplificado de acesso extraído do signo *propriedade*, como um continente de sentidos, presente no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

constitucional, “veio se imiscuindo no tecido jurídico já existente, embasando inovações pontuais e gradativas, que convivem ainda hoje com a construção tradicional”<sup>268</sup>.

Trata-se, portanto, de um figurino que se transforma ao ser vestido pelos diferentes atores que animam a teia obrigacional, assim como se transforma o próprio enredo ao longo de sua evolução. Assim, a existência de um modelo formal de extinção das obrigações, pelo cumprimento ou pela impossibilidade, deixa de ser hipótese cabal de fim da relação obrigacional, para abrigar novas possibilidades fundadas pelo programa funcional, com esteio nesse “*ambiente contratual mais ético e mais solidário*”<sup>269</sup>.

Como antes defendido, as situações jurídicas obrigacionais se constituem em um programa dinâmico que, ao vir à luz, gestado pelo interesse negocial, é de plano contaminado e passa a se desenvolver acolhendo para o seu centro gravitacional as imputações surgidas da funcionalização social de seus meios e resultados. Nesse palco, já de há muito se descobriu que os papéis não são fixos, embora os personagens sigam como nominados; o que se está a propor é que, igualmente, o epílogo, tomado como a descrição do destino dos personagens e suas ações após o desfecho da trama, se construa pelos caminhos que o organismo vivo da relação obrigacional desenvolver.

A função social, ao arrebatrar a situação jurídica obrigacional, torna variável o conteúdo dos elementos que a compõem, rompendo as ligações binárias da descrição positivista. A prestação, nesses termos, não mais compreende exclusivamente o atendimento do interesse do credor, que, por sua vez, não é necessariamente aquele que deu origem à relação jurídica; a extinção da situação jurídica obrigacional, igualmente, se desloca e se reconstitui.

Importa aqui uma breve reminiscência. A doutrina tradicional indicava a necessidade de que, para que esteja inserida em uma relação obrigacional, a prestação tenha caráter patrimonial. A respeito de tal entendimento, aponta Orlando Gomes que se postulava que “nem toda ação juridicamente devida constitui *prestação* no restrito sentido do termo. Importa que obrigação, da qual

---

<sup>268</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 402.

<sup>269</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 402.

seja objeto, tenha caráter patrimonial”<sup>270</sup>.

É esse o sentido disposto, por exemplo, no Código Civil italiano, nos termos do seu artigo 1.174, que estabelece a valoração econômica da prestação, ainda que não tenha o interesse valor de natureza equivalente<sup>271</sup>. Pontes de Miranda observa, ao versar sobre o tema, que o modelo italiano optou por somente garantir caráter de obrigação àquilo que pode ser representado em pecúnia, ou como afirma o autor, sob outro ângulo, a patrimonialidade “passou a ser pressuposto da inseribilidade da prestação como objeto da obrigação”<sup>272</sup>.

Defende o próprio Pontes de Miranda, contudo, que o interesse do credor,

---

<sup>270</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23. No mesmo sentido, veja-se a descrição de Mario Julio de Almeida Costa: “A doutrina clássica considera o caráter patrimonial como elemento do conceito de obrigação. Essa patrimonialidade admite, porém, um duplo entendimento. Num primeiro sentido – em nossos dias mais frequente –, alude-se à exigência de que a prestação devida revista necessariamente natureza econômica, que se mostre susceptível de avaliação pecuniária. (...) Sob outro ângulo, a patrimonialidade da obrigação significa que, no direito moderno, ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento só confere ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor e não contra a sua pessoa (...)” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 101). Conclui o autor: “As precedentes nótulas permitem-nos uma conclusão mais esclarecida. Quanto à primeira das mencionadas acepções – exigência de que a prestação devida possua valor econômico, seja avaliável em dinheiro –, mostra-se inexacto integrar a patrimonialidade no conceito de obrigação, embora a maior parte dos vínculos obrigacionais que se constituem revistam essa natureza. Contudo, já a característica da patrimonialidade se revela pertinente, no segundo sentido acima indicado – querendo-se com ela significar que a execução, em caso de incumprimento, não incide sobre a pessoa do obrigado, mas exclusivamente sobre os seus bens. Portanto, a evolução produziu-se, num aspecto ou no outro, em sentidos opostos” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 105). O autor, contudo, ao declinar seu entendimento, tempera a compreensão da patrimonialidade: “O devedor, como de resto a lei assinala (art. 397.º), encontra-se adstrito a realizar uma prestação, que integra o conteúdo da relação obrigacional. Esta, não tendo um fim autónomo, dirige-se funcionalmente a satisfazer um interesse do credor, enquanto lhe proporciona certo bem ou utilidade. Por via de regra, tratar-se-á de um interesse de natureza econômica, mas pode também assumir uma pura índole espiritual, científica, cultural, etc.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 109).

<sup>271</sup> “Art. 1174 Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore” (ITALIA. *CODICE CIVILE*. Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. CHIAVES – dott. sa V. VIRZÌ, sotto la super visione del prof. Prof. P. G. MONATERI e la consulenza di Web editing del dott. F. G. PIZZETTI, 2000. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/>>. Acesso em: 22 de novembro de 2018). Em tradução: “Art. 1174 Caráter patrimonial da prestação. A prestação que é o objeto da obrigação deve ser suscetível de valorização econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor”.

<sup>272</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012. p. 102-103.

objeto da prestação, pode ter qualquer natureza, uma vez que o bem, nessa modalidade de relação, é o ato do devedor<sup>273</sup>; afirma o autor, categoricamente, que “no direito brasileiro, não há regra jurídica que exija às prestações prometidas o serem avaliáveis em dinheiro”<sup>274</sup>. No mesmo caminho é a lição de Paulo Lôbo, para quem “o que é essencial no objeto da obrigação, ou prestação, é a atividade, o serviço, o esforço corporal ou mental do devedor”<sup>275</sup>.

Interessante posição intermediária é apresentada por Bruno Miragem, ao indicar que o sentido de patrimonialidade estabelecido para as prestações inseridas nas relações obrigacionais é amplo, tanto quanto o é a aceção contemporânea do conceito de patrimônio<sup>276</sup>. Não obstante, a posição do autor se revela bastante atraída para a devoção das relações obrigacionais a um fim econômico, embarçando o conteúdo da prestação com o dever de reparação<sup>277</sup>, não levando em conta ser cabível igualmente o estabelecimento

---

<sup>273</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012. p. 61.

<sup>274</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012. p. 61.

<sup>275</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

<sup>276</sup> “Característica associada à prestação é a da sua patrimonialidade, o que implica considerar a patrimonialidade da obrigação como um todo. A noção de conteúdo, contudo admite dois sentidos distintos. Pode ser tomado como todo bem e interesse passível de estimação econômica. Porém, também se pode considerar como todo conjunto de bens e interesses de que seja titular a pessoa, tenham ou não natureza patrimonial” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 58-59).

<sup>277</sup> É o que se infere da continuidade da explanação antes indicada: “Há, no conteúdo da prestação, contudo, sempre um conteúdo patrimonial, direto ou indireto. Ou a própria prestação será passível de estimação econômica, ou atenda a determinado interesse de natureza econômica, ou o resultado do inadimplemento do dever de prestação pode se apresentar com essa característica. (...) Contudo, é a possibilidade de recondução direta ou indireta da prestação à estimação econômica que dá conta de sua característica de patrimonialidade. Poderá ser objeto de relações obrigacionais prestações que vise atender a interesses não patrimoniais, existenciais. Isso não ignora que se possa estimar economicamente a própria prestação, ou as consequências de sua violação” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 59). Crítica à posição lançada pode ser colhida: “o argumento, ancorado numa perspectiva que exaspera o momento patológico da relação jurídica, mostra-se censurável na medida em que confunde o conteúdo da prestação e os efeitos do descumprimento, isto é, os meios de tutela de que dispõe o credor para remediar a lesão a seu crédito. Em particular, o raciocínio se desvia do bom caminho ao procurar identificar a natureza da prestação a partir da natureza do dano decorrente do descumprimento, associando, desse modo, dois temas manifestamente autônomos” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez., 2012.

de conteúdo pecuniário diante da violação de direitos existenciais<sup>278</sup>.

O enfrentamento do problema lançado na presente tese pressupõe uma maior desvinculação do conteúdo de patrimonialidade da relação obrigacional especificamente por admitir o significado de prestação como um conceito mutante. A natureza patrimonial do interesse negocial que dá origem à relação jurídica obrigacional (inegável, sob pena de uma vez mais não se estar tratando desse tipo de relação) não impõe que os deveres daí surgidos, constituídos e reconstituídos pela função social, também carreguem, no seu cumprimento, a mesma natureza patrimonializada. Assume-se, portanto, que a patrimonialidade da prestação é requisito de um componente específico da relação obrigacional, o atendimento do interesse negocial, não sendo essencial para as prestações dos deveres constituídos pela função social.

Essa proposição também se presta a afastar o risco de rebaixamento da tutela privilegiada dos valores existenciais em relação aos contidos na disciplina dos direitos obrigacionais<sup>279</sup>. Isso porque, com a inserção da função social como

---

Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018. p. 15).

<sup>278</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 312.

<sup>279</sup> Sobre tal risco, alerta Anderson Schreiber: “O requisito da patrimonialidade da prestação, contemporaneamente, se justifica como meio de evitar qualquer confusão entre a tutela privilegiada dos valores existências, evitando-se confundir tal tutela com “a disciplina ordinária conferida às obrigações, tratando-se o ser pelo ter, em perspectiva axiologicamente hostilizada pela ordem pública constitucional” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 313). Em igual norte: “A estrutura em questão é a do direito de crédito, que, como se sabe, rege-se pelas normas do direito das obrigações. Mesmo uma observação superficial já revela o objetivo por elas perseguido: são normas cujo descumprimento acarreta, em última instância, a conversão da prestação em perdas e danos; são normas que visam assegurar que a conduta do devedor seja realizada em toda a extensão pactuada, e apenas até esta extensão; são normas que, em caso de obrigações recíprocas, visam assegurar o equilíbrio entre as prestações, a correspectividade ou sinalagmaticidade; são normas que tratam o direito de exigir seu cumprimento como valor ativo do patrimônio do titular que pode ser cedido, especialmente de forma onerosa. Enfim, são normas escritas, criadas, construídas, tendo em vista precipuamente a circulação de valores econômicos no mercado. Permitir que deveres de cunho não patrimonial sejam reconduzidos a este mesmo tratamento normativo não significa alçá-los ao alto patamar das obrigações, mas sim rebaixá-los ao mercantil tratamento das relações patrimoniais. Significa desconsiderar o elemento característico de tais deveres que justifica que eles, à luz da normativa constitucional, recebam tratamento diferenciado” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.- dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018. p. 19).

gestora das pretensões e imputações de deveres, as obrigações que daí decorrem seguem cada uma a característica da tutela demandada; trata-se, uma vez mais, de assumir que a função social transforma os comportamentos exigíveis, prolongando-os, como já se afirmou, objetiva e temporalmente, sem os limites rígidos da estrutura obrigacional que, de resto, foi apenas seu ninho<sup>280</sup>.

Feita essa reminiscência, o que ressoa de distinto nesta proposta é a inserção do qualificativo social no elemento funcional, que sem tal adjetivação já foi tomado pela doutrina como relevante para o estabelecimento da extinção das obrigações.

Nessa singra, ao tratar dos fatos extintivos, Perlingieri já apontou a necessidade de se buscar o sentido funcional para atendimento do interesse do credor, indo além ao defender que o vínculo obrigacional, uma vez estabelecido, não se extingue pelo atingimento do citado interesse quando outros a ele se somem<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> A fim de exemplificar e dar concretude a essa etapa da proposta, voltemos a ideia dos *resultantes comportamentais comuns*, sendo ainda útil o exemplo casuístico envolvendo os quilombolas, antes exposto.

<sup>281</sup> “Non è possibile classificare i fatti estintivi esclusivamente in base ad uno studio analitico delle loro strutture, in una visione che escluda ogni valutazione teleologica degli interessi; delle funzioni che giustificano la struttura; Quest’impostazione consentirà non soltanto di classificare i fatti estintivi in satisfattori e non satisfattori, ma di andare più a fondo e di costare, nell’ambito di quei fatti estintivi e.d. satisfattori, che la soddisfazione del creditore può avvenire in maniera svariaticissima; e, secondo, il modo con il quale il creditore è soddisfatto, la disciplina di quel fatto potrà essere in parte diversa, dovendo realizzare, per avventura, interessi diversi” (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I., 1972. p. 3-4). O trecho correspondente na tradução a: “Não é possível classificar os fatos extintivos exclusivamente com base em um estudo analítico de suas estruturas, em uma visão que exclua qualquer valorização teleológica dos interesses; das funções que justificam a estrutura. Esta abordagem permitirá não apenas classificar os fatos extintivos em satisfatório e não satisfatório, mas aprofundar e garantir, no âmbito desses fatos extintivos e satisfatório, que a satisfação do credor pode ocorrer de maneira muito diferente; e, segundo, à maneira pela qual o credor é satisfeito, a disciplina desse fato pode ser parcialmente diferente, tendo que realizar, por avventura, interesses diverso”. Em trecho diverso aponta o autor: “l’obbligazione non è rapporto relativo, rapporto cioè che interessa soltanto due sfere giuridiche patrimoniali o. come si suol dire tradizionalmente, due soggetti, il creditore e il debitore; in realtà l’obbligazione è fenomeno complesso, al quale sono interessati non soltanto i due protagonisti della vicenda obbligatoria, il creditore ed il debitore, o meglio la situazione creditoria e la situazione debitoria, ma anche altri soggetti particolarmente qualificati, titolari di una situazione giuridicamente rilevante” (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I., 1972. p. 5-6). Em tradução: “A obrigação não é uma relação relativa, isto é, que diz respeito apenas a duas esferas jurídicas patrimoniais ou, como tradicionalmente dizem, dois sujeitos, o credor e o devedor; na realidade, a obrigação é um fenômeno complexo, no qual estão envolvidos não apenas os dois protagonistas da situação obrigatória, o credor e o devedor, ou melhor, a situação de crédito e a situação debitória, mas também outros sujeitos particularmente qualificados, titulares de uma situação jurídica relevante”.

Assume o autor italiano, ao tratar da funcionalidade como acolhimento amplificado do interesse negocial, que o cumprimento da prestação tomada pelo seu conteúdo genérico leva, de fato, à extinção do interesse negocial, sendo, por isso, absoluta em relação ao objeto central do negócio; entretanto, tal resultado não necessariamente promove hipótese extintiva a outros deveres presentes na relação<sup>282</sup>.

Tal se dá, ainda na compreensão de Perlingieri<sup>283</sup>, porque as hipóteses extintivas não se podem tomar genericamente, como conteúdos de aplicação neutra em qualquer caso concreto. As categorias formais nas quais eventualmente se enquadrem as obrigações não infirmam a necessidade de se compreender a relação jurídica concreta e o programa pelo qual ela se desenvolveu.

Neste panorama, ao se conceber a função social nos moldes aqui propostos, ela atrai o papel e o significado de concretude da relação jurídica, sendo à ela tributado o preenchimento do conteúdo dos atos tomados como extintivos da obrigação.

Novamente em ponte com a doutrina consolidada, aponta Larenz que no processo obrigacional a relação está encaminhada, desde o princípio, à obtenção de um fim proposto e com isso extinguir-se<sup>284</sup>. Admite o autor, nada obstante, atuando estritamente no plano das estruturas concebidas pela forma jurídica positivista, que a obtenção do fim pretendido pode demandar modificações na prestação frente a variações no resultante representado pelo

---

<sup>282</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I, 1972. p. 7. Em trecho diverso, prossegue o autor: "Il fenomeno estintivo è il risultato non soltanto di una visione strutturalistica, meccanicistica, ma di unna valutazione teleologica, funzionale degli interessi sottostanti, i quali possono far raggiungere estinzioni maggiori o minori, prescindendo dalla circostanza che l'oggetto della prestazione è soltanto in parte impossibile" (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I, 1972. p. 12). A tradução do trecho corresponde à seguinte: "O fenômeno extintivo é o resultado não apenas de uma visão estruturalista, mecanicista, mas de uma valoração teleológica, funcional dos interesses subjacentes, que pode levar a maiores ou menores extinções, independentemente da circunstância de o objeto da prestação ser apenas parcialmente impossível".

<sup>283</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I, 1972. p. 24.

<sup>284</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 39.

interesse<sup>285</sup>.

No âmbito da proposta de atribuição de legitimidade à função social para alteração do conteúdo da prestação, a extinção passa a depender da eficácia do cumprimento das imputações advindas de tal função. Mais do que isso, em razão de ser função social conteúdo e efeito dos comportamentos inseridos no programa obrigacional desde o momento que se coloca em relação o interesse negocial, o cumprimento das prestações – próprias do negócio ou referentes à eficácia funcional – pode deixar ingredientes que impulsionam novos deveres funcionais, tornando em suspenso a extinção daquele processo inter-relacional<sup>286</sup>.

Admitindo as situações jurídicas obrigacionais estabelecidas como um processo que se deita no tecido da função social, outra superação importante se dá em relação ao paralelismo estipulado pelo dogmatismo estrito, nesta observação entre o fato constitutivo e o fato extintivo. A tal respeito aponta Perlingieri, sem avançar sobre a função social como elemento de legitimação e alteração do conteúdo da *fattispecie*, que o valor dos interesses subjacentes ao

---

<sup>285</sup> Indica Larenz, como exemplo, a hipótese em que a prestação devida se constituiu impossível, mas o interesse do credor pode ser satisfeito mediante indenização, como, aliás, prevê o regime jurídico brasileiro, no artigo 248 do Código Civil (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 39).

<sup>286</sup> Tal ordem de ideias também tem respaldo na doutrina de Larenz, para quem: “La relación de obligación extinguida por el cumplimiento de los deberes de prestación de ambas partes conserva su importancia como ‘fundamento jurídico’ de las prestaciones realizadas. De ahí que por el cumplimiento de los deberes de prestación no se extingue la relación de obligación sin dejar huella, sino que se ‘suprime o se rescinde’ en el doble sentido de que desaparece como relación de obligación, pero se conserva y subsiste con significado distinto como fundamento jurídico de las prestaciones realizadas” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958, p. 40-41). Em tradução: “A relação obrigacional extinta pelo cumprimento dos deveres de prestação de ambas as partes mantém a sua importância como ‘fundamento jurídico’ das prestações realizadas. Assim, o cumprimento dos deveres prestacionais não extingue a relação sem deixar rasto, mas é ‘apagado ou rescindido’ no duplo sentido de que desaparece como uma relação obrigacional, mas é preservado e subsiste com significado distinto, como fundamento jurídico das prestações realizadas”. Sentido semelhante aparece em Orlando Gomes, ao se referir à distinção entre a extinção da obrigação e a do crédito: “Conquanto a relação obrigacional à satisfação do interesse do credor, sua extinção não implica necessariamente a do crédito. Um crédito pode sobreviver à obrigação, entendida no seu sentido de vínculo jurídico entre dois sujeitos. Assim, apesar de extinto o contrato de trabalho, subsiste o crédito de salário não pago durante sua vigência” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 26). Se, na compreensão estruturalista, o crédito pode sobejar a extinção da obrigação, há espaço para construir a tese de comportamentos que se projetam em razão da função social.

conteúdo contratual é relevante para a definição do modo de extinção das obrigações, referindo-se, neste ponto, aos outros interesses intrínsecos à relação intersubjetiva conectados ao exercício da autonomia privada<sup>287</sup>.

Trazendo tal contribuição para o objeto desta tese, se pode afirmar a ausência de simetria entre cumprimento dos atos vinculados ao interesse negocial, incluso aqueles tradicionalmente definidos como próprios da eficácia pós-negocial fundados na boa-fé, e o cumprimento das imputações a que se submetem os sujeitos em relação a partir da atuação da função social que podem levar definitivamente à extinção da relação jurídica.

Se, por um lado, o conjunto ora exposto é capaz de revelar diversa acepção acerca do objeto das relações obrigacionais, com impactos relevantes nas prestações exigidas e, por conseguinte, no reconhecimento da fragmentação prestacional da extinção dos vínculos, por outro, restam em aberto, agora com mais evidência, retomando-se tema inserido no segundo capítulo desta tese, as elucidações das efetivas distinções entre a tradicional pós-eficácia obrigacional lastreada na boa-fé, com efeitos *retro* alimentadores do interesse negocial, e o curso do processo fragmentário de extinção das obrigações prolongadas pela função social.

### **3.2 A satisfação do interesse negocial e a permanência dos efeitos funcionais das situações jurídicas obrigacionais.**

Um dos elementos centrais da concepção estruturalista, como acima se

---

<sup>287</sup> “Resta quindi inficiato il principio generale della necessità del parallelismo simmetrico tra fatto costitutivo e fatto estintivo dell’obbligazione. La verità è che questo parallelismo non ha ragion d’essere neanche nell’ipotesi in cui l’obbligazione è nata per contratto; effettivamente, ci si può trovare di fronte ad una varietà di ipotesi che appaiono insolubili se non si procede ad una analisi approfondita degli interessi sottostanti al singolo, concreto rapporto obbligatorio su cui incide l’atto di autonomia” (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I., 1972. p. 20). Em tradução: “Resta, portanto, afetado o princípio geral da necessidade do paralelismo simétrico entre o fato constitutivo e o fato extintivo da obrigação. A verdade é que esse paralelismo não tem razão de ser nem na hipótese em que a obrigação nasce por contrato; de fato, podemos nos deparar com uma variedade de hipóteses que parecem insolúveis se não procedermos a uma análise minuciosa dos interesses subjacentes à relação concreta sobre a qual incide o ato de autonomia”.

pode verificar, é a binariedade complementar havida entre a prestação e a extinção da obrigação. Tal conjunto é de plano dissonante com a compreensão contemporânea que toma as relações obrigacionais como um processo e, no espaço construtivo desta tese, que admite a função social como tecido em que se desenvolvem as situações jurídicas de tal natureza.

No limite, essa conjugação dual, expressão de hermetismo, impede, inclusive, a aceitação da eficácia pós-negocial tradicionalmente concebida como fruto dos comportamentos anexos providos pela boa-fé, tema tratado com maior ênfase no capítulo primeiro desta tese<sup>288</sup>.

Já se sabe, pelo desenvolvimento teórico presente, que o próprio interesse negocial (que em uma concepção mais restritiva faz surgir a prestação), pode demandar, sob o lastro da boa-fé objetiva, comportamentos prospectivos para sua realização plena, mesmo depois de já cumprido o roteiro formal da espécie normativa condizente com o objeto da relação. Outrossim, é de se relevar a compreensão formal estruturalista da relação direta entre prestação e extinção da obrigação, sob pena de sequer se admitir a teorização crítica que está na base do problema levantado nesta tese.

De acordo com o que se pôde antes discorrer, a admissão da eficácia pós-negocial não afasta a percepção de considerável sombreamento entre comportamentos protraídos no tempo, exigíveis em razão da função negocial e caracterizados como apenas uma etapa do conteúdo complexo das obrigações imputáveis. Tratam-se de ações decorrente da boa-fé objetiva, em circunstância de cooperação entre as partes para a eficaz satisfação do programa contratual em sua finalidade concreta.

Ilustra a mencionada justaposição exemplos retirados da atuação jurisdicional, como os frequentes casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da rescisão unilateral e imotivada ou não renovação do

---

<sup>288</sup> Reforça o entendimento lançado, a doutrina de Anderson Schreiber: “Na visão tradicional, o adimplemento, identificado com a relada prestação principal, extingue o vínculo obrigacional e, por conseguinte, a responsabilidade do devedor. Sob a perspectiva funcional, ao contrário, o adimplemento não apenas se inicia muito antes do efetivo cumprimento da prestação, mas também se prolonga para além deste ato, impondo a conservação dos seus efeitos e a concreta utilidade da sua realização. Há de se reconhecer amplamente a existência de uma responsabilidade pós-contratual” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007. p. 23).

contrato de seguro de vida que se tinha renovado ininterruptamente por vários anos<sup>289</sup>. As decisões sobre referidos casos valem-se do precedente fixado no Recurso Especial nº 1.255.315/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se decidiu, embora sobre outro assunto, distinto, que rescisões dessa natureza representam “conduta desleal e abusiva – violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual”<sup>290</sup>.

Definitivamente, em primeiro plano se trata de sanção a comportamento que não atende ao princípio da boa-fé objetiva, posto decorrer a rescisão – objeto da vedação jurisdicional – de ação que frustra as expectativas e viola a confiança do credor de que o fim pretendido pela relação jurídico será concretizado com esforço comum das partes. Em uma segunda leitura, no entanto, poder-se-ia vislumbrar, não sem alguma crítica, tratar-se, de fato, de posição judicial que dá

---

<sup>289</sup> A título de exemplo: Recurso Especial 1.423.857, Agravo em Recurso Especial nº 1.339.046, Recurso Especial 1.553.615, dentre outros, todos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>290</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de justiça. Recurso Especial nº 1.255.315/SP, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 27 de setembro de 2011. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1087891&tipo=0&nreg=201101134964&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110927&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 24 de novembro de 2018. Veja-se a ementa do Acórdão publicado: "CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. 1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito. 2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei. 3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição. 4. A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais. 5. Os valores fixados a título de danos morais e de honorários advocatícios somente comportam revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que se mostrarem exagerados ou irrisórios. Precedentes. 6. A distribuição dos ônus sucumbências deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos. Precedentes. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1255315/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 27/09/2011).

guardada à função social do contrato, considerando que o objeto da relação jurídica se conecta à preservação, ainda que de forma indireta, de interesses não patrimoniais.

Não há, contudo, maiores vinculações da espécie com a conceito de eficácia pós-negocial. As circunstâncias do caso fazem concluir tratar-se de situação jurídica cujas características práticas promoveram alteração do objeto ou, quando menos, da forma de prestá-lo, transformando a hipótese em contrato de trato sucessivo. Quem busca segurar determinado capital para o momento de sua morte evidentemente, exceto por declaração de vontade em sentido contrário, mais ainda o quer quando avançam os anos de vida. A permanência do contrato de seguro, transformada em praxe quase automatizada, leva à considerar que a manutenção do vínculo não está localizada no plano pós-contratual, mas é parte da complexidade do próprio contrato<sup>291</sup>.

Em outras circunstâncias igualmente muito comuns no Judiciário, a ausência de vinculação com a pós-eficácia propriamente dita é gritante, confundindo-se dever legal com efeitos postergados à sua conclusão. Tratam-se dos casos em que se discute a disponibilização de peças de reposição para produtos vendidos, como é um exemplo, dentre muitos, o julgamento da Apelação nº 1084918, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> Caso semelhante ocorre em decisões que apreciam pretensão de retirada de nome em cadastro negativo de crédito, com frequência emanadas pelos Tribunais Estaduais. A título de exemplo, por sua nitidez didática, veja-se a seguinte ementa: “DANO MORAL. Inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção de crédito. Acordo para pagamento de cheque sem fundos. Novação e quitação da dívida Indevida manutenção do nome do devedor nos órgãos de proteção de crédito. Obrigação do credor de excluir de imediato o registro negativo, após o pagamento. Violação da boa-fé objetiva, que alcança também a fase pós-contratual. Dever de reparação do dano moral caracterizado. Dano moral considerado *in re ipsa* – Arbitramento da indenização que deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto, a intensidade do sofrimento da vítima, o grau de culpa do ofensor, as condições pessoais da vítima e do ofensor e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem causar enriquecimento sem causa para a vítima – Indenização elevada para R\$ 6.500,00. Apelação do autor parcialmente provida e da ré improvida” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9081288-70.2007.8.26.0000, da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 28 de agosto de 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://esaj.tjstj.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6646824&cdForo=0>>. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

<sup>292</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATOS. COMPRA E VENDA. FINANCIAMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. REPARAÇÃO. VEÍCULO AUTOMOTIVO. PEÇAS E COMPONENTES. REPOSIÇÃO. DEVER DE OFERTA. VIOLAÇÃO. DEMORA EXCESSIVA. RESPONSABILIDADE. DANOS MORAIS. RETORNO AO ESTADO ANTERIOR. 1. A fabricante ou importadora, que integra relação de consumo, detém legitimidade passiva para responder pelo dever de reposição de peças e componentes para

Conforme indicado na própria ementa da decisão mencionada, o artigo 32 do Código de Defesa do Consumidor impõe que os “os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto”. Além disso, ao teor do parágrafo único do mesmo artigo, “cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”<sup>293</sup>.

Sendo, pois, uma imposição legal, não se há de falar em projeção eficaz do interesse contratual para sua plena eficiência, com comportamentos fundados na boa-fé, mas sim de cumprimento da hipótese de incidência normativa a partir da *fattispecie* contratual.

Diante da compreensão obnubilada da eficácia pós-contratual, importa realçar decisão na qual o conteúdo teórico presente sobre a matéria, com fundamento na boa-fé, é aplicado com adequação – embora não seja expressamente citado, decorrendo o reconhecimento de tal resultante teórico da interpretação que se faz da decisão – e serve, por isso, de representativo fático

---

possibilitar a reparação dos produtos que fabrica, monta e ou fornece, nos termos do art. 32 do CDC. 2. A ausência de oferta de peças e componentes de reposição configura inadimplemento, ainda que na fase pós-contratual, em decorrência da violação do dever de oferta e da boa-fé objetiva, possibilitando a resolução do contrato com o retorno das partes ao estado anterior, de acordo com a interpretação dos artigos 32 e 35, inc. III, do CDC, em composição com o art. 422 do Código Civil. 3. A demora de mais de 120 (cento e vinte) dias para efetuar serviço de reparação de veículo automotivo, sem que se tenha notícia de que o conserto tenha sido efetivamente concluído em momento posterior, gera dano moral compensável em favor do proprietário/possuidor do referido bem. Precedentes. 4. O contrato de financiamento é acessório ao contrato de compra e venda de veículo automotivo, desde que a instituição financeira que cede o crédito tenha vínculo jurídico com a montadora ou com a concessionária de veículo. 5. A acessoriedade entre os contratos atrai a aplicação do princípio da gravitação jurídica, de modo que o acessório deve seguir o principal, nos termos do art. 184 do Código Civil. 5.1. Se o demandante formula, de forma expressa, somente o pedido de desfazimento do contrato principal, considera-se implícita a pretensão de extinção do contrato acessório. Desse modo, a sentença que desconstitui ambos os negócios não ultrapasse os limites do pedido. 6. A concessionária de veículos automotivos responde solidariamente com a fabricante ou importadora pela violação do dever de oferta de peças ou componentes de reposição. Além de integrar a cadeia de consumo, a concessionária está vinculada à oferta que assumiu de prestar o serviço de reparação (artigos 20 e 21 do CDC), que exige, necessariamente, o emprego de peça ou componente de reposição fornecido pela fabricante ou importadora. 7. Recursos conhecidos e não providos” (BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 1084918, da Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Brasília, 27 de março de 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 25 de novembro de 2018).

<sup>293</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 12 de setembro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

que permite as dissociações com a atuação da função social que se quer demonstrar para a fase de perecimento da relação obrigacional.

Trata-se de caso em que o Município de Rosário do Sul-RS contratou empresa de tecnologia para a prestação de serviços de “implantação, configuração e treinamento no módulo de integração da folha de pagamento com a contabilidade pública”<sup>294</sup>. Tal aplicação promoveu, de um lado, a criação de um banco de dados digitais necessários para a pretendida integração e, de outro, rodou tais dados em *softwares* da empresa contratada, que permitiam o resultado almejado.

Com o término do contrato, ao se atingir seu termo final, por não ter promovido o Município o devido processo licitatório para renovação do contrato ou do fornecimento do serviço, a municipalidade acabou promovendo contratação emergencial, com empresa distinta daquela do contrato extinto.

Ocorre que o resgate e a migração do banco de dados digitais – cuja criação era um dos objetos do primeiro contrato, repita-se – para o sistema da nova empresa dependia, ao início, de acesso às aplicações de gestão criadas e de titularidade da empresa que iniciou o sistema. Em outras palavras: para que um dos objetos do primeiro contrato (a criação de um banco de dados e sua utilidade) pudesse seguir eficazmente produzindo seus efeitos, demandou-se atuação da empresa contratada, com escorço na boa-fé objetiva, de permitir acesso ao banco de dados, valendo-se do seu próprio sistema (pediu-se, nos autos, a indicação de senhas de utilização)<sup>295</sup>.

A permissão de acesso ao sistema, mesmo que temporário e nos limites

---

<sup>294</sup> Conforme consta do relatório do Acórdão do Agravo de Instrumento nº 70058303884, julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0058303884, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 19 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924)>. Acesso em: 19 de maio de 2014).

<sup>295</sup> Afirma-se, em trecho contido no conteúdo integral da decisão: “Segundo informações neste instrumento, apesar de o banco de dados ser de propriedade do município, o acesso às informações referentes à atividade municipal não pode ser realizado sem a utilização dos *softwares* da empresa antes contratada. E isto é essencial para a migração de sistema.” (RIO GRANDE DO SUL; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0058303884, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 19 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924)>. Acesso em: 19 de maio de 2014).

da necessidade para migração do banco de dados, foi reconhecida, salvo melhor juízo, com acerto, como conduta demandada pela boa-fé objetiva e necessária para que a funcionalidade do objeto de interesse do negócio jurídico fosse preservada<sup>296</sup>.

São para casos dessa estirpe que, até aqui, se construiu pontes teóricas em torno da pós-eficácia negocial, cuja nomenclatura ora tomada por eleição carrega, simbolicamente, a natureza do interesse cuja eficácia se protraí no tempo. Não obstante, em linha com a proposta da presente tese, o desenvolvimento do programa obrigacional sob o tecido da função social também é capaz de promover projeção eficaz de interesses distintos daquele exclusivamente negocial – como, aliás, já se apresentou, de alguma forma, ao se tratar do prolongamento da extinção das obrigações, no item anterior.

Tomando as relações contratuais como programa, é necessário considerar que toda interação comportamental desenvolvida ao longo deste processo é potencialmente capaz de produzir, além dos efeitos imediatos e próprios de satisfação do interesse negocial, consequências exógenas brotadas da perturbação social promovida pela relação jurídica em questão. Tais implicações alheias ao núcleo do interesse negocial, já se teve a oportunidade de antes discorrer, são capazes de moldar a prestação satisfativa do interesse negocial, inclusive a pondo em suspenso.

O que se propõe investigar, nesse ponto, tomando-se em distinção os exemplos circunstanciais da pós-eficácia negocial de conteúdo preenchido pela boa-fé, é a atuação das imputações decorrentes da função social após a satisfação do interesse negocial em sentido estrito. Se, nas hipóteses correntes

---

<sup>296</sup> Eis a ementa da decisão: GRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE SISTEMAS E SENHAS DA EMPRESA CUJO CONTRATO FIMOU PARA MIGRAÇÃO DE DADOS. POSSIBILIDADE, COM LIMITAÇÃO TEMPORAL. Findo o contrato que tinha como objeto o gerenciamento do sistema informatizado do município, não sendo possível a migração das informações sem as senhas e sistemas operados pela empresa cujo contrato findou, deve ela fornecê-los, sob pena de entrave às atividades do ente público, cujo interesse deve prevalecer. Limitação do prazo em 10 dias para que o município realize a migração dos dados. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO” (RIO GRANDE DO SUL; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0058303884, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 19 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924)>. Acesso em: 19 de maio de 2014).

de pós-eficácia das obrigações, a razão de ser dos comportamentos exigíveis segundo o critério da boa-fé objetiva é a plena eficácia satisfativa do interesse negocial, a proposta de uma pós-eficácia fundada na função social relaciona-se ao atendimento do interesse social despertado pela situação obrigacional funcionalmente a ele atraída.

Tal proposta avança a partir do reconhecimento de que a dicção abstrata do negócio jurídico nem sempre é capaz de conter a realidade, como pretende a vertente oclusa do modelo normativo moderno. A premissa é que o avanço escalonado de um processo obrigacional sobre a tessitura da função social produz fatos concretos e próprios que repercutem no ordenamento jurídico constitucionalizado<sup>297</sup>, dos quais não necessariamente se poderia ter noção da completude a princípio, pois tais específicos efeitos se localizam fora do código binário do contrato<sup>298</sup>.

Parte significativa desses efeitos funcionais decorrem especificamente da satisfação do interesse negocial, dado que esse é o ápice da eficácia interna do contrato, produtor definitivo das alterações da realidade e das respectivas repercussões sociais da situação jurídica obrigacional – em outras palavras, a pedra que toca a superfície calma da água, para resgatar a metáfora das formações ondulatórias.

É possível atrelar essa propositura ao apontamento feito por Judith

---

<sup>297</sup> É reveladora, nesse sentido, a lição de Pietro Perlingieri: “O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinado como o nascimento, a aquisição, a extinção, a modificação de uma situação subjetiva (cfr. *infra*, § 64). O contrato (fato jurídico) produz consequências difíceis de determinar, pelo menos em um primeiro nível (...). Cada fato, mesmo aquele aparentemente indiferente para o direito, tem sempre o seu aspecto de juridicidade” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 90).

<sup>298</sup> Conforme indica Perlingieri: “Le nozioni di profilo strutturale e di profilo funzional del negozio sono essenzialmente relative: si tratta di aspetti ai quali non bisogna sentirsi vincolati nell’esaminare determinati istituti. Sono aspetti che possono variare – non a capriccio, ma – in relazione ad interessi meritevoli di tutela, ora elevati dall’ordinamento giuridico ad interessi obiettivi generali ora ad interessi dei singoli soggetti che hanno dato luogo a quel rapporto, alla vicenda che interessano quel rapporto” (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I., 1972. p. 103). Em tradução: “As noções de perfil estrutural e de perfil funcional do negócio são relativas: são aspectos que não obrigam a vinculação ao se examinar certos institutos. Estes são aspectos que podem variar – não por um capricho –, mas em relação a interesses merecedores de tutela, ora elevados pelo ordenamento jurídico a interesses objetivos gerais ora aos interesses dos sujeitos individuais que deram origem àquela relação, ao caso que diz respeito àquela relação”.

Martins-Costa à “diversidade dos nexos de imputação”<sup>299</sup>, decorrentes da ressignificação da autonomia privada pela inserção da funcionalização social no âmbito das relações obrigacionais. Há, segundo a autora, a partir do modelo funcionalizado, a diversificação dos papéis sociais diante da “racionalidade complexa e substantiva – e não meramente técnica, instrumental ou monológica –, que passa a informar a ordem jurídica”<sup>300</sup>. Nesta medida, a satisfação do interesse negocial, como parte do processo obrigacional, desveste-se da contrapartida extintiva da obrigação para assumir função de estabelecimento de novos deveres socialmente funcionais.

Ao se admitir a leitura das situações jurídicas obrigacionais aqui feita, como um processo em desenvolvimento cuja função social se transforma no conteúdo que amolda a tutela jurídica e atribui comportamentos, ainda que para fins didáticos ou de organização estrutural seja útil a separação em fases, não se justifica segmentação na atuação do princípio no curso dessa relação. Assim, já ao início do encontro de interesses com potencialidade para se conectarem, ainda na assim denominada fase pré-contratual, reconhece-se que a razão de imputação da tutela jurídica passa a ser mediada pela função social.

Ainda que não seja esse o objeto específico de problematização formulada nesta tese, cogitar-se, por isso, da hipótese de atuação da função social na fase pré-contratual, como razão de imposição da conclusão do contrato tomada a funcionalidade social projetada das tratativas prévias ao negócio. A dificuldade de sustentação dessa proposição, que por isso resta afastada de estudo aqui mais aprofundado, reside na pouca densidade do estabelecimento do interesse negocial em tal fase e, por isso, a dificuldade de se definir, com segurança mínima necessária, a funcionalização social do contrato tendo como gênese desencadeadora as interações dos comportamentos e atos pré-negociais. É tema, sem embargos, para verticalização teórica apartada.

---

<sup>299</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018. p. 44.

<sup>300</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018. p. 44.

Já com a prestação nuclear da relação obrigacional concluída, restam postos, ao menos em potencial, as derivações funcionais que demandam permanência de comportamentos para sua concretização. Não é estranho à doutrina corrente, ademais, ponderações sobre o prolongamento do vínculo obrigacional, ainda que sob outro fundamento.

A própria concepção de obrigação como processo, entre nós desenvolvida com mais detalhes por Clovis do Couto e Silva toma como premissa que os vínculos obrigacionais formatam um bloco de interesses, uma totalidade que não se confunde com cada circunstância a ela pertinente<sup>301</sup>. É este todo orgânico que permite que a satisfação em abstrato de um dos seus conteúdos interrompa a marcha dos demais que se prestam a fazer da relação jurídica resultado prático concreto.

Efetivamente, tratou-se, na doutrina mencionada, do impulso promovido pela extinção formal de prestações estruturais satisfativas do interesse negocial à continuidade das obrigações acessórias necessárias para garantir a realização material de tal interesse. O que se está a propor, no âmbito dos processos obrigacionais funcionalizados, é que mesmo a concreção de fato do interesse negocial impele a continuidade do vínculo obrigacional quando seu resultado for capaz de promover perturbações tais na ordem social cujo reequilíbrio demande o cumprimento de prestações próprias.

A título ilustrativo permite-se uma alegoria metafórica, tanto proveitosa, quiçá à tese, quanto saudável ao percurso mental do olhar que sobre estas linhas navega.

É controversa a origem da Lua que orbita o planeta Terra; dentre as hipóteses lançadas, a mais aceita pela comunidade científica é aquela segundo a qual há cerca de quatro bilhões e meio de anos atrás se deu uma colisão entre um protoplaneta do tamanho de Marte, ao qual se deu o nome de Theia<sup>302</sup>, e o corpo que formaria a Terra, considerando que ambos estavam na mesma órbita em relação ao Sol. Com o impacto, parte do material que formava Theia se

---

<sup>301</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20.

<sup>302</sup> HALLIDAY, Alex N. Terrestrial accretion rates and the origin of the Moon. *Earth and Planetary Science Letters*, v. 176, Issue 1, 28 February 2000, p. 17-30.

incorporou ao núcleo da Terra, enquanto o restante se juntou à parte da crosta terrestre que despreendeu e, juntos, pela força gravitacional e outras grandezas astronômicas incidentes, entrou em órbita com a Terra, estabelecendo-se como seu satélite natural, a Lua<sup>303</sup>.

A entrada de Theia em rota de choque com a Terra só foi possível porque esta massa celeste restou em uma órbita cíclica estacionária em relação ao Sol (em torno de si mesma), em ponto do espaço em que a gravidade da Terra se anula com a do Sol<sup>304</sup>. Justamente por estar inerte, o protoplaneta sofreu acreção (espécie de fusão) com outras partículas menores, ao atraí-las gravitacionalmente, adquirindo cada vez mais massa, até que se tornou grande o suficiente para deixar a inércia por atração gravitacional com o Sol, viajando em direção à colisão com a Terra.

Apesar de longa, a explanação sobre o surgimento da Lua, apenas aparentemente desconectada, serve de imagem metafórica do que se quer explicitar a respeito da projeção eficaz de imputações para satisfação da função social: o abandono da inércia por Theia, aqui tomado simbolicamente como o resultante prático do interesse comercial em uma relação de iteração, perturbou de tal modo as circunstâncias exógenas à sua própria existência, que ele próprio fundiu-se ao que era externo e foi atraído a desempenhar papel reconfigurado – cumprir uma função social que sua própria existência criou. Theia, ao cumprir o que dele se esperava e se tornar planeta, desencadeou reações que a transformaram. Ao mesmo tempo, passou a ser Terra e Lua, elementos que são inconfundíveis com dinâmicas interdependentes e necessárias.

O que se busca afirmar, a partir do recurso alegórico, é que o interesse comercial deixa de ser relevante como resultado em si para ganhar importância também naquilo que projeta ao interesse social que gravita sob sua mesma

---

<sup>303</sup> Sobre o tema, ver: GARCIA, Marcelo. Rocha da Minha Rocha. *Ciência hoje online*. 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://cienciahoje.org.br/rocha-da-minha-rocha/>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018; BELBRUNO, Edward; GOTT III, J. Richard. *The Astronomical Journal*, v. 129, n. 3, p. 1724-1745, mar. 2005.

<sup>304</sup> Sobre o tema ver: LAGRANGE, Joseph-Louis de. *Essai sur le probleme des trois corps*. *Prix de l'Académie Royale des Sciences de Paris*, Tome IX, 1772. Disponível em: <[http://www.ltas-vis.ulg.ac.be/cmsms/uploads/File/Lagrange\\_essai\\_3corps.pdf](http://www.ltas-vis.ulg.ac.be/cmsms/uploads/File/Lagrange_essai_3corps.pdf)>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

órbita. Cogita-se, então, de pós-eficácia lastreada na função social como projeção de efeitos que decorrem da eficácia plena da prestação estrutural, não pelo que representam sob o ângulo do interesse negocial, mas pelo que promovem em relação ao interesse social.

É fundamental, portanto, assumir que se está dando tutela à atuação cooperativa<sup>305</sup>, em um mesmo programa de imputações subjetivas, de centros de interesses de naturezas distintas, cujos sentidos e momentos de início e fim se operacionalizam um em relação ao outro.

Nessa ambiência, é possível conferir sentido prático a tal proposta ao analisar hipótese de ocorrência concreta e dela inferir soluções condizentes com o conteúdo desta tese.

Tome-se, para tal fim, exemplificativamente, as questões enfrentadas em âmbito judicial a respeito da atuação interventiva do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) nos contratos de transferência de tecnologia, elegendo-se, para análise, o Acórdão proferido na Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2)<sup>306</sup>.

A controvérsia exposta no processo indicado dizia respeito à legitimidade ou não do INPI intervir em contrato de transferência internacional de tecnologia,

---

<sup>305</sup> Ainda que não se estivesse aqui tratando de uma proposta distinta de pós-eficácia das relações obrigacionais, a compreensão do programa obrigacional como um todo unitário cooperativo, que congrega os interesses em fórmula que pode projetar para além do fim temporal em abstrato do contrato. Veja-se, a esse respeito: “Efectivamente todas as relações obrigacionais partilham, de certo modo, da natureza de verdadeiras ‘relações de comunidade’, como expressão jurídica da cooperação social (...). Tal nota de cooperação permanente imprime-a, no seu conteúdo e duração, o fim do contrato; esgotar-se-á normalmente, enquanto as prestações não são executadas, mas, por coerência com o fim do contrato, pode excepcionalmente manter-se para além desse momento (lembrem-se os deveres ulteriores de fidelidade, cuja infracção pode fundamentar uma responsabilidade pós-contratual)” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 287-288, nota 1).

<sup>306</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018. Não se desconhece a existência de julgados mais recentes sobre a matéria, inclusive por Tribunais Superiores, como é exemplo o Recurso Especial nº 1200528/RJ. Não há, contudo, prejuízo ao se analisar a decisão de 2008, seja porque o conteúdo de fundo do mérito manteve-se inalterado pela jurisprudência construída sobre o tema, seja ainda porque a decisão do TRF2 acima indicada é didaticamente útil para os fins da tese em curso.

com remessa de *royalties* ao exterior, para remuneração do cedente do conhecimento tecnológico. No caso concreto, a autarquia federal emitiu Certificado e Averbação do contrato internacional de transferência de tecnologia, entretanto alterou, por ato de autoridade, a cláusula que previa o pagamento de um valor fixo, em Reais, para cada produto produzido<sup>307</sup>; determinou o INPI, com a alteração, que o pagamento se desse em percentual de 5% (cinco por cento) sobre o preço líquido de venda de cada produto licenciado.

O fundamento legal da atuação administrativa, infere-se da decisão judicial, foi o artigo 2º da Lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970, com redação atual estabelecida pelo artigo 240 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, segundo o qual está entre as atribuições do órgão a regulação da propriedade industrial “tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica”<sup>308</sup>.

Nessa medida, defendeu-se o INPI nos autos ao afirmar que a interferência proativa no contrato, legitimada pela norma acima indicada, visava garantir “o equilíbrio das relações contratuais, quer com relação às condições negociadas, quer no que concerne à restrição a práticas abusivas de remessas em divisas”<sup>309</sup>. De fato, conclui-se no julgamento pela legitimidade e

---

<sup>307</sup> Sobre a atuação do INPI em relação ao conteúdo econômico dos contratos de transferência de tecnologia ver, por todos: BARBOSA, Denis Borges. *Valores de contratos sujeitos ao INPI: remissibilidade e dedutibilidade*. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/remissibilidade.pdf>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

<sup>308</sup> “Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial” (BRASIL. *Lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970*. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 14 de dezembro de 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5648.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018).

<sup>309</sup> Conforme consta transcrito no Acórdão: “12. Como já se teve a oportunidade de observar desde a peça informativa apresentada em Juízo, a análise realizada pelo INPI visa a avaliar se a licenciadora, detentora de patentes, busca assegurar, pelo monopólio conferido, o exercício da posição dominante de forma abusiva, aumentando arbitrariamente os seus lucros ou prejudicando a livre concorrência, mediante contrato de licença contendo dispositivos que em parte podem impedir a efetiva transferência do conhecimento tecnológico e a possibilidade de introdução de melhoramentos, parâmetro para futuras inovações; visa, enfim, a assegurar o equilíbrio das relações contratuais, quer com relação às condições negociadas, quer no que concerne à restrição a práticas abusivas de remessas em divisas. 13. Trazendo tais considerações para o caso em tela, a capacidade da empresa NOVODISC, licenciada da impetrante e sediada no País, de desenvolver mecanismos eficazes e assegurar garantias à sua capacitação, com base no contrato de transferência de tecnologia, constitui pré-requisito importante na formação de condições favoráveis ao seu desenvolvimento econômico, sendo

oportunidade da intervenção, afirmando-se que “no caso concreto, havia nítido desequilíbrio financeiro entre as partes, o que autorizava o INPI a intervir nas condições contratuais”<sup>310</sup>, afastando-se a segurança pretendida pelos contratantes que buscavam o registro do contrato conforme pactuado.

A sugestão de análise do julgamento mencionado justifica-se por aquilo que nele não está expressamente posto. Como se verifica, a decisão administrativa, ratificada pela apreciação jurisdicional, atuou no âmbito do interesse contratual, valendo-se da função de reequilíbrio das prestações. Conforme aponta Teresa Negreiros, legitima-se constitucionalmente tal agir, sempre que se depare com desequilíbrio “real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional”<sup>311</sup>.

Entretanto, assim como a disposição geral prospectiva do artigo 421 do Código Civil, o disposto no artigo 2º da Lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970, atrai a função social para a cognição normativa do comportamento proprietário (admitindo-se, *quantum satis* tratar-se a propriedade industrial espécie de bem objeto de propriedade privada no teor de tal conceito, a fim de não se abrir flanco de profunda discussão nesse ponto da tese) e, para o que nos interessa, contratual em relação à propriedade industrial<sup>312</sup>.

---

que a ausência desses requisitos eleva os custos de transação e gera incertezas para a operação dos negócios, como já também ponderou antes este Instituto. 14. Tem-se, pois, que, conquanto a ação reguladora se deva dar, naturalmente, no sentido de resguardar o interesse comum das partes, é fato que a atuação mais forte da licenciada em capacitação e inovação de produto ou processo depende de um ambiente favorável, sendo o contrato peça fundamental nesse contexto, pois suas condições podem retrair a decisão de investir, o que é observável em situações em que as regras de acordo limitem o desenvolvimento local da tecnologia transferida.” (fl. 242, itens 12, 13, 14)” (RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018).

<sup>310</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

<sup>311</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157-158.

<sup>312</sup> É paradigmática a esse respeito a decisão proferida no Recurso Especial nº 95.382-5/RJ, sob a relatoria do Ministro Oscar Correa, onde se lê sobre a função do INPI e a “influência vital da

A *ratio* que informa a existência e a atuação do Instituto vai além e se projeta, dado que o INPI é apenas mecanismo instrumental de concretização do ordenamento jurídico constitucional – à regulação geral do exercício de direitos cujo objeto circunde a propriedade industrial e seu trânsito jurídico, conclamando, como acima se afirmou, a concretização da função social no âmbito de tais relações.

No caso em discussão, a razão de atuação da autarquia foi o alegado desequilíbrio das prestações constatado quando do Certificado e Averbação do contrato internacional de transferência de tecnologia. Promoveu-se, a partir de tal verificação, o ajuste forçoso e necessário diante, em tese, da função desempenhada pela relação jurídica para a adequada satisfação do interesse negocial.

É de se notar, contudo, que ambas as partes confrontaram a decisão do INPI, tomando como ilegal o ato praticado e buscando a manutenção do conteúdo contratual como por elas estabelecido, dado ser tal conteúdo o representante adequado, ao juízo dos contratantes, do interesse negocial em relação. Aderir à alegação das partes reconhecendo, por exemplo, que a discussão sobre o equilíbrio econômico é matéria de competência judicial, não levaria, porém, ao teor do que se defende nesta tese, ao afastamento da atuação da autarquia ou do poder judiciária na regulação modificativa do contrato.

A especificação da funcionalidade social que informa os contratos de transferência de tecnologia, imputa às partes comportamentos que estão em círculo gravitacional mais distante daquele em que se realizam os ajustes prestacionais como o reequilíbrio do contrato.

No caso em tela, uma vez que o objeto do negócio em si é proeminente para o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional<sup>313</sup> e o contrato já se

---

missão que a lei lhe deferiu o desenvolvimento econômico – no amplo e exato sentido, desenvolvimento humano, integrado, repetimos, porque não se pode atingi-lo sem que seu beneficiário direto e último – o homem – se desenvolva, no todo” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 95.382-5/RJ, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 26 de agosto de 1983. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=188827>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018).

<sup>313</sup> Embora seja irrelevante, para fins do exercício exemplificativo presente, o objeto em si, consta tratar-se de tecnologia de fabricação de discos graváveis baseados no Sistema de CD-R, tecnologia de importante impacto quando da discussão posta nos autos.

encontrava concluído, porém considerando a presença de “exercício abusivo da posição dominante na relação contratual para maximizar os seus lucros, de forma a impedir o desenvolvimento tecnológico local”<sup>314</sup>, a resposta da função social parece ser mais efetiva.

O reequilíbrio das prestações, nesse caso, ainda que tenha solucionado problema de ordem econômica interna em favor do contratante nacional, teve, salvo melhor juízo, impacto limitado no prejuízo ao desenvolvimento tecnológico nacional. Estando satisfatoriamente atendidos os interesses negociais a partir da atuação do INPI, não parece de plano resolver o problema constatado na decisão a respeito do alto grau de controle da tecnologia pelo cedente e as consequências de dependência econômica e material daí geradas.

Assim, ainda que o contrato passe a produzir seus efeitos com a reposição econômica das prestações, admite-se, nos termos do que se está construindo nesta tese, imputações socialmente funcionais – pós-eficaciais no sentido aqui projetado – que corrijam as consequências de tal dependência, como, por exemplo, a cooperação, ainda que com as correspondentes contrapartidas econômicas, no desenvolvimento de conhecimento primário capaz de que possa a contratante desenvolver, por si, processos tecnológicos substitutivos<sup>315</sup>.

Referido resultado prático, justificado aqui de forma mais aberta pela atuação direta da função social, não é desconhecido em nosso ordenamento, ainda que sob fundamento distinto e com características mais restritivas, com escora na lei objetiva. Tratam-se dos casos de licenciamento compulsório de patentes, nos termos dos artigos 68 a 74 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 e demais legislações aplicáveis. Nesta circunstância, o resultante funcional

---

<sup>314</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

<sup>315</sup> Define a citado artigo 68: “O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial” (BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 15 de maio de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

restringe-se à submissão do titular da patente à exploração remunerada por terceiro diante de omissão sua ou de abuso de seu direito, não se adequando à ontologia das relações obrigacional que nesta tese se coloca.

O exemplo discutido, cujo conteúdo material objetivo é circunstancial – uma vez que não se restringe o problema enfrentado na tese às relações envolvendo propriedade industrial –, tem o mérito de permitir mirada pelo anverso da concepção teórica. Deixa aberto, entretanto, questão relativa ao risco de perpetuidade das relações obrigacionais pela vinculação a uma função social latente, o que seria contraditório com o próprio sentido de relação intersubjetiva.

Assim, cogita-se, no seguinte e último espaço desta tese, o caráter progressivo da extinção das relações obrigacionais a partir da guia funcional. Articula-se de progressividade uma vez que a função determina constante análise da permanência dos interesses, de um lado, porque cada comportamento produz uma reação que pode desencadear uma nova imputação; de outro, pois pode mesmo se tornar socialmente desinteressante a continuidade da emanção de efeitos de uma dada relação, como se passa a explorar.

### **3.3 A função social como mediadora do trânsito entre a pós-eficácia negocial e o fim progressivo dos contratos**

Um dos eixos centrais do problema posto nesta tese diz respeito à conexão binária, própria do modelo jurídico moderno, entre prestação e extinção das obrigações. Se em outros pares conceituas o sentido da expressão que remete à dualidade pode assumir posição circunstancial, a relação entre prestação e extinção é, para o modelo estrutural do direito das obrigações, condição de existência da hipótese de incidência da relação jurídica contratual.

Já se demonstrou, contudo, em espaços anteriores desta tese, hipóteses teóricas e concretas em que há ruptura desse mecanismo, quando menos em sua aplicação desconectada da realidade fática. Ressalte-se, porém, que todo agir, para se distinguir do estado de inércia da inação, há de ser finito. Assim, a admissão da dissociação entre prestação e extinção não permite refutar que a

tomada das relações obrigacionais como um processo orgânico que se desenvolve por fases, com conjugação de comportamentos e resultados de distintos graus de densidade em relação tanto ao interesse negocial quanto à função social, encontre igualmente um fim<sup>316</sup>.

Emerge daqui um aparente paradoxo: ao se distanciar do conceito formal que resume na extinção da relação obrigacional a consequência imediata da prestação, estabelece-se uma tendência à perpetuidade. Não obstante, as teorias sustentadas sob conteúdos infinitos, em regra, retornam resultados indesejados e sensorialmente incompreensíveis.

Como em um dos paradoxos de Zenão<sup>317</sup>, em que uma flecha lançada contra um alvo jamais alcançaria seu destino, dado que são infinitas as metades da distância a serem percorridas pela flecha até o alvo – para atingir a metade da distância a flecha deverá percorrer a metade da metade, e assim infinitamente –, a perpetuidade da relação obrigacional nega, pela impossibilidade de atingimento, a realização do conteúdo funcional.

É preciso, pois, investigar as demais variáveis que superam a barreira que impede discursivamente que a flecha facilmente acerte o alvo ou, como se quer, as situações jurídicas obrigacionais funcionalizadas, tomadas como processo orgânico, cumpram seu conteúdo funcional, sendo a finitude responsável por constituir o continente de atuação da norma jurídica na modalidade relacional em questão<sup>318</sup>.

Nessa medida, colhe-se da doutrina possível elemento cujos

---

<sup>316</sup> Sendo o processo obrigacional tomado como um corpo vivo de imputações, direitos e deveres, cabe, como metáfora de seu fim, a poética descrição da morte de Ariano Suassuna: “Cumpriu sua sentença e encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca do nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo o que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo o que é vivo, morre” (SUASSUNA, Ariano. *O auto da compadecida*. 36ª ed. Ilustrações de Rogério de Andrade Lima. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014. p. 45).

<sup>317</sup> Sobre o tema, ver: HUGGETT, Nick. Zeno's Paradoxes. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/paradox-zeno/>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

<sup>318</sup> Vale-se, aqui, da poética de Eduardo Galeano: “Com trágica ladainha a memória boba se repete. A memória viva, porém, nasce a cada dia, porque ela vem do que foi e é contra o que foi. *Aufheben* era o verbo que Hegel preferia, entre todos os verbos do idioma alemão. *Aufheben* significa, ao mesmo tempo, conservar e anular; e assim presta homenagem à história humana, que morrendo nasce e rompendo cria” (GALEANO, Eduardo. *O livro dos Abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 122).

fundamentos, interpretados à luz do objeto em questão, podem servir de esteio ao estabelecimento de um conteúdo normativo que, não retornando à conjugação necessária entre prestação e extinção, conceda completude à tese da função social como tecido em que se desenvolve o processo obrigacional.

Trata-se da formação progressiva dos contratos, como forma de explicitação interpretativa da construção da *fattispecie* geral dos vínculos obrigacionais, reconhecida por Gustavo Tepedino ao observar, em situações jurídicas complexas, a presença da execução de obrigações propriamente contratuais ao longo das negociações dos elementos da futura relação contratual a ser pactuada. Aponta o autor, nessas hipóteses, que “o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes”<sup>319</sup>, com cumprimento de obrigações propriamente contratuais ainda na fase de negociações preliminares.

Em abordagem do tema por outro ângulo, Perlingieri reconhece que a dificuldade na distinção entre fase pré-contratual e conteúdo propriamente contratual advém da ocorrência de fenômenos de especificidade cada vez mais detalhadas frente à complexidade contemporânea, que demanda o desenvolvimento de atribuições significativamente distintas dentro de uma fase contratual, “destinadas a se completar em um sucessivo contrato destinado cada vez mais a regular detalhes e aspectos certamente não secundários, nem meramente executivos”<sup>320</sup>.

Esse cenário de realizações obrigacionais de naturezas distintas que se sobrepõem em concomitâncias tem forte vinculação com a atual percepção do

---

<sup>319</sup> TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 11, v. 44, p. 19-30, out.-dez., 2010. p. 28. Expõe-se nesse excerto, de forma mais completa, a existência de “Situações complexas nas quais obrigações contratuais são assumidas gradativamente, de modo que o agente, por vezes, ao mesmo tempo em que negocia futuras bases contratuais, no âmbito de tratativas ou negócios preliminares, execute obrigações verdadeiramente contratuais, relativamente à parcela do conteúdo do negócio já definitivamente estabelecida, de maneira irrevogável. Identifica-se, no cenário assim delineado, o que se poderia bem designar como formação progressiva dos contratos, cujo conteúdo vai sendo estabelecido gradualmente ao longo das negociações preliminares. Dito de outro modo, o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes” (TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 11, v. 44, p. 19-30, out.-dez., 2010. p. 27-28).

<sup>320</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 397.

tempo e dos acontecimentos nele difundidos. Pode-se afirmar que, para acolher tal realidade, o tempo deixou de ser uma variável de percepção única, com uma flecha constante em direção exclusiva, fazendo da antonímia entre sequência e simultaneidade algo apenas aparente<sup>321</sup>.

Sustenta-se, assim, no âmbito das situações jurídicas obrigacionais, que os múltiplos interesses negociais ou a complexidade envolvente de um dado interesse desta natureza podem envolver múltiplas realizações, que se densificam em tempos distintos e, com isso, podem transformar a realidade que sustentam outros comportamentos. Quando se aponta, portanto, como o faz Tepedino<sup>322</sup>, que o agente em processo de negociação preliminar pode estar, ao mesmo tempo, executando ações de caráter funcionalmente contratual, o que

---

<sup>321</sup> Embora em campo do saber distinto do direito, a percepção das alterações do conceito de tempo pode ser muito bem visualizada por Stephen Hawking: “Até o início do século passado, as pessoas acreditavam em um tempo absoluto. Ou seja, era possível classificar qualquer evento por uma grandeza chamada ‘tempo’ de maneira única, e todo bom relógio estaria de acordo quanto ao intervalo de tempo entre dois eventos. No entanto, a descoberta de que a velocidade da luz parecia ser a mesma para qualquer observador, a despeito de como ele estivesse se movendo, levou à teoria da relatividade — e, baseados nela, tivemos de abandonar a ideia de que havia um tempo único e absoluto. Em vez disso, cada observador teria sua própria medida de tempo, conforme o relógio que ele carregasse: relógios portados por observadores diferentes não necessariamente coincidiriam. Assim, o tempo se tornou um conceito mais pessoal, relacionado ao observador que o media” (HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. Edição Kindle). A esse respeito, veja-se, ainda: “Given the initial conditions that define the configuration space and the laws that govern the events within this space, nothing is left to chance. It is possible, in principle, to infer both future and past events from present ones. Thus, present, past and future can all be held simultaneously in the mind of the observer-theoretician. Such obstacles as may exist to this collapse of all moments in to a single moment results only from the frailty of our minds and from the imperfection of our knowledge. (...) The deep problem revealed in the film image of time is the difficult that all our non-causal categorical schemes – beginning with our logical and mathematical reasoning – have in dealing with the temporal continuum (a subject that we address in the development of the third of our central claims: about mathematics and its relation to nature and to natural science)” (UNGER, Roberto Mangabeira; SMOLIN, Less. *The singular universe and the reality of time: a proposal in natural philosophy*. London: Cambridge University Press, 2015. Edição Kindle). Traduzido tem-se: “Dadas as condições iniciais que definem o espaço de configuração e as leis que governam os eventos dentro deste espaço, nada é deixado ao acaso. É possível, em princípio, inferir eventos futuros e passados desde os eventos atuais. Assim, presente, passado e futuro podem ser mantidos simultaneamente na mente do teórico observador. Tais obstáculos que possam existir a este colapso de todos os momentos em um único momento resultam apenas da fragilidade de nossas mentes e da imperfeição de nosso conhecimento. (...) O profundo problema revelado na imagem cinematográfica do tempo é a dificuldade que todos os nossos esquemas categóricos não causais – começando com o nosso raciocínio lógico e matemático – têm em lidar com o contínuo temporal (um assunto que abordamos no desenvolvimento de a terceira de nossas afirmações centrais: sobre matemática e sua relação com a natureza e com a ciência natural)”.

<sup>322</sup> TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 11, v. 44, p. 19-30, out.-dez., 2010. p. 28.

se está a revelar é que a variável do tempo de conclusão dos contratos deixou de ter medida única, devendo o tempo ser reconhecido, necessariamente, em fórmula conjunta com a completude do objeto nele localizado.

Essa apreensão poderia ter aparência contraditória, frente à afirmação da multiplicidade do tempo diante de um modelo de contrato que, por sua estrutura de previsões e previsibilidade dos encaminhamentos, presta-se à tentativa de promover a dominação do futuro, reduzindo “a aleatoriedade do que está por vir e dominar tanto as mudanças de circunstâncias como os equívocos que impregnam o conteúdo das declarações de vontade”<sup>323</sup>. Entretanto, é justamente para preservar essa tentativa de gestão do futuro que se cogita a reformulação distinta do sentido moderno de contrato atrelada a uma nova percepção do tempo.

O futuro está contido no presente do contrato, não mais porque este, ao prevenir-se daquele, o petrifica, mas porque o agir no presente já contém o que se esperava agir no futuro, dada a dissociação dimensional das obrigações, como se tem afirmado a partir do conceito de formação progressiva dos contratos<sup>324</sup>.

É a partir desse cenário, conquanto tomado sob outras referências, que

---

<sup>323</sup> OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 8. Prossegue o autor: “Ser credor de crédito que obriga a outro implica algo que parece equivaler ao poder de se apropriar de uma parte do futuro. Arrancado das contingências dos acontecimentos, subtraído das flutuações do tempo, o crédito representa a certeza de que o acordo, necessariamente, terá lugar. É como se, de repente, o futuro incorporasse e assumisse, na forma de antecipação segura de si, consistência normativa. É enorme o que está em jogo. No plano econômico, a simples previsão de vantagens contidas no futuro, a perspectiva dos frutos que a coisa ou a empresa hão de produzir representam um valor – uma vantagem, imediatamente, deslocada de seu lugar originário. E em razão da teatralidade, da ficção que impregna o Jurídico, tais prestações e ganhos, apesar de serem apenas uma possibilidade, incorporam-se ao patrimônio do credor.” (OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 8).

<sup>324</sup> Ainda que não se trate especificamente do tema da formação progressiva dos contratos, adequa-se a esse propósito a lição de François Ost: “Em tais condições, admitir que apenas se negocia progressivamente e com elevado nível de prudência e que pode vir a ser necessário modifica-lo por meio da renegociação de algumas de suas cláusulas – de modo inscrevê-lo, para ser exaustivo, dentro da temporalidade móvel e evolutiva atada aos contratos – não significa minar a sua força performática – é dizer, sua capacidade de engendrar o futuro –, longe disso, implica aproximá-lo de sua máxima condição de êxito” (OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 9).

François Ost aponta uma “deontologia da negociação”<sup>325</sup>, inserindo a situação jurídica obrigacional em formação em uma perspectiva de deveres que se espalham no tecido multidimensional do tempo a fim de melhor construir, funcionalmente, as obrigações de distintos matizes inseridas na relação.

Está na base da formação progressiva dos contratos, ainda, como premissa, a construção a respeito da formação das relações jurídicas por meio do contato social<sup>326</sup>, com superação da estrutura formal da explicitação da declaração de vontade e de mais um dos movimentos binários desta estrutura formado pelos conceitos de oferta e aceitação<sup>327</sup>. A natureza dos comportamentos está em linha com a função que a eles se atribui, sendo à realidade concreta que o ordenamento atribui efeitos desde pronto, independentemente de prévia adequação à formula estrutural.

Tal afirmação coaduna com o reconhecimento do papel nuclear da função social, considerando que mesmo em desalinho com a estruturação formal dos vínculos obrigacionais, a materialização da relação jurídica decorre da função social como polo magnético que atrai seus efeitos. Como o rearranjo de uma limalha de ferro com a aproximação de um ímã em movimento, organizando-se as partículas em formas conjuntas funcionais mutáveis, sem alteração em sua

---

<sup>325</sup> OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 10.

<sup>326</sup> Sobre o tema, veja-se: LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. *Revista de Direito GV*. v. 2, n. 1, p. 55-64, jan-jun., 2006. Em sentido complementar: “Não raras vezes sucede as partes satisfazerem os interesses mais elementares, celebrando esquemas negociais complexos, desprovidos de qualquer fase pré-negocial, sem que haja nos preliminares desse contrato um acordo de vontades – mútuo consenso” (ALMEIDA, Antonio. Cláusulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual. *Lusíada*. Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito. Universidade Lusíada. Porto. n. 2. 1998. Coimbra Editora. p. 287).

<sup>327</sup> Há de se considerar, nessa equação, o processo de despersonalização das relações contratuais observado por Joaquim de Souza Ribeiro, decorrente da massificação do consumo e da realização de operações econômicas automatizadas. Afirma o autor: “O processo de objectivação e despersonalização da figura do contrato é levado ao seu ponto limite quando se chega a admitir uma vinculação contratual à margem de qualquer declaração de vontade, com base apenas na realização material de uma dada operação económica. A intensificação e generalização dos consumos exigem formas colectivas de satisfação das necessidades, através da oferta indiscriminada, em massa, de determinados bens e serviços (transportes, por exemplo), imediatamente acessíveis ao público, sem necessidade, muitas vezes, de prévia mediação de um contrato, pelo menos no seu figurino clássico de encontro de duas declarações de vontade, com o significado de proposta, uma, e de aceitação, outra” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do Contratos. *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 35. Coimbra, 1992. p. 16-17).

forma individual e sua natureza constitutiva, nas obrigações que surgem progressivamente fundadas no contato social sem negócios prévios que os dê nascimento<sup>328</sup>, a função social, atrai, com o merecimento de tutela, os fatos surgidos ao longo do processo de formação da relação, sem a necessidade de amoldá-los *a priori* na estrutura de uma pretensão, um dever jurídico ou uma prestação de caráter formal<sup>329</sup>.

A partir de tais considerações, um primeiro passo para o estabelecimento do conceito especular do fim progressivo das relações jurídicas obrigacionais decorre da apreensão dos fragmentos da relação obrigacional que extrapolam os efeitos da vontade negocial, contendo em sua composição vínculos funcionais que impedem, de forma transitória, a estabilidade derradeira do programa obrigacional.

A concepção é tão simples quanto essa: se existem obrigações que se formam sem um acordo de vontades, eventualmente no curso das tratativas preliminares, decorrentes das demandas formativas de interesses negociais complexos, também se podem admitir, como antes se tentou demonstrar, imputações de natureza funcional distintas daquelas vocacionadas à realização estrita do interesse negocial e, portanto, alheias ao negócio jurídico tomado como acordo de vontades.

A transposição da formação progressiva das obrigações, como fruto do apuramento da natureza das prestações imputáveis desde a atração relacional independentemente da formulação de negócio jurídico originário, ademais, foi cogitada por Gustavo Tepedino, ao afirmar que, em contrapartida ao contato social, “poder-se-ia mesmo reconhecer o esmorecimento progressivo dos vínculos assumidos com ou sem negócio fundante, por conta de circunstâncias

---

<sup>328</sup> Sobre esse tema específico ver a já citada obra: SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>329</sup> Juliana Pedreira Silva, nesse ponto, atribui relevante papel ao intérprete como construtor da norma em concreto a partir da função social: “Assim, torna-se inevitável atribuir ao intérprete a captação da função e tipicidade social da atividade, para então qualificá-la. Mais próximo das constantes alterações fáticas, o intérprete possuirá maior capacidade de - sempre à luz dos valores impostos pelo ordenamento - verificar o merecimento de tutela de cada atividade a partir da identificação da função específica que exercem. (...) A formalização jurídica da atividade não tem um fim em si mesma, mas tem em vista a função da operação econômica; logo, a inexistência de formalização jurídica para uma *fattispecie* concreta não pode condená-la à rejeição; deverá ser reconhecida mesmo sem negócio jurídico fundante” (SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16).

fáticas”<sup>330</sup>. O que se está a propor, a partir dessa ideia fundante, é a adesão das imputações decorrentes da função social às já citadas circunstâncias fáticas como causa do fim progressivo do programa obrigacional.

Hipótese prática novamente mostra-se útil para ilustração dos argumentos:

Imagine-se que um dado produtor de sementes e insumos agrícolas contrata empresa de geoprocessamento de dados para produção de imagens que incluam a banda espectral infravermelha, capaz de permitir a análise da intensidade vegetativa ou clorofiliana de um conjunto de variações de espécie de soja, a partir do qual estabelece banco de dados com diversas variáveis relevantes para a produtividade agrícola da região mapeada. Tais dados serão pela contratante rodados em modelagem estatística própria, retornando importantes informações acerca das características daquele meio-ambiente para o cultivo das espécies analisadas<sup>331</sup>.

Para além das aplicações pretendidas pela empresa de insumos, os dados brutos produzidos a partir das imagens possuem aplicações vastíssimas, posto que, ao serem coordenados com outras variáveis como clima, intensidade dos ventos, pluviometria, dentre diversas outras, revelam condições estatísticas hipotéticas capazes de guiar o manejo das lavouras. Também são de muita utilidade os dados matemáticos da modelagem utilizada, para que se possa ter conhecimento da metodologia e demais fatores próprios do modelo executado e assim promover eventuais ajustes nas outras aplicações possíveis dos dados

---

<sup>330</sup> TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 11, v. 44, p. 19-30, out.-dez., 2010. p. 29.

<sup>331</sup> São inúmeras as empresas que produzem tal tipo de relatório, adquirindo dado de satélites internacionais com cada vez mais alta resolução. O atual estágio de evolução na qualidade desses dados permite definir o NDVI, sigla em inglês para *Normalized Difference Vegetation Index*, cuja tradução aproximada seria Índice de Vegetação de Diferença Normalizada, métrica útil para análise da condição da vegetação a partir dos sensores remotos dos satélites captadores de imagem, úteis para aferição da intensidade vegetativa da planta. Sobre o NDVI, veja-se: WEIER, John; HERRING, David. *Measuring Vegetation*. NASA. *Earth Observatory*. Disponível em: <<https://earthobservatory.nasa.gov/features/MeasuringVegetation>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018. Sobre a aplicação de referida tecnologia na agricultura, veja-se: RUDORFF, Bernardo Friedrich Theodor; MOREIRA, Maurício Alves. *Sensoriamento remoto aplicado à agricultura*. São José dos Campos: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE, 2002. Disponível em: <[http://mtc-m12.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/sergio/2005/06.14.13.14/doc/CAP9\\_MAMoreira.pdf](http://mtc-m12.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/sergio/2005/06.14.13.14/doc/CAP9_MAMoreira.pdf)>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

brutos obtidos.

Do exemplo exposto, pode-se afirmar que a produção das imagens, seu processamento, a organização do banco de dados e a interpretação do material obtida representa o conteúdo do interesse negocial contido na relação jurídica, ainda que a interpretação do material não seja objeto da prestação contratada. Trata-se de conteúdo complexo, que envolve etapas prestacionais distintas no tempo e na natureza. Para tornar ainda mais pertinente e completa a hipótese, seria possível imaginar que o avanço das prestações dependeria dos resultados intermediários obtidos, com alteração do método ou da forma de efetivar a prestação diante dos dados colhidos; entretanto, para não se deixar integralmente em aberto o conteúdo do contrato, demandar-se-ia, na fase de tratativas prévias, alguma espécie de atuação analítica para estabelecimento do escopo da atividade.

A circunstância hipotética apresentada presta-se como um possível exemplo de todo o conjunto de construções normativas ora erigido, para além daqueles já trabalhados no decorrer dos capítulos anteriores – o que mostra a aplicação prática das presentes reflexões em uma gama variedade de relações contratuais.

Na hipótese ora em comento, em primeiro plano, tem-se circunstância fática que revela um contrato formado progressivamente, com objetos prestacionais próprios da estrutura contratual sendo produzidos antecipadamente a fim de melhor acomodar o próprio objeto do contrato. Tratam-se das análises prévias das imagens, a fim de se assegurar que a sua submissão no modelo estatístico, após o tratamento técnico e a catalogação adequada, produza os dados satisfatórios ao interesse negocial que principiou a relação.

Há na narrativa, ainda, circunstância que pode desencadear comportamentos típicos da eficácia pós-negocial fundada na boa-fé. Diante do uso a ser empregado pela produtora de insumos ao banco de dados produzido pela empresa de geoprocessamento, considera-se conjunto de comportamentos prospectivos ou de abstenção necessários para realização plena do interesse de obter o conjunto amplo de informações possíveis para customizar seus produtos e ter melhores oportunidades no mercado. Trata-se, assim, de dever de sigilo acerca mesmo da coleta dos dados, mas principalmente da sua destinação, ou ainda, de atividade complementar de refinamentos dos dados para a adequação

ao modelo estatístico elencado.

Finalmente, decorre de situação figurada o que aqui se está a denominar de permanência dos efeitos funcionais. Para tal compreensão, importante recorrer, como premissa, ao sentido e alcance da substituição do sujeito, como elemento formal e abstrato da relação jurídico, pela percepção dos centros de interesses como conteúdo merecedor de tutela. De fato, essa forma de existência do sujeito, já afirmou Perlingieri, não é essencial para a existência da situação jurídica<sup>332</sup>, o sendo a constituição de centros de interesse – formados, acrescentamos nesse ponto, por aqueles advindos das deformações causadas pela relação jurídica no tecido formado pela função social.

Tomada tal assertiva, o fim das situações jurídicas obrigacionais processa-se no esvaziamento progressivo dos centros de interesse, tanto em relação aos interesses negociais quanto aos socialmente funcionais. Na outra ponta, por se estar diante da substituição da figura formal do sujeito, que se constitui personagem abstrato e fixo de cada *fattispecie* estanque, pelo multifacetado conteúdo dos centros de interesse, o esmorecimento dos interesses negociais individuais não afasta as imputações de natureza social, pois estas estão coligadas a interesses igualmente tuteláveis.

Assim, em primeiro plano, por fim progressivo se pode tomar o sentido de esvaziamento da situação jurídica obrigacional como processo frente à permanência de deveres lastreados na função social. Em boa medida, há aqui sinonímia com o que se expôs no item antecedente desta tese, a respeito da permanência dos efeitos funcionais das situações jurídicas obrigacionais, entretanto agora tomando-se o conceito por quem observa o fenômeno a partir não da produção dos efeitos socialmente funcionais advindos do exercício do interesse negocial, mas sim das já postas consequências de tais efeitos.

É preciso refletir, todavia, sobre o abatimento das imputações funcionais, numa segunda acepção do fim progressivo<sup>333</sup>. Para tanto, há de se recuperar o

---

<sup>332</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I, 1972. p. 49.

<sup>333</sup> Retomando a discussão antes colocada a respeito do tempo, nesse ponto também se há de reconhecer variações na seta do tempo, não se havendo falar em relação cronológica entre a primeira e a segunda acepção de fim progressivo das relações obrigacionais.

que oportunamente já se tratou, sobre o conceito de *bens comuns* e seu correlato *resultantes comportamentais comuns*.

Ainda que naquele espaço se estivesse analisando questão relativa ao trânsito jurídico da informação como bem objeto de apropriação, se pôde demonstrar que a amplificação da aceção de propriedade e de bem, constitucionalmente estabelecidas, aproxima-os do conceito de valor, sendo os comportamentos que promovem tais valores alçados à categoria de resultante obrigacional cuja tutela se dá pelo acesso não restrito pelo princípio da relatividade.

Como apontam Eroulths Cortiano Junior e Rodrigo Luis Kanayama em relação aos bens comuns, a classificação de certos conteúdos como tal não leva a rejeição de sua escassez, projetando-se a atuação cooperativa para o acesso que não comprometa a manutenção de tais bens como permanentes<sup>334</sup>. No anverso, tratando-se de resultantes comportamentais comuns, o sentido de escassez se atrela ao de finitude frente à percepção que comportamentos, como atos finitos, produzem resultados igualmente finitos.

Ao passo que tais efeitos se desdobrem em outros valores e se concretizem em outros bens, e de fato é isso que se espera, a participação subjetiva pela atividade impulsionadora de tais valores se encerra quando tal propulsão já não mais é significativa para realização dos valores criados.

No caso exemplificativo acima construído, o valor de aplicação dos dados obtidos, como prestação da relação obrigacional narrada, ressoa como impacto relevante nos setores econômico e social, seja pelo papel de realce da agricultura na produção econômica, seja pelo caráter de abastecimento promovido por essa atividade. Ultrapassa-se, assim, o interesse negocial das partes, verificando-se o estabelecimento de uma resultante obrigacional comum cujo acesso há de ser facultado a quem dele possa se beneficiar. Tal disposição, diga-se, promove-se por esforço conjunto daqueles que constituem os centros de interesse atingidos, a partir do compartilhamento dos ônus e da assunção de maior protagonismo para quem a prestação de natureza funcional é menos

---

<sup>334</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Notas para um estudo sobre os bens comuns. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, v. 8, n. 15, p. 480-491, jul.-dez., 2016. p. 488.

onerosa.

Referida abertura prospectiva limita-se, de um lado, à manutenção do equilíbrio com o interesse negocial – não pode se prestar, por exemplo, ao estabelecimento de concorrência desleal por quem não pagou o preço e pretende explorar economicamente – e, de outro, restringe-se pela sua capacidade de exploração limitada. Nessa medida, ao passo que se é dada publicidade ao conteúdo e este se vai incorporando a outros processos de realização de direitos independentes das partes que o geraram, as prestações de natureza funcional se vão considerando gradativamente menos abrangentes até sua completa extinção. Eis, aqui, o fim progressivo sob a acepção da finitude da função social nas relações jurídicas obrigacionais.

Como na expressão da poetisa Helena Kolody, “completou-se uma jornada; chegar é cair na inércia de um ponto final. Na euforia da chegada há um convite irrecusável para uma nova partida”. O fim dos contratos, ante aos interesses múltiplos advindos das funções produzidas por ele, é lugar de chegadas e novas partidas.

## CONCLUSÃO

Não seria coerente com desenvolvimento arquitetado ao longo desta tese apresentar conclusão que se coloque como fotografia do atual estado da arte das situações jurídicas obrigacionais funcionalizadas, pois estas, como processo orgânico em desenvolvimento, não se revelam a partir da narrativa de uma pose estática do seu curso. Assim, reconectando-se com o tema proposto e com o problema por ele compreendido, ao invés de desfiar, passa-se a cingir, como se a escrita fosse uma agulha em forma de gancho da técnica de crochê, recuperando em um ponto do tecido construído a sustentação do ponto seguinte, as hipóteses edificadas ao longo do percurso até aqui transcorrido.

O propósito dessa tarefa não foi outro se não o de dar unidade ao conteúdo que buscou apresentar o processo de imputações decorrentes da função social das situações jurídicas obrigacionais, tema nuclear deste escrito. Tal descrição se justificou pelo reconhecimento de que as situações jurídicas relacionais contemporâneas demandam construção normativa que sustente a interação, como organismos do programa obrigacional complexo, entre interesses negociais e sociais.

Diante do intuito lançado, os objetivos se circunscreveram ao estabelecimento de sustentação teórica distintiva entre certas imputações decorrentes do modelo estrutural de relação obrigacional, ainda que articulado pela boa-fé objetiva – especialmente aquelas localizadas no que, de forma corrente, denomina-se pós-eficácia contratual –, e do modelo no qual a função social se concretiza como comportamentos imputáveis aos sujeitos (ou aos centros de interesse) em interação relacional.

Tal proposta erigiu-se em contexto que demandou reconhecer ampliação do conteúdo das situações obrigacionais a partir da irradiação de efeitos desde os múltiplos interesses compostos ao longo do programa construtivo da relação obrigacional. Esta investigação principia pela compreensão da disposição discursiva do processo obrigacional disposto em fases, cada uma descrita por características materiais e jurídicas próprias, embora todas sustentadas pelo fio condutor do processo obrigacional constitucionalizado e a eventual localização da atuação da função social na racionalidade desse modelo.

Nesse contexto, a denominada fase pré-negocial se constitui pelo contato inicial que aproxima os centros de interesse, que passam a interagir de forma relacional buscando acomodá-los e encaminhá-los para a conclusão do contrato. Há de se considerar que, desde os primeiros atos de negociação prévia, os comportamentos devem ser consonantes à tutela da confiança, cuja exigibilidade se estabelece diante do conteúdo fático para o qual a normatividade regente é mesmo aquela que regula o direito dos contratos.

A definição dos deveres pré-negociais prestou-se, além da sua função em si, de sustentáculo para projeção de similar catálogo de comportamentos para momento posterior ao cumprimento da prestação principal das relações obrigacionais, com fito a garantir a ampla satisfação do interesse tutelado. Trata-se da observância de conduta igualmente condizente com a tutela da confiança e lealdade que se projeta, como dever lateral, para momento posterior à realização formal da obrigação prestacional principal, com o qual se conecta para garantir a plena eficácia.

Emergem, pois, algumas sínteses a título de conclusão. O primeiro norte assenta que tanto a responsabilidade pré-contratual quanto a responsabilidade pós-contratual se constituem pela imputação de deveres laterais de conduta vinculados à boa-fé objetiva, cláusula geral que contém os comportamentos necessários para a concretização dos objetivos de cada uma dessas etapas, em atenção ao atendimento do interesse negocial. Não se está, portanto, diante de reconhecimento específico de deveres decorrentes da função social, uma vez que a construção normativa do princípio da boa-fé objetiva, gerenciando os comportamentos ao longo de todo o processo obrigacional, a coloca como eixo elástico de consecução dos interesses próprios dos negócios jurídicos obrigacionais.

Referida constatação é reveladora de certa limitação da pós-eficácia negocial, na sua compreensão atual, diante da potencialidade funcional contida nas relações obrigacionais. Como se afirmou, a boa-fé objetiva é norma de caráter prospectivo dentro das fronteiras dos interesses próprios da tutela das relações contratuais, sendo a projeção de comportamentos com fundamento em tal princípio incapaz de ultrapassar tais limites. Ainda que os deveres acessórios sejam autônomos, sua condição de acessoriedade é reveladora do papel subordinado à prestação nuclear e, por consequência, aos interesses negociais

em questão.

Pelo que se considerou, a localização circunscrita da boa-fé objetiva a faz ferramenta menos sensível ao aspecto funcional que escapa do conteúdo descritivo das espécies normativas nas quais é chamada a atuar. Tal afirmação não diminui sua relevância nas relações intersubjetivas contemporâneas, dado que as preserva em teia tramada pela lealdade e por um senso comum de eticidade.

O que se buscou assentar, entretanto, foi que as complexas relações jurídicas contemporâneas se constroem em espaços multidimensionais de interesses, sendo essencial para gestão constitucional das situações obrigacionais o entrelaçamento de cada interesse envolvido, escalonados em prevalência, segundo o merecimento de tutela construído no caso concreto.

A abertura normativa capaz de acolher essa ampliação de sentidos das relações obrigacionais, como se defende nesta tese, perpassa pelo estabelecimento de um modelo funcionalizado que agrega à teleologia do interesse negocial a tutela concreta do interesse social que interage com os resultantes obrigacionais. Mais do que uma simples composição eventual de interesses em abstrato, trata-se da assunção da funcionalidade social como razão e consequência do exercício do interesse negocial, em um programa unitário cuja finalidade não se esgota na satisfação da prestação descrita no núcleo da relação jurídica. Assim, a funcionalização se estabelece como resultado da constitucionalização do direito privado, instrumentalizando os comportamentos obrigacionais à realização dos múltiplos valores constitucionais.

A função social, assim, se coloca como a tessitura que acolhe e governa as situações obrigacionais, integrando-as no todo social, razão pela qual não se limita aos comportamentos explicitamente relacionados ao interesse negocial, porém, tampouco deixa de se submeter à atração gravitacional do processo obrigacional do qual se originou, fazendo surgir, eventualmente, imputações próprias. Trata-se de princípio fundante do programa obrigacional, que entrelaça o interesse negocial àquele de natureza social, cuja materialidade se dá a partir da construção interpretativa do programa constitucional ao caso concreto.

Afirma-se, portanto, que desde o estabelecimento do contato social desencadeador do processo obrigacional, todos os comportamentos inter-

relacionais são capazes de alterar a realidade social na qual está a relação inserida, impondo atuação prospectiva para que, ao lado dos interesses negociais e com eles conciliados, sejam concretamente atendidos os interesses sociais surgidos por meio da prospecção de comportamentos imputáveis àqueles que atuam nos centros de interesses em relação.

Aponta-se, com isso, que a construção concreta da norma passa a levar em conta, de modo entrelaçado, o interesse negocial e os interesses externos ao contrato, de múltiplas dimensões, que possam ser transformados ou retirados da latência pelo desenvolvimento do programa obrigacional. Do ponto de vista interno, aos tocados pelo interesse negocial nuclear da relação, cumpre colmatar, com seu comportamento, os efeitos próprios da liberdade de contratar com o sentido socialmente relevante emanados da situação jurídica que lhes unifica.

Outrossim, o segundo norte vivifica a inteligência do contrato como código neutro, nos termos da matriz positivista, a qual, após sofrer fissuras importantes com a agregação, ao signo binário havido entre prestação e a resultante extinção, de conteúdos adjacentes representados pelos deveres anexos – que, todavia, funcionam mais como juntas de dilatação do conceito do que propriamente pontos de ruptura –, é reconstituída a partir da introdução de elemento exógeno capaz de projetar o processo obrigacional para a satisfação de interesses de naturezas diversas, cujo surgimento e a extinção amoldam-se mutuamente no conteúdo e no tempo.

São essas premissas que permitem avançar para a hipótese de que a construção das relações obrigacionais, ao se desenvolverem em processo orgânico poroso à realidade, ao mesmo tempo que insemnam o contexto social, por ele é demandada a atender funcionalmente as prestações que satisfaçam a perturbação social causada.

Contribui para tal hipótese a localização das relações privadas, dentre elas, as relações obrigacionais, nas franjas do sistema de matriz constitucional cujo caráter solidarista sobressai. Isso porque, neste contexto, a evolução do conceito de bem, com a interseção das características do valor dado à propriedade e às circunstâncias patrimoniais de natureza transitória complexa, permite traçar conteúdo mais concreto ao sentido de função social que se aplica no contexto desta tese.

Relevante, nesse ponto, a proposta de aproximação entre a categoria dos bens comuns e o que se denominou de *resultantes comportamentais comuns*. Ao se impregnar, contemporaneamente, o sentido dos bens patrimoniais pelos valores emanados do programa constitucional, que transpassa espectro que vai do conteúdo econômico ao existencial, incorporam-se no resultado dos comportamentos havidos das relações obrigacionais a natureza de acesso. Transforma-se, com isso, o molde fechado de relação jurídica, esquadrihada pelo princípio da relatividade, em uma tela em branco na qual as texturas próprias do interesse negocial absorvem a tinta dos interesses comuns de acesso aos resultantes diretos ou indiretos do negócio.

O terceiro norte reconhece como papel da função social do contrato atrair a tutela normativa para promoção do acesso aos *resultantes comportamentais de interesse social comum*, o que demanda necessária reconstrução do conteúdo estrutural das relações jurídicas obrigacionais, redimensionando a apreensão da sua extinção a partir do caso concreto, segundo a incidência do valor constitucional pertinente.

Sobre esse ponto e considerando as premissas da fragmentada relação jurídica obrigacional, há eventual proeminência de imputações socialmente funcionais, após já satisfeito o interesse negocial. Trata-se de tema que circunda a questão dos mecanismos que desencadeiam a extinção das obrigações, conteúdo presente em distintos pontos ao longo da tese e fundamental na estruturação de seu conteúdo.

O modelo formal positivista das obrigações esquematiza conexão estrutural entre o cumprimento das prestações e a extinção da relação, prestando-se aquele comportamento de elemento de impulso do resultado terminativo. O que se estabeleceu nesta tese, apesar disso, foram os fundamentos que permitem sustentar a ausência de automação entre prestação e extinção. De fato, a localização do sentido de função social como fio condutor das situações jurídicas obrigacionais revela que é o cumprimento das prestações, como de resto os demais comportamentos contratuais, capaz de desencadear imputações funcionais que estabelecem a permanência do vínculo de cooperação mesmo diante do perecimento do interesse negocial.

Daí a relevância da construção a respeito dos *resultantes comportamentais comuns* como conteúdo justificador dos deveres prestacionais

prospectivos em relação à satisfação do interesse negocial, que aporta como o quarto norte construído na tese. A formação de um conglomerado de pretensões, direitos e deveres organizados em marcha, pela aproximação de centros de interesses complementares, é gestora de resultados que podem impactar o ambiente social em que se localizam, com o surgimento de demandas de acesso a valores socialmente relevantes e, por isso, atraem para dentro desse programa as imputações que permitam a realização de tal acesso.

Esse cenário em que a função social preenche o conteúdo dos comportamentos obrigacionais desencadeia, ainda, a relativização da patrimonialidade das prestações, permitindo-se sustentar, como inseridas na racionalidade do programa obrigacional, imputações que podem não se preencher de conteúdo patrimonial. É a partir de tal assunção que se rompe, afinal, a relação consequencialista entre o cumprimento dos atos vinculados ao interesse negocial e a extinção da relação jurídico, permitindo-se a projeção funcional que nesta tese se defende.

É sob esse fundamento, ademais, que se demonstrou que a pós-eficácia negocial – estrutura discursiva que poderia se confundir com as atribuições comportamentais decorrentes da função social – é, em verdade, fórmula de garantia da satisfação integral e plena do interesse negocial. As imputações descritas nesta tese, sob o fundamento da função social, se desprendem do interesse negocial, seja quanto à sua permanência, seja quanto ao seu conteúdo, não se justificando, sob tal específico aspecto, a separação das obrigações em fases. Efetivamente, os resultantes comportamentais comuns podem se presentificar desde as tratativas preliminares, desde que surjam no contato inicial dos centros de interesse perturbações no ambiente social que desencadeiem prestações específicas para garantia do acesso comum ao valor social produzido.

Essa postergação de efeitos socialmente funcionais, a partir da realização dos comportamentos próprios do conteúdo negocial do programa obrigacional, deixa em aberto, a princípio, a compreensão da finitude das relações estabelecidas, o que tornaria imprestável, para fins científicos, a solução construída. Não obstante, trata-se apenas de aparente incompletude, sendo esse conteúdo o quinto e último norte a que se chegou com a tese proposta.

Os vínculos funcionais que impedem, transitoriamente, a extinção das

situações obrigacionais revela apenas a fragmentação do programa em desenvolvimento, com perecimento gradual dos interesses. Diz-se, portanto, em fim progressivo das obrigações, admitindo-se, em primeiro plano, que os interesses negociais e sociais desencadeados em uma situação jurídica obrigacional são articulados, mas de satisfação independente. Assim o é porque, como se buscou demonstrar, as imputações de natureza social no mais das vezes decorrem do cumprimento do interesse negocial.

De outro lado, constata-se o progressivo esmorecimento das imputações funcionais frente à evolutiva concretização do seu objeto. Ao aproximar-se o conteúdo dos resultantes comportamentais comuns – núcleo das imputações funcionais – ao conceito de valor, admite-se, naturalmente, que o desdobramento dos comportamentos, pelo exercício de outros valores e o surgimento de outros bens, leva progressivamente à insignificância da permanência de atuação dos centros de interesse em que tal função se originou.

Para concluir, retoma-se a metáfora da pedra lançada em águas calmas: tão relevante quanto a forma e a localidade nas quais a pedra ancora são as ondas geradas na superfície pelo seu impacto, principalmente nas ocasiões em que é preciso apreendê-las. O efeito das ondas que surgem desborda em circunstâncias que não mais estão contidas na trajetória da pedra que as iniciaram; pedra e ondas são corpos distintos. Por certo que, tal como no mar, a agitação das águas possui termo e, por mais ondas que se façam surgir, ao cumprirem seu itinerário, as próprias ondas transformar-se-ão em calmaria.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antonio. Cláusulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual. *Lusíada*. Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito. Universidade Lusíada. Porto. n. 2. 1998. Coimbra Editora.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nota Técnica. Estudo sobre o sistema denominado Processo Judicial Eletrônico (PJe- JT) no âmbito da Justiça do Trabalho. Disponível em: <[https://www.anamatra.org.br/images/uploads/Anexos\\_Noticias/2013/Dezembro/nota-tecnica-pje.pdf/](https://www.anamatra.org.br/images/uploads/Anexos_Noticias/2013/Dezembro/nota-tecnica-pje.pdf/)>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

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. *In*: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (orgs.). *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, p. 23 – 31, abr-jun, 1996.

BARBOSA, Denis Borges. *Valores de contratos sujeitos ao INPI: remissibilidade e dedutibilidade*. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/remissibilidade.pdf>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado*. v. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. *In*: *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. XL, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Trad. de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1970.

BILBAO UBILLOS, Juna Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Lei n. 556, de 25 de junho de 1950*. Código Comercial. Registrada a folhas 8 do Livro 1º das Leis e Resoluções. Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça. Rio de Janeiro: 1º de julho de 1850. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM556.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

BRASIL. *Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970*. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 14 de dezembro de 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5648.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 12 de setembro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 15 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de justiça. Recurso Especial nº 1.255.315/SP, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 27 de setembro de 2011. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1087891&tipo=0&nreg=201101134964&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110927&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 95.382-5/RJ, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 26 de agosto de 1983. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=188827>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 1084918, da Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Brasília, 27 de março de 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

CERVANTES, Miguel de Saavedra. *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha*. Ilustrado por Gustavo Doré. Madrid: Alba Libros, 1997.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Ofício ao Conselho Nacional de Justiça. Acesso à informação do PJe. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oficio-oab-esclarecimentos-pje.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018. Com mais informações em

<<https://www.oabpr.org.br/cfoab-exige-transparencia-no-processo-judicial-eletronico-pje/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ofício ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Resposta ao pedido de acesso à informação do PJe. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/oficio\\_cnj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/oficio_cnj.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da pós-eficácias das obrigações. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Civil*. vol 1. Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. II Direito das Obrigações. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Notas para um estudo sobre os bens comuns. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, v. 8, n. 15, p. 480-491, jul.-dez. 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DE SÁ, Almeno. Relação Bancárias, Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil Brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Suplemento LXXVIII. p. 285-328. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prologo. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. Palestra proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizado em Curitiba, 04-07 out. 2004. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2022.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Contratos e Ordem pública. *Revista de Direito Bancário*. v. 10, n. 37, p. 339–340, jul./set., 2007.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo Mediante o Direito Civil-

Constitucional no Brasil. *EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*. V I, a. I, p. 28-31, jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em: 18/07/2018.

GALEANO, Eduardo. *O livro dos Abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2007.

GARCIA, Marcelo. Rocha da Minha Rocha. *Ciência hoje online*. 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://cienciahoje.org.br/rocha-da-minha-rocha/>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018; BELBRUNO, Edward; GOTT III, J. Richard. *The Astronomical Journal*, v. 129, n. 3, p. 1724-1745, mar. 2005.

GIERKE, Otto von. La función social del derecho privado. In: \_\_\_\_\_. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Trad. do alemão para o espanhol por José M. Navarro de Palencia. Granada: Editorial Comares, 2015.

GOMES, Orlado. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Marcos. *A posse como direito autônomo*. Teoria e prática no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

HALLIDAY, Alex N. Terrestrial accretion rates and the origin of the Moon. *Earth and Planetary Science Letters*, v. 176, Issue 1, 28 February 2000.

HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. Edição Kindle.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUGGETT, Nick. Zeno's Paradoxes. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/paradox-zeno/>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

INFOMET. Isto é Trombetas, onde a floresta range, uiva e chia. Disponível em: <<https://www.infomet.com.br/site/noticias-ler.php?bsc=ativar&cod=15264>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

ITALIA. *CODICE CIVILE*. Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. CHIAVES – dott. sa V. VIRZÌ, sotto la super visione del prof. Prof. P. G. MONATERI e la consulenza di Web editing del dott F. G. PIZZETTI, 2000. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/>>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo*: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em 10/05/2016.

\_\_\_\_\_. *Contratos Conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Para além da “principalização” da Função Social do Contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017.

\_\_\_\_\_. Princípios contratuais e exigência de Fundamentação das decisões: boa-fé e Função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016.

LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

LAGRANGE, Joseph-Louis de. Essai sur le probleme des trois corps. *Prix de l'Académie Royale des Sciences de Paris*, Tome IX, 1972. Disponível em: <[http://www.ltas-vis.ulg.ac.be/cmsms/uploads/File/Lagrange\\_essai\\_3corps.pdf](http://www.ltas-vis.ulg.ac.be/cmsms/uploads/File/Lagrange_essai_3corps.pdf)>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

LARENZ, Karl. Culpa in contraendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”. In: Fachin, Luiz Edson; Tepedino, Gustavo (org.). *Doutrinas Essenciais*: obrigações e contratos. V. III. Contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado: 1958.

\_\_\_\_\_. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. *Revista de Direito GV*. v. 2, n. 1, p. 55-64, jan-jun., 2006.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Meneses. *Direito das Obrigações*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo. Contrato e Mudança Social. *Revista dos Tribunais*, v. 722, a. 84, dez. 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil*. Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, a. X, n. 53, p. 17-21. ago./set., 2004.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 35, n. 139, julho/setembro 1998.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a Função Social do Contrato. *Revista de Direito GV*. v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, [S.I.], v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Desenvolvido por Infox. Apresenta relatório de implantação do PJe. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/92/750/file/PJe%20Conceitos%20Básicos%20-%20P2.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado De Direito Privado*. Parte Geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos. Atualizado por Otávio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias (org.); GUERRA, Isabella Franco (org.); NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, 2011, p. 351-423. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194/7970>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 1, maio 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I, 1972.

\_\_\_\_\_. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PARÁ. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Subseção Judiciária de Santarém. Processo nº 0004405-91.2013.4.01.3902, da 2ª Vara Federal de Santarém. Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2016/08/Sentença-2-anos.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. As “fórmulas mágicas” da boa-fé na jurisprudência brasileiro: um cenário de transferências culturais. In: FACHIN, Luiz Edson; CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; NALIN, Paulo (coord). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Suplemento XIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1966.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.

PINTO, Paulo Mota. Notas Introdutórias. p. XIV. In: JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados a perfeição*. Trad. de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

PÚBLICA. A guerra secreta pela bauxita. Disponível em: <<https://apublica.org/2016/08/a-guerra-secreta-pela-bauxita/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

RENNER, Karl. *Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Giuridica*. Un contributo alla critica del diritto civile. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1981.

RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do Contratos*. Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 35. Coimbra, 1992.

\_\_\_\_\_. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. O contrato hoje: funções e valores. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, Antonio José Avelãs (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8, da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578\\_2008-06-04](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=200651015041578_2008-06-04)>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

RIO GRANDE DO SUL; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0058303884, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 19 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924)>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0058303884, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 19 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924)>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

RIO GRANDE DO SUL; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0058303884, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 19 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058303884&ano=2014&codigo=671924)>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RUDORFF, Bernardo Friedrich Theodor; MOREIRA, Maurício Alves. *Sensoriamento remoto aplicado à agricultura*. São José dos Campos: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE, 2002. Disponível em: <[http://mtc-m12.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/sergio/2005/06.14.13.14/doc/CAP9\\_MAMoreira.pdf](http://mtc-m12.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/sergio/2005/06.14.13.14/doc/CAP9_MAMoreira.pdf)>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9081288-70.2007.8.26.0000, da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 28 de agosto de 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=6646824&cdForo=0>>. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMIDT, Jan Peter. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis (Ten Years Article 422 Código Civil – Highlights and Lowlights in the Application of the Principle of Good Faith in Brazilian Court Practice). *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, V. 32, No. 2, pp. 34-47, 2014.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito de Família. In: *Família e Dignidade – Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2005, Belo Horizonte Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/6.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf).

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Robson Andrade de. O jogo da ficção e da realidade em Dom Quixote de La Mancha. *Revista de Letras*. v. 9, n. 2, a. IX, dez., 2001.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função Negocial e Função Social do Contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. v. 54, p. 65-98, abr., 2013.

SUASSUNA, Ariano. *O auto da compadecida*. 36ª ed. Ilustrações de Rogério de Andrade Lima. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Os Efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003.

\_\_\_\_\_. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 19-30, out./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Editorial: Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p. 11-14, jan./mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In.: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (org.); FACHIN, Luiz Edson (org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro. v. 46. p. 41-51. janeiro/abril 2015.

\_\_\_\_\_. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Os direitos reais no Código Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira; SMOLIN, Less. *The singular universe and the reality of time: a proposal in natural philosophy*. London: Cambridge University Press, 2015. Edição Kindle.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em Geral*. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

WEIER, John; HERRING; David. Measuring Vegetation. NASA. *Earth Observatory*. Disponível em: <<https://earthobservatory.nasa.gov/features/MeasuringVegetation>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

\_\_\_\_\_. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.