
DOCTRINA

2014

Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé¹

Hugo Cremonex Sirena²

RESUMO: As relações contratuais, sob a acepção clássica, fundam-se na vinculação pautada pela autonomia da vontade, o que, verdadeiramente, se mostra insuficiente à explicação da origem de grande parte dos liames contratuais mantidos hodiernamente. Há hipóteses concretas em que se vinculam contratos sem a expressa manifestação volitiva ou, mais além, mesmo com a vontade externada em sentido contrário à formação do contrato. Tais relações não são explicáveis pela teoria tradicional do contrato, mas, sim, a partir de uma nova perspectiva adotada para o estudo deste instituto jurídico: o reconhecimento das relações contratuais de fato derivadas do *contato social*. A complexidade e a dinamicidade das relações na sociedade contemporânea fazem sucumbir a íntima relação que existia

1 Texto adaptado a partir de trechos de dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada “Do contrato ao contato: um estudo sobre as relações contratuais de fato”. Curitiba, 2013.

2 Advogado Sócio Fundador da Mattos, Osna & Sirena Sociedade de Advogados. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Licenciado em Letras Português/Inglês pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor de Direito Civil do Centro Universitário Uninter.

entre as figuras do contrato e da vontade. Portanto, é preciso reconhecer novos contornos conceituais e substanciais a este indispensável instituto jurídico, principalmente a partir da incidência fundamental do princípio da boa-fé como norteador das relações interprivadas.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé; relações contratuais de fato; autonomia da vontade; contrato pós-moderno

1. Introdução

A missão do Direito é a de *servir a vida*. É a partir dessa constatação, truísta ao primeiro olhar, que António Pinto Monteiro desenvolve, de forma sóbria e bem amarrada, um quadro evolutivo do Direito, voltado especificamente ao âmbito do Direito Privado, ou, ainda mais especificamente, às *cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*³.

A ciência jurídica, como construção humana, surge como um sofisticado mecanismo de pacificação dos problemas concretos da vida real, modificando-se e renovando-se juntamente com as modificações e renovações experimentadas pela própria sociedade. Ainda que experimentando as mesmas alterações, entretanto, é certo que o Direito está sempre um passo atrás da evolução social, posicionando-se continuamente em um momento anterior ao atual *momento social*.

O progresso do Direito pode ser marcado por algumas fases históricas, que, embora não totalmente estanques e dispostas em uma escala evolutiva linear, podem ser assim apresentadas, ainda que para fins meramente didáticos. Neste trabalho, marcar-se-ão tão somente dois desses momentos, que, em verdade, convencionou-se denominar *eras*: a era da codificação e a era da microssistematização.

3 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. Introdução: “o problema e as suas coordenadas jurídico-sociais”.

Reduzindo a pesquisa, propositalmente, ao plano espaço-temporal da Europa do início do século XIX até os presentes dias, cuja análise, conseqüentemente, trará à tona a lógica jurídica imperante no Brasil, haja vista a hereditária relação mantida por esta em relação àquela, é certo que o Direito foi uma ciência reconhecidamente reduzida aos Códigos.

O *Code* Napoleônico e o BGB, concebidos como os legítimos representantes da fase eminentemente codificad(or)a da ciência jurídica, traduziram, na sua essência, uma tendência do Direito da época que considerava possível contemplar e prever todas as circunstâncias da vida por meio de poucos e genéricos enunciados normativos. Nesta fase, que experimentou o seu auge na sociedade europeia do século XIX, a ordem era a de que quanto mais perene e imutável fosse um Código, melhor ele era; quanto mais universal e abrangente, com melhores olhos se lhe via.

A lógica das grandes codificações era a de que a sistematização legislativa guardava em si uma perfeita coerência, com a total ausência de antinomias e suficiente em seus próprios limites. A corrente positivista, justificada por um Estado ausente, *não interventor*, contemplava na codificação uma autojustificação à sua legitimidade: a lei bastava em si, não havendo que se conceberem inconsistências, lacunas ou imperfeições de qualquer natureza no sistema normativo⁴.

A codificação era de tal forma autossuficiente⁵ que, em pilhéria

4 Nas palavras de Paolo GROSSI, extraídas da lição de Michel de Montaigne, a máxima imperante neste período era a de que “as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis”. *In.: Mitologias jurídicas da modernidade*, p. 43.

5 Para uma dimensão mais palpável da ideia de *completude* e *autossuficiência* das grandes codificações, vide PATTI, Salvatore. *Diritto Privato e Codificazioni Europee*, especialmente item 2 (*Tradizione civilistica e codificazione*) do capítulo I (*Tradizione Civilistica e Codificazioni Europee*).

passagem reproduzida por diversos autores, diz-se que, ao receber a notícia de que haviam publicado o primeiro *Comentários ao Code*, Napoleão teria exclamado: “*Mon Code est perdu*”⁶.

Gradativamente, porém, viu-se que a concepção de imutabilidade e impermeabilidade da ordem jurídica não mais conseguia se justificar. As mudanças históricas e econômicas passaram a reclamar a criação de um “direito *vivo* e permanentemente *aberto* aos novos valores e necessidades sociais”⁷. O Direito que era *factum* passou a ser *in fieri*, buscando se aproximar, ainda que de forma tímida, à realidade concreta do cotidiano. Nesse sentido, se a ciência jurídica é uma criação artificial do homem para resolver o que há de mais natural no ser humano, qual seja, o conflito social, é certo que ela deve estar em uma constante evolução, em um incansável redefinir-se, atendendo, sempre, às circunstâncias sociais em que está inserida.

Assim, a era das codificações acabou por dar lugar à eferescência dos *microsistemas*^{8 9}. O que se viu foi uma verdadeira “revolta dos factos contra

6 Nesse sentido, vide COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*, p. 66.

7 PINTO MONTEIRO, A. *Cláusulas limitativas...*, p. 31.

8 Com relação a esse tema, emblemática é a obra de IRTI, Natalino. *La Edad de la Descodificación*.

9 Neste ponto, cabe estabelecer um diálogo bibliográfico entre a obra supra citada de Natalino IRTI e a *Codice Civile e Società Politica*, do mesmo autor. Em que pese o presente estudo destaque a posição histórica apresentada pelo autor, nesta última obra há uma clara revisão de seu pensamento, a partir da adoção de novas premissas, antes refutadas. De qualquer sorte, faz-se imperioso destacar o posicionamento do autor quanto à manutenção da unidade do sistema: ainda que haja uma eferescência legislativa, fruto direto do processo de *descodificação* no ordenamento jurídico, é preciso garantir a unicidade sistêmica do ordenamento, a partir do papel central da Constituição Federal: “*i principi unificanti, capaci di integrare i gruppi e di stringere insieme i singoli, sono custoditi e difesi nelle norme costituzionali; il codice civile può ben cedere il primato, ed intorno ad esso formarsi ed agitarsi la pluralità dei micro-sistemi. La Costituzione prende su di sé l’onere della*

os códigos”¹⁰, que acabavam por sucumbir em sua própria inconsistência. Não se está, aqui, a decretar a extinção da legislação codificada, até mesmo porque fazê-lo seria negar a própria natureza do sistema normativo, que, embora gradativamente remodelando-se, ainda os mantém vigente em quase todos os sistemas de herança da *civil law*¹¹. Pelo contrário, então, o que se está a constatar é um movimento que já era sinalizado por Orlando GOMES desde a segunda metade do século passado, para quem o grande Código (ou, no exemplo adotado pelo autor, especificamente o Código Civil) “funciona agora como direito residual, a reger unicamente os casos não-regulados nas leis especiais, tendo perdido a sua função de direito comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares”¹².

Ao que se vislumbra, os *microsistemas* surgem, então, para suprir a necessidade de preencher uma lacuna deixada pela lógica das grandes codificações: legislar para o sujeito concretamente concebido, superando-se os regramentos impessoais, de pretensão universalista. Efetivamente, há

garanzia e la responsabilità dell'unità. La 'decodificazione' del diritto civile trova compenso nella 'costituzionalizzazione' dei valori collettivi.” In.: Codice Civile e Società Politica, p. 07.

10 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da Posição Contratual*, p. 09.

11 Esse fenômeno de *descodificação* traz imbricado, em si, não a lógica de superação da vigência da legislação positivada, mas, sim, a de adequabilidade do sistema legal à ordem social afeta. Nesse sentido, cabe pontuar que “*somente um louco poderia pensar em prescindir da presença de normas imperativas gerais ou mesmo de Códigos. O que não precisamos, ao invés, é do instrumento pernicioso que se constitui em leis e Códigos que, com a minúcia de uma pormenorizada regulamentação da vida econômica e social, correm o risco de permanecer letra morta no momento seguinte à promulgação, por serem rejeitados pela comunidade dos utentes ou, pior ainda, terminam por amordaçar as comunidades, impedindo-as de se expressarem segundo o desenvolvimento do costume e a evolução das realidades econômicas e das ordens sociais.*” In.: GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas...*, p. 98.

12 GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, p. 47.

quem não veja com bons olhos essa tendência de *inflação legislativa*¹³, até mesmo porque, em tese, diferentes (micro)sistemas normativos acabariam por tratar de forma desigual e aplicar de maneira disforme um mesmo instituto jurídico¹⁴. Seja como for, esta parece ser uma tendência (salutar ou não) cuja evolução não se pode negar.

A fluidez das relações hodiernas fez com que o Direito evoluísse na proteção dos indivíduos. Entretanto, de forma paradoxal, parece que essa evolução significou, exatamente, um retrocesso (nada negativo) do sistema jurídico. Ou seja, o complexo¹⁵ sistema relacional interprivado clamou da atividade legislativa a garantia de uma maior segurança aos sujeitos, considerados, agora, em suas particularidades cotidianas. Sendo assim, a vanguarda do Direito, entendida, aqui, no seu âmbito legislativo e, principalmente, no contexto da prestação jurisdicional, foi a de dar um passo

13 A expressão original, citada por autores de vários idiomas (e.g., A. PINTO MONTEIRO. *Cláusulas limitativas...*, p. 14) é de Renè SAVATIER, em seu *L'inflation législative*. Ver, também, *legislative inflation* e *l'inflazione legislativa*.

14 A respeito do tema, tratando-se, de forma exemplificativa, acerca do disciplinamento desigual dado ao instituto da *responsabilidade limitada* em diversos âmbitos normativos, vide GONÇALVES, Oksandro. *A Relativização da Responsabilidade Limitada dos Sócios*, especialmente cap. 04.

15 Por complexo quer-se referir à realidade das relações sociais imersas, via de regra, em situações de pluralidade subjetiva, transitoriedade e efemeridade dos vínculos, instantaneidade de cumprimento e inexigibilidade de forma. Em que pese não ser de todo compatível à teoria da complexidade de Edgar MORIN, dado se adequar esta mais ao campo da filosofia da ciência e menos à proposta jurídico-crítica ora esboçada, o filósofo apresenta uma definição de complexidade que parece ser adequada ao conceito ora proposto, devendo ser amalgamada a todas as ocorrências deste termo aqui lançadas: entende-se por complexidade “o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal”. Nesse sentido, o *tecido da complexidade* “(...) apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem no caos, da ambigüidade, da incerteza”. *In.: Introdução ao pensamento complexo*, p. 19.

atrás e, de alguma forma, conceder maior estabilidade às relações sociais.

Estritamente no âmbito do Direito Civil, os fenômenos de despatrimonialização e repersonalização traduzem bem essa nova postura assumida pelo sistema jurídico¹⁶. Da mesma forma, as hipóteses de revisão contratual encartadas no Código Civil também apontam para essa direção. Indo além, a ebulição dos *microssistemas jurídicos*, a (super)proteção consumerista optada pelo ordenamento, a elevação dos interesses do empregado, para o fim de tentar equiparar a relação traduzida no contrato de trabalho, são alguns dos exemplos que também corroboram o que aqui se está a mencionar.

O que se tem, portanto, é uma readequação dos limites e das fontes do Direito. Se, pela máxima popular, *a necessidade também legisla*, foi exatamente esta necessidade que fez alterar toda a lógica por detrás da produção legislativa. E, particularmente para o objeto do estudo que ora se inicia, o Direito Civil não ficou alheio a essas modificações.

Os movimentos de repersonalização e despatrimonialização da lógica jurídica privatista, a funcionalização dos seus institutos basilares e a releitura sistêmica pela ótica constitucional são apenas algumas das inovações vividas pelo Direito Civil nos últimos tempos. E, especificamente no que tange ao instituto dos contratos, a alteração experimentada por essa figura foi de uma ordem ainda mais significativa: o conceito basilar da relação contratual, segundo o qual esta seria definida como acordo de vontades como expressão máxima da autonomia privada, é, agora, posto à prova. Já se admite a *celebração* de contrato, ou melhor, a vinculação de natureza contratual entre sujeitos pela simples realização de condutas

16 Vê-se, nessa perspectiva, uma redimensionalização do próprio conceito de Direito, o qual deixa de ser um *universo de normas e sanções*, alheios à lógica socioeconômica vigente, para significar um *ordenamento*, capaz de “*prestar contas com a realidade subjacente (...), possuindo, desse modo, o significado de iniciar a tentativa de recuperação da complexidade, da complexa riqueza do universo jurídico.*” In.: GROSSI, P. *Mitologias jurídicas...*, p. 73.

típicas, mesmo que haja expressa negativa na pretensão de atrelamento com características de contrato.

Aos poucos, portanto, “o contrato, como ‘instrumento de mediação social’, estende-se a situações que logicamente o rejeitam, como nas relações contratuais de fato, nas relações entre o Estado e o indivíduo, nas concessões para o exercício de um serviço público ou para a realização de prestações de primeira necessidade”¹⁷. E tal se deve, fundamentalmente, a justificativas de duas ordens: primeiro, porque a própria racionalidade fluída das relações cotidianas exige uma reformulação das relações contratuais (como exemplo típico têm-se os contratos derivados do tráfego de massa), e, em segundo lugar, porque o Direito passa a considerar (e a proteger) o cidadão, antes indiferenciado, na condição de sujeito qualificado e concreto, carente de necessidades, inserido em cotidianos complexos, de relações mais intrincadas ainda.

E esse ponto merece uma análise mais pormenorizada: é preciso reconhecer, na atualidade, a existência de relações contratuais que não se enquadram na tradicional definição de contrato trazida pelo ordenamento, demonstrando-se de que forma o *contato social* pode fazer surgir contratos alheios à chancela (até então indispensável) da autonomia privada. E essa é uma incumbência da teoria das *relações contratuais fáticas*: a corrente doutrinária que concebe a possibilidade de se formarem relações contratuais mesmo sem a expressão da manifestação de vontade dos contratantes, e, indo mais além, até mesmo de existirem contratos em detrimento da inequívoca vontade contrária de celebração pelos indivíduos.

A explicação para tal concepção estaria no que Karl Larenz¹⁸ denominou *condutas socialmente típicas*, ou seja, comportamentos que, de

17 GOMES, O. *Novos temas...*, p. 08.

18 Nesse sentido, vide LARENZ, K. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfego e “contato social”. In.: *Revista de Direito Privado* pp. 343-354; e, também, do mesmo autor, *Derecho de Obligaciones*, v. 1.

per si, seriam suficientes a ensejar uma vinculação de natureza obrigacional, deixando-se a expressão da vontade em um segundo plano ou, até mesmo, totalmente desconsiderada. Essa nova conjuntura contratual é derivada, fundamentalmente, da efemeridade e do dinamismo de que está dotada a maioria das relações sociais do dia a dia (especialmente as de ordem contratual), cujos vínculos essenciais já não podem mais ser explicados pela mera consideração de se haver (ou não) expressão da vontade autônoma entre os indivíduos, agora contratantes.

E esse é o ponto central do estudo que ora se inicia: de que forma se constituem as relações contratuais de fato, a partir da concepção inicial das condutas sociais típicas construída pela doutrina. Além disso, procurar-se-á esmiuçar esse tema sob a óptica da aplicação indispensável do princípio da boa-fé às relações contratuais, quer de natureza *volitiva*, quer de origem *fática*.

2. As condutas sociais típicas como fontes de relações contratuais

Para que possam ser analisadas as relações contratuais de fato, é preciso estabelecer algumas premissas basilares que permitem considerar a sua existência. E a primeira delas está em considerar os contratos como institutos concebidos sob um viés *objetivo*. Explica-se.

A volatilidade e a fugacidade das relações sociais hodiernas estão atreladas a uma leitura dos contratos que leve em consideração mais o ponto de vista da atividade exercida do que propriamente da vontade manifestada pelos contratantes. A configuração de um contrato e, conseqüentemente, a possibilidade de ser tutelado pelo ordenamento jurídico como, verdadeiramente, um liame de natureza contratual, está no conjunto de características exigidas pelo *tráfego social* que define os contornos contratuais de uma relação jurídica, e não na intencionalidade da conduta efetivada por seus partícipes.

Sob esse ponto de vista, não é a (manifestação de) vontade que define a natureza contratual de uma relação jurídica¹⁹. Objetivamente, “o contrato, como baluarte das relações jurídicas patrimoniais, deve ser entendido como atividade, isto é, como coordenação objetiva de atos ou comportamentos deflagrados por centros de interesses”²⁰. Isso quer dizer, portanto, que são as condições do tráfego social, chanceladas pelos comportamentos objetivamente considerados segundo valores²¹ do ordenamento jurídico, que definem um contrato como tal. Deixa-se de lado o aspecto volitivo do

19 Nessa lógica, a desvinculação “*prima facie*” dos conceitos de contrato e vontade não traduz uma incongruência total entre ambos. Pelo contrário, ainda que se tomando por base a teoria ora utilizada, segundo a qual as concepções de contrato e negócio jurídico não são de todo confundíveis, há relações contratuais em que o aspecto volitivo (negocial) está marcadamente presente, configurando-se, portanto, contratos com negócio jurídico *fundante*. Entretanto, a observação que ora se faz é, exatamente, para destacar a possibilidade de haver contratos desvinculados da lógica negocial da vontade, considerados a partir da concatenação de atos do cotidiano, cuja relevância e valoração são dotadas pelo próprio ordenamento jurídico, que reveste de natureza contratual condutas sociais típicas. O negócio jurídico se mantém como legítima fonte de relações contratuais, mas não apenas a única – os comportamentos socialmente relevantes e típicos também alcançam esse *status*.

20 SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 15.

21 É preciso que se faça uma breve consideração neste ponto, para que não soem incompatíveis as ideias aqui defendidas de *objetividade* e *valoração*. Quando se fala em contrato reconhecido sob o ponto de vista *objetivo*, tal quer significar, apenas, o desprendimento da lógica volitiva inerente à tradicional definição das relações contratuais, ou seja, passa-se a dar ênfase ao exercício das atividades cujos contornos contratuais são assumidos pelo próprio ordenamento (verdadeiramente, estabelece-se a dicotomia clássica entre objetividade e subjetividade, entendida esta sob o viés da vontade individual). A qualificação das condutas como de caráter contratual, ainda que a partir de uma análise axiológica, não destoa, portanto, da lógica objetiva do contrato, quer porque a valoração é feita pelo próprio legislador, ao dotar determinadas atividades (socialmente relevantes) de natureza contratual, quer, finalmente, porque a intencionalidade dos *contratantes* é prescindível ao estabelecimento de vínculos genuinamente contratuais.

vínculo para pautar a análise sob o ponto de vista da concatenação dos atos praticados pelos (agora) contratantes.

A tendência *objetivadora* do contrato, decorrente do dinamismo social, que minguiu a importância da vontade na composição das relações jurídicas, leva em conta a noção de que “certos comportamentos, ainda que possam ser aferidos como declaração, se correspondentes entre si podem ser objetivamente valorados, pelo que a correspondência ou coordenação dos comportamentos deverá ser reconhecida como relação jurídica contratual, na qual se inserem as noções de direito, obrigações e responsabilidades”²². O fato constitutivo dessas relações contratuais *objetivas* “não é propriamente o contrato, mas sim o contato social estabelecido entre as partes, ao qual a lei atribui valor de fonte de relação e das respectivas obrigações e responsabilidade”²³; dito de outro modo, as relações contratuais de fato não derivam de um contrato (tradicionalmente concebido, em que o aspecto da declaração volitiva é requisito *sine qua non* à constituição do vínculo), “mas de um complexo de circunstâncias e comportamentos – o contato social – que tomam o lugar do contrato”²⁴. É esse aspecto objetivo que ganha relevância e atua como fator de definição dos contornos conceituais do contrato que ora se vislumbra.

A segunda premissa necessária ao estudo das relações contratuais fáticas está relacionada à imprescindível (porém, ainda reticente²⁵)

22 SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 17.

23 ROPPO, E. *O contrato*, p. 304.

24 ROPPO, E. *O contrato*, p. 304.

25 A maciça doutrina ainda reconhece o contrato como espécie do gênero negócio jurídico (bilateral). Entretanto, já há vozes que promovem esses desvencilhamento, qualificando este – negócio jurídico – como instituto subjetivo (atrelado à manifestação de vontade dos partícipes) e aquele – contrato – como atividade objetiva (coordenação de centros de interesses). Nesse sentido, a obra emblemática de J. P. da SILVA intitulada *Contratos sem negócio jurídico*. No mesmo sentido vão os ensinamentos de Renato

desvinculação entre os conceitos de contrato e de negócio jurídico.

A complexidade das vinculações mantidas na sociedade dos dias atuais demanda uma releitura do instituto contratual, na medida em que a sua definição pautada no “negócio jurídico bilateral”, dependente de, “no mínimo, duas declarações de vontade, visando a criar, modificar e extinguir obrigações”²⁶, não explica muitas das relações estabelecidas no dia a dia. Se, verdadeiramente, os contratos fossem estritamente pautados na vinculação volitiva entre sujeitos, como explicar a validade do fato²⁷ de um menor, absolutamente incapaz, tomar o uso de um transporte coletivo para se locomover até a sua residência? Ou como reconhecer a expressão de vontade do consumidor que recebe, em sua casa, serviços públicos de energia elétrica e de esgoto mesmo sem jamais ter formalizado, efetivamente, qualquer tipo de negociação com o Poder Público? Ou, ainda, como validar relações contratuais mantidas por sociedades *de fato*, ainda não regular e juridicamente constituídas, impossibilitadas, portanto, de expressar a sua *vontade institucional*?²⁸

SCOGNAMIGLIO, em seu *Contratti in generale*, p. 7.

26 WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*, p. 188.

27 Observe-se que, aqui, faz-se referência à explicação acerca da *validade do fato* e não ao fato em si, o qual não é juridicamente explicável (ou melhor, é *autoexplicável*). Busca-se reconhecer os contornos da *juridicidade* do fato e não a sua conceituação ontológica estrita.

28 Em todos esses exemplos o que há é uma manifesta ausência de vontade, a qual, entretanto, não parece comprometer a vinculação contratual entre os partícipes de cada relação. E a justificativa para isso, nos termos ora apresentados, está no aspecto objetivo da relação, qual seja, a conduta praticada pelos (agora) contratantes. Salutar doutrina qualifica tais condutas como “condutas expressivas” (*conducta expresiva*) ou “conduta negocial” (*conducta negocial*), expressando a exata dimensão e a relevância de que tais comportamentos são dotados. Vide CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*, p. 66. O autor, neste particular, destaca a intenção do contratante de alcançar determinado *resultado social*, o qual é recepcionado pelo Direito como relação contratual:

Esses questionamentos, como alguns poucos exemplos da gama de situações que se quer abordar no presente estudo, demonstram a imperiosidade do desprendimento entre os conceitos de contrato e negócio jurídico. Enquanto este pressupõe a expressão volitiva qualificada, estritamente encaminhada à constituição de efeitos jurídicos de caráter negocial, os contratos podem ser formados a partir de mera concatenação de atividades e centros de interesses, independentemente do direcionamento volitivo dado. Isso quer dizer, em uma palavra, que determinadas condutas humanas, porque relevantes à sociedade e porque vinculantes a outros sujeitos, carregam em si carga axiológica (reconhecida pelo próprio ordenamento) suficiente a constituir vínculos de natureza contratual²⁹.

Neste ponto, há de se ressaltar a circunstância de que o reconhecimento da figura do contrato independentemente de negócio jurídico que o fundamente não traduz a ideia de incompatibilidade total entre tais institutos. Há, por óbvio, situações em que as figuras do contrato e do negócio jurídico se confundem (e.g., uma compra e venda de objeto lícito, realizada entre pessoas capazes, em que um se obriga a entregar o

o agente age e o Direito qualifica a ação praticada como se contratual fosse, superando a ausência de expressão volitiva (aqui, faz-se imperioso destacar a distinção entre *contrato* e *negócio jurídico*, já tratada – vide n. 17, acima).

29 Em verdade, toda ação humana pressupõe, em si, uma vontade. Entretanto, no âmbito do contrato sem negócio jurídico, esta vontade se restringe à própria intencionalidade na realização da conduta, enquanto, no negócio jurídico, ao contrário, o aspecto volitivo é estritamente canalizado à obtenção de efeitos jurídicos puramente negociais. Nesse sentido, tem-se, portanto, que “a principal distinção entre vontade negocial e contratual revela-se no instrumento de imputabilidade da carga obrigacional. A vontade negocial já imputa, por si, vínculo obrigacional ao manifestante, mas no que tange à vontade contratual, a imputação obrigacional dependerá da causa da atividade, do contrato. Desse modo, se existir vontade para o exercício da atividade e se a atividade for dotada de causa socialmente admitida, estaremos diante de um verdadeiro contrato, ainda que ausente o negócio jurídico, de tal maneira que não se poderá duvidar da natureza da obrigação decorrente do vínculo jurídico: a obrigação será contratual.” (SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 80).

bem, enquanto o outro se compromete a pagar o preço). Entretanto, os contornos dessa diferenciação servem, exatamente, para trazer à tona as situações não contempladas por essa compatibilidade entre os institutos; fundamentalmente, busca-se reler os limites da conceituação clássica do contrato (e, por consequência, do negócio jurídico) para reformular as fontes contratuais atualmente reconhecidas pelo ordenamento.

Finalmente, a terceira premissa está na adoção de uma teoria restritiva do contrato, intimamente ligada à diferenciação traçada na premissa anterior.

Para essa teoria, haveria uma legítima “correspondência entre o domínio negocial e a consciência declarativa, preenchida ainda por uma vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos”³⁰. Ou seja, o aspecto volitivo seria elemento próprio de existência do negócio jurídico, desde que considerada a vontade manifestada espontaneamente ou presumida pelo ordenamento, e qualificada pelo direcionamento negocial. Refere-se à qualificação negocial dos comportamentos exatamente para traduzir que as declarações de vontade só podem ser encaradas sob este viés se, “além de guardarem correspondência com as normas e valores do ordenamento jurídico, estiverem inseridos em um contexto de informações e circunstâncias tais que permitam a formação da vontade e a sua posterior declaração”³¹. É exatamente pelo fato de restringir o alcance do conceito de negócio jurídico é que esta teoria permite “a possibilidade de constituição de relação jurídicas do tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais”^{32 33}.

30 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, p. 40.

31 SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 30.

32 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*, p. 555.

33 É dentro desse contexto que se inserem as relações contratuais fáticas

À teoria restritiva do negócio jurídico se opõe a teoria extensiva, para a qual haveria de se considerar a existência de vínculos negociais derivados da *legítima expectativa* dos negociantes, bem como da confiança estabelecida entre as partes. Dentro desta lógica, as condutas praticadas pelos sujeitos carregariam, em si, a pressuposição da carga axiológica inerente às atividades humanas, ainda que não voltadas estas à efetiva conclusão de um liame de ordem negocial. Desconsidera-se, portanto, o *direcionamento voluntário da conduta*³⁴.

A utilização dessas premissas deve ser justificada como forma de viabilizar o estudo e a exegese das relações contratuais de fato. Mais do que apenas enfrentar o tema sob o ponto de vista descritivo-conceitual deste dispositivo, o plano de fundo do presente trabalho está, essencialmente, na busca pelo elastecimento das fontes contratuais. Pretende-se, ao final, ter dado ênfase e chamado a atenção à necessidade de se proporcionar maior destaque acadêmico às relações socialmente típicas, tão comuns na sociedade hodierna tal qual a atualmente vigente, lançando-as à luz da superação desta zona cinzenta em que se inserem.

Verdadeiramente, quer-se romper com o formalismo legislativo,

derivadas de contato social. Ou seja, é preciso adotar esta teoria restritiva do negócio jurídico para que, uma vez desvinculados os conceitos de negócio, contrato e vontade, se possa admitir a existência de relações contratuais que não derivam diretamente de contratos tradicionais (“*acordos de vontade*”).

34 Para C. F. de ALMEIDA, “se as doutrinas restritivas procuram uma fonte alternativa para o negócio jurídico, as doutrinas extensivas procuram uma fonte alternativa para a vontade (a confiança, a responsabilidade, a compreensão)”. Em outras palavras, utilizando-se dos ensinamentos do mesmo autor, para a teoria extensiva, “a declaração negocial é uma manifestação de vontade privada dirigida à criação de efeitos jurídicos, mas a declaração de vontade existe também quando falte a vontade dos efeitos jurídicos e mesmo uma consciência da declaração, porque o fundamento dos efeitos jurídicos não é a vontade, ou não é só a vontade. Imprescindível é apenas a vontade natural do acto.” (*Texto e enunciado...*, pp. 53 e 54).

destacando uma inequívoca *lacuna* presente no sistema jurídico pátrio, cuja disciplina se faz imprescindível estabelecer (não necessariamente a partir de uma reformulação legislativa, mas, sim, por meio de uma nova postura hermenêutica frente à norma jurídica). Exatamente pelo fato de o ordenamento não se resumir (e reduzir) ao campo legislativo, as condutas socialmente típicas também clamam por uma proteção jurídica que transcenda a parca previsão das *condutas legislativamente típicas*³⁵.

3. Os contornos conceituais e a exigibilidade dos *contratos fáticos*

Gradativamente, demonstra-se que as relações contratuais tanto podem derivar de um *contrato* tradicional (proveniente das *clássicas* manifestações de vontade direcionadas a conclusão de um vínculo interprivado – um legítimo negócio jurídico, composto de proposta, negociações e aceitação) quanto de condutas objetivas e acontecimentos socialmente típicos, aos quais o ordenamento jurídico atribui efeitos (também jurídicos) especificamente contratuais. Entretanto, a grande dificuldade está, exatamente, em demarcar tais *condutas* e tais *acontecimentos*. Ou seja, a pedra de toque (e, ao mesmo tempo, o problema) da teoria da relação contratual fática é explicar o que faz uma conduta objetiva, em tese desprovida de natureza contratual, passar a ser encarada pelo ordenamento como tal; em outras palavras, faz-se preciso questionar quais são as características que determinada atividade deve conter para que, mesmo

35 “Parte-se do princípio de que as situações geralmente incluídas entre os comportamentos sociais típicos não podem ser cobertos nem pelas regras da responsabilidade civil (porque poderá inexistir um dano) nem do enriquecimento sem causa (porque não haveria meio de determinar a medida do enriquecimento e do empobrecimento) nem pelo princípio da boa fé, porque esta não é fonte de obrigações mas critério do seu desenvolvimento. Uma qualificação negocial não passaria de ficção, por faltar a vontade e até a consciência da declaração. Haveria então uma lacuna, cujo preenchimento se resolveria pela aplicação analógica do regime dos contratos.” (ALMEIDA, C. F. de. *Texto e enunciado...*, p. 30).

sem um negócio jurídico volitivo fundante, ganhe *status* contratual.

O centro das atenções do presente estudo está nas relações contratuais de fato, ou seja, nos contratos derivados do enlace intersubjetivo alheio ao aspecto volitivo dos partícipes – relações contratuais derivadas de condutas típicas e objetivas dos contratantes, sem a vinculação derivada de vontade. Tais liames, com características contratuais atribuídas pelo próprio ordenamento jurídico, mostram a relevância de se reconhecer haver outros elementos de fixação no mundo social, além do direito. Todos esses elementos atuam sobre a atividade dos indivíduos, processando-se uma estruturação, um tipificar-se de condutas, na qual a vontade individual, em virtude da objetivação decorrente de incidência daqueles fatores sociais vai passando para o segundo plano. Em outras hipóteses, o resultado se supõe tão obviamente desejado, a ponto de ensejar, embora pareça paradoxal, que não se pesquise sua existência. São os atos absolutamente necessários à vida humana³⁶.

A relevância de tais vínculos, bem como a sua imprescindibilidade e recorrência na vida social cotidiana, portanto, parecem ter sido os principais responsáveis à elevação do *status* de determinadas relações fáticas em legítimos contratos (fáticos), ainda que desprovidas de vontade (negocial)³⁷. Apesar da explicação acerca da justificativa pela qual o

36 COUTO E SILVA, C. *A Obrigação...*, p. 78.

37 Ilustrativamente, caso ainda se fosse considerar a umbilical (e clássica) relação entre contrato e vontade, ter-se-iam problemas em explicar relações triviais do cotidiano, já mencionadas anteriormente: **i)** um menor impúbere, que pretende tomar uma condução pública para ir à sua casa, não poderia celebrar contrato com a prestadora de serviço público, exatamente por lhe faltar o aspecto volitivo – assim, além de não se promover a devida proteção às partes relacionadas (especialmente ao menor, presumivelmente a parte mais vulnerável da relação), haveria um hiato do ponto de vista da (natureza da) responsabilização por eventuais danos. Ainda, em tese, não haveria mecanismo suficiente a se exigir da prestadora de serviços um transporte de qualidade, com o necessário zelo e preservação da integridade do usuário; **ii)** a prestação de serviços de energia elétrica e esgoto, por exemplo,

ordenamento reconheceu os efeitos obrigacionais em relações sem negócio jurídico (volitivo) fundante, tal não é suficiente para definir quais são os requisitos que uma conduta (objetiva) socialmente relevante deve preencher para ser alçada à esfera contratual.

A primeira teoria que busca explicar esse impasse é apresentada (e rebatida) por Karl Larenz. Para o autor, determinado segmento da doutrina estaria inclinado a aceitar a tese do contrato fático a partir da observância ao *dever de segurança do tráfico*³⁸, segundo o qual, por exemplo, com a entrada em um estabelecimento comercial de determinada pessoa, “o dever do tráfico, até então existente frente a todos, transforma-se em um dever obrigacional concreto frente a esses partícipes, para cuja execução o proprietário da loja ou do restaurante se serve de todas as pessoas empregadas, de forma que ele precisa responder pela culpa dessas”³⁹.

Ora, considerar tal circunstância seria o mesmo que dizer que “o dever geral de se portar com cuidado no trânsito se transforma, no momento no qual um partícipe penetra na área de perigo de outro, em um dever obrigacional concreto frente a este”⁴⁰. Ou seja, o equívoco de tal tese, que

também não seria explicável em vista da ausência de uma manifestação conclusiva acerca da intenção de se *contratar* tais serviços; **iii**) as sociedades *de fato*, ainda ausentes de constituição jurídico-formal, não poderiam atuar no mercado, eis que impossibilitadas de manifestar uma *vontade* institucional que lhe possa vincular *contratualmente*.

38 Para o fim de privilegiar a consagração do uso, utiliza-se, apenas neste momento, a expressão “dever de segurança do tráfico”, fazendo menção à tradução do texto de K. LARENZ para a língua portuguesa. Entretanto, afora as citações diretas em que o termo “tráfico” é expressamente mencionado, lançar-se-á mão, como já feito anteriormente, do termo “tráfego”, por se reputar ser mais adequado à ideia nele imersa, qual seja, as trocas, relações e transações mantidas no cotidiano. Assim, para que não haja entendimentos equivocados, todas as citações de “tráfico” devem ser entendidas sob a conceituação de “tráfego”, indistintamente.

39 LARENZ, K. Culpa in contrahendo..., p. 347.

40 LARENZ, K. Culpa in contrahendo..., p. 347.

o próprio Larenz escancara, está na circunstância de o *dever de segurança no tráfego* ser, na verdade, “um dever jurídico geral que existe para ‘qualquer um do público’, que não é suficiente para estabelecer uma relação obrigacional concreta entre os obrigados e aquele que é protegido”⁴¹. Dessa forma, a violação a tal dever só poderia ser encarada como uma ação ilícita genérica, sem qualquer característica necessária (e suficiente) à composição de uma relação contratual⁴².

Uma segunda tese apresentada para tentar explicar a natureza contratual de determinadas condutas sociais típicas seria a de tais condutas, a depender do contexto fático em que se inserem, constituírem uma (justa) expectativa e um sentimento de confiança no indivíduo de que a relação negocial, verdadeiramente, será confirmada. Entretanto, esta opção teórica não se sustenta por duas razões: primeiro, porque esta ideia está intimamente ligada a uma visão extensiva do conceito de negócio jurídico, incompatível com a lógica dos contratos fáticos⁴³; segundo, porque as

41 LARENZ, K. Culpa in contrahendo, ..., p. 348.

42 Nesse sentido, LARENZ arremata no sentido de ser um equívoco argumentar que, “com a entrada no recinto, o dever de tráfego, até então existente frente a esses partícipes, para cuja execução o proprietário da loja ou do restaurante se serve de todas as pessoas empregadas, de forma que ele precisa responder pela culpa dessas, segundo o § 278. Da mesma forma se poderia dizer que o dever geral de se portar com cuidado no trânsito se transforma, no momento no qual um partícipe penetra na área de perigo de outro, em um dever obrigacional concreto frente a este e se poderia, desta forma, excluir o § 831 em favor do § 278. Ainda quando um tal resultado parece desejável sob uma ótica de política jurídica (o que eu duvido), isto não seria harmonizável com o mandamento de lealdade à lei. Com o ‘dever de segurança no tráfego’ não se deixa alcançar uma solução satisfatória para os casos da loja e do restaurante.” *In.*: Culpa in contrahendo, ..., p. 349.

43 Para a teoria extensiva, “a vontade se encontra plasmada na declaração [de vontade] que, a partir de então, será a base na qual se regerá o negócio (...). É a vontade, tal como manifestada no momento da declaração, elemento essencial do negócio jurídico.” *In.*: SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 28. A partir desta lógica, a inobservância de deveres alheios ao plano negocial seria enquadrada como se extracontratual fosse, não

noções de *expectativa* e *confiança* direcionadas à conclusão de um negócio jurídico já são, em si, dotadas de elevada carga *volitiva*, o que faz retomar a concepção clássica do contrato. Especialmente por esta razão, é preciso destacar a incompatibilidade entre o aspecto *subjetivo* desta segunda tese e a *objetividade* das relações contratuais de fato.

O desenvolvimento de uma expectativa razoável no sujeito partícipe de uma relação jurídica não é elemento cabal à dotação de uma natureza contratual ao vínculo. Para além do fato de a expectativa também estar presente nas relações (assim chamadas) extracontratuais⁴⁴, a relevância deste viés poderia suscitar uma espécie de (impensável) *gradiente de expectativa*: “o grau de segurança criado por tais expectativas é variável desde o mais fraco nível que deriva de uma ‘auto-apresentação’ não intencional sobre o papel social diferenciado que cada um desempenha, passando pela habituação decorrente de um comportamento continuado, até à ‘auto-retratação’ intencional, ainda que vaga, de que o marketing constitui o principal meio actual”⁴⁵. Em outras palavras, poder-se-ia supor que, a depender do grau de expectativa criada no sujeito partícipe da relação jurídica, esta poderia passar do campo da extracontratualidade para a esfera da *contratualidade fática*.

Da mesma forma, a ênfase na *confiança* faz criar uma situação ficcional em que o comportamento em que não haja consciência da declaração ou da

se vislumbrando a possibilidade de se reconhecer vínculos contratuais desprendidos do aspecto volitivo. Para mais, cf. C. F. de ALMEIDA. *Texto e enunciado...*, pp. 53 e ss.

44 Em um acidente de trânsito, por exemplo, decorrente do fato de um automóvel invadir o sinal vermelho e colidir com um segundo veículo, o condutor deste segundo veículo assumira uma expectativa de que o motorista infrator respeitaria a regra de parar o carro por ocasião do sinal luminoso. Criou-se, de fato, uma expectativa no sujeito, mas nem por isso se cogitaria estar diante de uma relação contratual ou de uma responsabilidade civil de natureza contratual.

45 ALMEIDA, C. F. de. *Texto e enunciado...*, p. 34.

vontade negocial é encarado, essencialmente, como a própria declaração de vontade. Em verdade, os efeitos atribuídos às relações pautadas na confiança não seriam de natureza negocial, mas, antes, o resultado da *imputação* de efeitos reflexos a um comportamento que, objetivamente, tem um valor declarativo. A justificação para tanto é a proteção da confiança, para a qual se exigem também requisitos subjetivos: que a situação mereça a proteção de terceiros, que o declarante disponha de capacidade de imputação e que a medida da imputação se adéque a um juízo de censura do comportamento⁴⁶.

Pois bem. A partir dessas excludentes, é possível concluir que a fonte obrigacional dos contratos fáticos derivados das relações de *contato social*, portanto, não está na confiança ou na expectativa surgidas do contato estabelecido entre as partes, mas, sim, na relevância e nos efeitos do próprio contato social, os quais são confirmados pelo ordenamento jurídico. Mais do que isso, os contratos fáticos derivam do contato mantido entre os sujeitos dentro de um campo de *potencialidade negocial*. Explica-se.

Um simples contato (social) entre sujeitos, por meio do qual um partícipe da relação jurídica deposita e confia, em justa expectativa e sincera confiança, a proteção de seus bens jurídicos aos cuidados de outro, não é suficiente em si à constituição de um vínculo eminentemente contratual. É preciso que se vislumbre um contato “relativo a 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”^{47 48}.

46 ALMEIDA, C. F. de. *Texto e enunciado...*, p. 36.

47 LARENZ, K. *Culpa in contrahendo, ...*, p. 351.

48 Esta afirmação, apesar da lucidez com que é apresentada, merece uma análise um pouco mais profunda. Isso porque, a partir do que já se oportunizou explicitar até

Em termos práticos, fala-se em responsabilidade contratual fática, derivada deste conceito de *potencialidade negocial*, para traduzir a situação de que, “seguramente, aquele que abre uma loja ou um restaurante e, com isso, exorta o ‘público’ a adentrar nesses locais, tem o dever de zelar para que não apenas o recinto em si se encontre em estado seguro para o comércio, mas ainda que o trânsito dentro do recinto possa se desenvolver sem dificuldades”⁴⁹. Assim, por exemplo, se um determinado estabelecimento comercial estiver com seus produtos irregularmente dispostos, a ponto de causar danos a (potenciais) clientes, estar-se-ia diante de uma responsabilidade reparatória de natureza eminentemente contratual, derivada de um vínculo contratual *fático* de *contato social*, em um contexto de potencialidade negocial.

As peculiaridades do cont(r)ato, nesse contexto, estão intimamente relacionadas à lógica da vinculação *em potencial*. É preciso que haja a confluência de condutas em um campo propício à consolidação de um contrato propriamente dito, mesmo que não haja vontade direcionada a tal propósito. A intensidade do contato, dentro desse âmbito específico de potencialidade negocial, traz uma gama de interesses latentes e pode

o momento, partindo-se da lógica do contrato fático com um vínculo coordenador de centros de interesses, pautado pela boa-fé e pela circunstância de potencialidade negocial, cabe indagar se essas relações amistosas (carona por gentileza e visita cordial) estariam totalmente excluídas da vinculação contratual. Por um lado, uma vez preenchidos tais requisitos, a relação não poderia suscitar efeitos contratuais? Entretanto, à contrapartida, seria lícito atribuir desdobramentos contratuais a relações eminentemente não comerciais, manifestante contrária à vinculação em forma de contrato? A vontade seria elemento suficiente para desqualificar tal situação? Há um critério distintivo satisfatório entre relações (de fato) amistosas não-contratuais e vínculos (de fato) contratuais? Algumas destas indagações estão sendo abordadas no presente trabalho ou ainda serão, oportunamente, enquanto que outras são excluídas deste estudo, quer pela limitação espacial a ela imposta, quer pela restrição objetiva de seu tema.

49 LARENZ, K. Culpa in contrahendo, ..., p. 348.

fazer com que “as condutas dos centros de interesses se coordenem e sejam típicas, de maneira a desempenharem, concatenadas, uma função social, configurando, assim, contrato sem negócio jurídico”⁵⁰.

Sem dúvidas, portanto, só haverá a composição de um *contrato fático derivado das relações de contato social* quando os sujeitos *contratantes* estiverem relacionados em um contexto de potencialidade negocial, a partir da qualificação da relevância de suas condutas pelo ordenamento jurídico. Mesmo sem que haja a convenção de um dever principal de prestação, aos indivíduos, imersos neste emaranhado de contatos, condutas e efeitos jurídicos atribuídos pelo próprio ordenamento, nascem deveres de natureza obrigacional, cuja observância se mostra imperiosa, sob pena de serem responsabilizados, contratualmente, pelos prejuízos causados.

Uma importante dificuldade encontrada na configuração destas relações contratuais fáticas está em como fazer para justificar a vinculação entre as partes na ausência de expressão volitiva. Indaga-se isso, porque, em verdade, se um contrato fático não for dotado de exigibilidade, fatalmente deixará de ser eficaz sempre que puder afetar interesses alheios. E como todo contrato (fático ou não) atinge interesses que transcendem os limites da relatividade dos contratantes, é imprescindível que a relação contratual seja exigível.

A exigibilidade da relação contratual é definida por Darcy Bessone, a partir dos elementos de *consentimento* e de *vontade*. Nesse sentido, “quem promete, podendo deixar de fazê-lo, cria, voluntariamente, um limite à própria liberdade, relativo ao ato ou abstenção prometida”⁵¹. Ou seja, a intencionalidade do contratante em assumir um compromisso perante um terceiro já seria, em tese, fundamento suficiente à obrigatoriedade da relação contratual. Entretanto, quando se trata de relações contratuais

50 SILVA, J. P. da. *Contrato sem...*, p. 32.

51 BESSONE, D. *Do contrato...*, p. 28.

de fato, em que o aspecto volitivo não se apresenta bem delineado, a tal conclusão não seria possível chegar.

Exatamente dentro desta lógica, faz-se imprescindível indagar qual o fundamento de exigibilidade de contratos fáticos, em que o consentimento e a vontade estão ausentes? Quando não há declaração de vontade para a vinculação contratual, por que surge o contrato e como torná-lo exigível? A resposta para essas perguntas pode ser resumida em uma única ideia: boa-fé.

4. A boa-fé como elemento criador de obrigações e a leitura principiológica dos contratos fáticos

A doutrina alemã, especialmente em HAUPT, foi a precursora da análise da teoria das relações contratuais de fato. E a partir daí, seus conceitos e premissas foram sendo recepcionados pelos estudos doutrinários de diversos sistemas, em muitos países.

Além de reconhecer que, “nas condições do comércio jurídico moderno, certas relações contratuais se formam sem as correspondentes declarações de vontade, isto é, sem que haja um acordo de vontades”⁵², Haupt relacionou três grupos de relações contratuais de fato: i) o *contato social* estritamente concebido⁵³, antecessor da constituição contratual e componente da fase

52 Originalmente, in HAUPT, G. *Über faktische Vertragsverhältnisse*. Versão traduzida extraída de ALMEIDA, C. F. de. *Textos e enunciados...*, p. 27.

53 O *contato social*, nestes casos, ratificando o que até o momento já se teve a oportunidade de mencionar, não se refere a qualquer vínculo interprivado mantido por sujeitos determinados no cotidiano. Para que um contrato fático surja neste contexto, é preciso que haja uma *potencialidade* negocial, vinculada à concatenação dos centros de interesses dos partícipes da relação jurídicas, imersos em um ambiente de condições voltadas ao *comércio jurídico* ou à prestação de serviços (públicos). Trata-se, portanto, de um “contato social qualificado”. Essa expressão é de PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*.

pré-contratual; ii) a participação de relações comunitárias (societárias ou de trabalho) sem um regular fundamento jurídico constitutivo; iii) e os resultados de deveres inerentes à prestação de bens e serviços essenciais (rede de água, gás e eletricidade, transporte coletivo e utilização de espaços públicos)⁵⁴. Dentro dessa categorização, parece fundamental que sejam dissecados (ainda que superficialmente) todos esses grupos apontados pela teoria de Haupt, dando-se ênfase às hipóteses de *contato social*, revistas a partir da leitura de Clóvis do Couto e Silva.

4.1 Os contratos fáticos em espécie – a aberração contratual⁵⁵

Quando se fala em relação contratual de fato, é possível que se traga à tona a crítica (à primeira vista, pertinente) acerca de tal nomenclatura, por, supostamente, induzir à conclusão de se estar diante de uma situação extrajurídica⁵⁶. Ou seja, tal crítica pairaria sobre uma eventual imprecisão do termo: a análise superficial do termo *contrato fático* poderia levar à compreensão dúbia de que tais atividades socialmente típicas, porque

54 SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, pp. 21 e 22.

55 Fala-se em *aberração contratual*, pois foi exatamente dessa forma que a doutrina francesa encarou a formulação de contratos alheios à expressão volitiva, dando sinais de ainda repousar olhos sobre o paradigma clássico do contrato napoleônico. Embora, originalmente, a análise tenha sido feita com relação aos contratos de adesão, os quais foram reputados ineficazes diante do vício de vontade (ausência dos elementos conformadores da liberdade contratual), a lógica também parece condizente à figura dos contratos fáticos. Nesse sentido, *vide* RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 104. Ainda, acerca do tema, salutar é a leitura de NALIN, P. *Do contrato...*, pp. 170-171, especialmente quando analisa os contratos de consumo derivados de vendas por *telemarketing*, televisão e internet.

56 LARENZ apontou a imprecisão neste mesmo sentido, ao mencionar que a denominação *relações contratuais de fato* “no es muy afortunada, ya que induce a la conclusión de que al propio tiempo se trata de procesos extrajurídicos.” *In.: Derechos de Obligaciones*, p. 60.

desenvolvidas fora do âmbito dos negócios jurídicos, não se enquadrariam no conceito jurídico de *contrato*. Entretanto, uma leitura mais detida do tema é suficiente para dirimir esta interpretação, especialmente se se levar em conta a origem das relações contratuais fáticas, consubstanciada nas condutas e *atos* cotidianos, em detrimento da clássica avocação da formação contratual pela vontade dos partícipes contratantes: o contrato, aqui, é “*de fato*”, porque se consolida pelas condutas sociais típicas, por *contatos sociais*, vinculantes de centros de interesses diversos.

Dessa forma, em que pese seja possível, inicialmente, ler as relações contratuais de *fato* como elementos alheios à lógica jurídica, a partir da dicotomia pontiana de *mundo dos fatos* e *mundo do direito*⁵⁷, “não cabe, naturalmente, se referir a tal nesse sentido; o que ocorre é que o que atribui significado jurídico a esses processos não é a vontade jurídica negocial dos participantes, mas sim a valoração jurídica obtida, por assumir uma conduta social típica”⁵⁸. Em outras palavras, portanto, o uso do termo *contratos fáticos* parece pertinente e acertado à espécie, porque os seus efeitos e reflexos podem até ser derivados da lei, mas a sua natureza contratual não o é – decorre, sim, da própria tipicidade da conduta social, imersa no âmbito da

57 Ver t. I, do *Tratado de Direito Privado*, especialmente parágrafo 2º, “mundo e fato”. Neste ponto, PONTES DE MIRANDA faz uma salutar distinção entre o *mundo dos fatos* e o *mundo jurídico*: enquanto aquele é composto de *fatos* (concebidos, aqui, como toda “*mudança no mundo*”), este é formado por *fatos jurídicos*, ou seja, toda mudança no mundo que tenha relevância para o Direito ou que gere efeitos jurídicos. Se algum fato interessa ao Direito, este recebe a chancela necessária e passa a compor o *mundo jurídico*. Portanto, em tese, falar de relação contratual de *fato*, em um primeiro momento, seria considerá-la elemento alheio (ou externo) ao campo da juridicidade, o que não se sustenta em qualquer medida.

58 Tradução livre de: “No cabe, naturalmente hablar siquiera de esto; lo que ocurre es lo que atribuye significado jurídico a estos procesos no es la voluntad jurídica negocial de los participantes, sino la valoración jurídica que obtienen el tráfico por suponer una conducta social típica.” *In.*: LARENZ, K. *Derecho de Obligaciones*, p. 60.

potencialidade negocial, cujas relevância e valoração são atribuídas pelo ordenamento jurídico.

Reconhecer a juridicidade dos contratos fáticos, portanto, nada mais é do que promover um elastecimento das fontes das relações contratuais, no sentido de se reconhecer a sua configuração para além da mera vinculação derivada da vontade. Assim, os contratos passariam a ter origem em dois fundamentos basilares: **i)** os negócios jurídicos bilaterais, embasados na expressão da vontade e na *máxima* da autonomia privada; e **ii)** as condutas socialmente típicas, deflagradas por dois ou mais centros de interesses⁵⁹.

Definida a *juridicidade* e a *pertinência* do uso do termo “contrato fático”, passa-se à análise pormenorizada de suas *espécies*, as quais, conforme já se teve a oportunidade de mencionar, nos termos da doutrina de Haupt, se dividem em três tipos específicos (*contato social, relações comunitárias juridicamente irregulares e relações resultantes da prestação de bens e serviços essenciais*).

As relações contratuais derivadas de *contato social* compõem o que se convencionou denominar “fase pré-negocial”, embora se afirme que, em Couto e Silva, essa concepção é elastecida, reconhecendo-se que tais hipóteses não podem ficar resumidas às atividades pré-contratuais, salvo tratamento legislativo específico⁶⁰.

No âmbito da pré-contratualidade, realizam-se as tratativas e os acertos prévios à celebração de um negócio jurídico, quando se está diante de legítimas e verdadeiras declarações de vontade. Quando esta vontade é ausente, a conduta socialmente típica supre o requisito da formação do

59 Corroborando tal entendimento, vide C. A. da MOTA PINTO (*Cessão da posição...*, p. 259), A. MENEZES CORDEIRO (*Da Boa-fé...*, pp. 555 e 641) e C. F. de ALMEIDA (*Texto e enunciado...*, p. 29).

60 A expressão é o título da já citada obra de Juliana Pedreira da Silva e escancara, uma vez mais, a separação entre os institutos do contrato e do negócio jurídico, conforme já descrito.

contrato, trazendo a boa-fé e a potencialidade como elementos suficientes à consolidação de um vínculo genuinamente contratual.

A fase *pré-contratual* não pode ser encarada como parte simples e descomplicada tão somente por ser preliminar ao próprio contrato. Ela pode, sim, se revelar demasiadamente complexa, na medida em que determinados comportamentos humanos, observados nessa fase, embora não configurem verdadeiras declarações de vontade, a ponto de concluírem um negócio jurídico, podem ser considerados típicos e correspondentes, no sentido de que, conforme as condições de tráfego, tais comportamentos estarão ligados a uma consequência obrigacional. Nasce, então, uma relação contratual de fato, ou *contrato sem negócio jurídico*⁶¹.

O que se tem, portanto, é a formação de contratos *fáticos* derivados do *contato social*, ou seja, de *comportamentos socialmente típicos*, juridicamente relevantes. Esses comportamentos, entretanto, não podem ser confundidos com declarações *tácitas* de vontade, ainda que atuando na condição de legítimas fontes obrigacionais: mais do que gerar efeitos equiparáveis aos contratos, as condutas típicas são responsáveis pela formação de contratos na sua forma genuína, concebidos estes como relações jurídicas econômicas, direcionadas à organização da vida em sociedade, garantidores da dignidade dos sujeitos de direito, a partir dos elementos de exigibilidade, relatividade e vinculação de dois ou mais centros de interesses, fundados ou não em negócios jurídicos. Em sentido diverso dessa conclusão, Emilio BETTI não considera os comportamentos concludentes como hábeis à formação de verdadeiros contratos, sendo relações das quais decorrem efeitos *semelhantes* aos dos contratos, ainda que integráveis como fatos jurídico-negociais⁶².

61 SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 35

62 BETTI, E. *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, p. 248. Neste ponto, o autor traz a retificação do posicionamento de LARENZ, para quem é possível haver contratos derivados de comportamentos concludentes, *segundo parâmetros legais ou usos do mercado; possibilidade de formação de contratos em aparente contradição com o princípio consensualístico*.

Há de se ter, dentro dessa lógica do *contato social*, uma compatibilização entre os elementos de conduta social típica, usos de tráfico e princípio da boa-fé⁶³. Imprescindível o preenchimento de tais requisitos para que se possa vislumbrar a consolidação de um contrato fático derivado do *contato social* e, conseqüentemente, que se possa demandar uma reparação também contratual de seu descumprimento.

Do ponto de vista patológico, a infração à relação contratual derivada de contato social se calca na chamada *culpa in contrahendo*, concebida, segundo Ihering, como a necessária “indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”⁶⁴. Neste particular, fala-se em contratos não chegados à perfeição para se referir àqueles inadimplidos ainda na fase pré-contratual (fase das *tratativas* para os negócios jurídicos ou fase do *contato inicial* para os contratos fáticos), enquanto os contratos nulos seriam aqueles em que o aspecto volitivo não estivesse presente.

Aqui, é preciso sinalizar que, verdadeiramente, para a teoria clássica, contratos em que a vontade dos partícipes não estivesse presente seriam declarados nulos⁶⁵. A partir disso, portanto, não haveria, em tese, a obrigação de indenizar por parte daquele que descumprisse um contrato desprovido do aspecto volitivo ou consubstanciado em uma vontade viciada. A teoria da *culpa in contrahendo*, portanto, viria para suprir esta lacuna, reconhecendo o dever indenizatório também para o descumprimento de relações contratuais sem vontade (por exemplo, contratos fáticos derivados

63 “Reconhece-se como centros de *imputação negocial* declarações não intencionais, desde que, de acordo com a boa fé, tendo em conta os usos de tráfico, produzissem a aparência de um comportamento negocial, e também as declarações com efeito negocial normalizado segundo uma tipificação legal.” In.: ALMEIDA, C. F. de *Texto e enunciado...*, p. 35.

64 Este é, exatamente, o título dado à sua obra: IHERING, R. V. *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*.

65 IHERING, R. V. *Culpa in contrahendo...*, p. 10.

de *contato social*). Dessa forma, portanto, “a elaboração originária da doutrina da *culpa in contrahendo* partiu, pois, da verificação da insuficiência da disciplina voluntarista do negócio jurídico”⁶⁶.

A segunda categoria trazida por Haupt retrata as hipóteses das sociedades formadas no plano fático, mas sem ato constitutivo formal, inerente ao surgimento da sua personalidade jurídica, bem como as hipóteses dos contratos fáticos de trabalho, concebidos como aqueles não formalizados (seja escrita, seja verbalmente), mas com o preenchimento real de todos os elementos caracterizadores do vínculo trabalhista.

As sociedades em comum ou sociedades de fato estão previstas no Código Civil⁶⁷ como espécies de sociedade não personificada, com a pendência de inscrição de seus atos constitutivos, sendo-lhes possível, entretanto, agir judicialmente e responder, por meio de seu patrimônio, pelas obrigações assumidas⁶⁸. Verdadeiramente, às sociedades de fato resta ausente a *personalidade jurídica*⁶⁹, ainda que lhe seja viável estabelecer relações jurídicas e vinculações de caráter contratual (fático).

A *faticidade* das relações contratuais mantidas pelas sociedades em comum está na circunstância de lhe ser ausente o elemento da personalidade jurídica, o que, fatalmente, excluiria a possibilidade de manutenção de

66 IHERING, R. V. *Culpa in contrahendo...*, notas introdutórias de Paulo MOTA PINTO, p. X.

67 Artigos 986 a 990, do Código Civil de 2002.

68 A definição lapidar do conceito de sociedade de fato se encontra em Francisco AMARAL, para quem, de forma clara e objetiva, é “aquela sociedade que, não preenchendo os requisitos legais para sua existência jurídica, tem, contudo, uma existência material.” (*In.: Direito Civil – Introdução*, p. 217).

69 Segundo o artigo 985, do CC/02, “a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e I.150).” Assim, ausente a inscrição dos atos constitutivos, inexistente é a personalidade jurídica de tais pessoas coletivas.

vínculos derivados da vontade. A existência material dessas sociedades autoriza a prática de atos da vida civil ou comercial como se regulares fossem. Contudo, o não preenchimento do requisito jurídico-formal da inscrição dos atos constitutivos impede a condição de exercício da manifestação de vontade da sociedade jurídica não personificada, sendo-lhes inerente a realização de contratações *fáticas*, sem negócio jurídico fundante.

A imperiosidade do reconhecimento da existência dessas sociedades não personificadas trazida pelo complexo mundo das relações econômico-sociais hodiernas faz com que seja necessário disciplinar o conjunto de vínculos de natureza contratual estabelecidos por tais sociedades. Nesse sentido, *disciplinar* não significa ser necessária a criação de novas leis para albergar estas hipóteses de contratação *fática*; basta que se adote um novo olhar sobre o mesmo ordenamento, assumindo-se a relevância e a preeminência de relações contratuais *fáticas* derivadas de condutas socialmente típicas, as quais são praticadas por sociedades sem personalidade jurídica.

Paralelo aos contratos celebrados por sociedades em comum, trazem-se à tona, “nesse mesmo grupo, as relações de trabalho que se mantêm sem contrato escrito, mas que reúnem todas as suas características essenciais, quais sejam, habitualidade, subordinação e remuneração”⁷⁰. Ou seja, reconhece-se como inequívoca relação contratual o vínculo *fático* de trabalho, com o predomínio da realidade sobre a formalidade constitutiva do vínculo. De fato, não é requisito ao contrato de trabalho ser escrito; todavia, o que se aponta aqui é a ideia da ausência da formalização volitiva

70 SILVA, J. P. da. *Contratos sem...*, p. 22, n. 17. Na verdade, as características de habitualidade, subordinação e remuneração compõem o conceito do contrato de *emprego*, como espécie do contrato de trabalho. De qualquer forma, apesar da imprecisão terminológica, o apontamento é válido, na medida em que, essencialmente, traça uma definição cirúrgica das relações *fáticas* de trabalho, reconhecendo-as como genuínos contratos de fato.

da contratação de trabalho (ainda que verbal), sem que tal lacuna desnature o caráter contratual do vínculo.

A terceira espécie de relação contratual fática é a relativa aos resultados de deveres resultantes da prestação de bens e serviços essenciais. Nesses casos, “quando alguém entra em um ônibus, ou utiliza-se da energia elétrica ou deixa um veículo em um estacionamento, faz isso sem qualquer manifestação de vontade dirigida com o fim de realizar um contrato. A inexistência do contrato expresso não impede, todavia, que o usuário tenha de pagar pelo que utilizou ou consumiu”⁷¹, da mesma forma que não exime o prestador do serviço de fazê-lo de forma satisfatória aos interesses do usuário/consumidor.

Para essas hipóteses, inexistente declaração de vontade, embora haja uma conduta típica que faz surgir o vínculo contratual de fato, com todos os desdobramentos e efeitos inerentes a tal figura. Já se teve a oportunidade de mencionar, mas parece ser salutar revolver, neste ponto, a ideia de que a desvinculação da vontade é, na verdade, a desvinculação da *vontade negocial*, porque todo ato praticado pressupõe a vontade (de praticar o ato). O que se traz é a desnecessidade de acusar uma vontade negocialmente dirigida para que se apure a existência de um contrato. A relevância está na valoração que o ordenamento dá aos atos praticados e não na intencionalidade da conduta. Indubitavelmente, os contratos fáticos prescindem da volitilidade contratual, admitindo-se a configuração estrita da vontade à prática do ato.

No âmbito da contemporânea complexidade de circulação de bens em massa, “diversas prestações do mesmo tipo, especialmente prestações de transporte, são oferecidas publicamente de forma que qualquer um pode e tem a permissão de fazer uso de fato da prestação, sem que se espere uma conclusão prévia de contrato, um acordo expresso ou mesmo ‘tácito’ sobre

71 AMARAL, F. *Direito Civil...*, p. 219.

prestação e preço”⁷². Assim, há a necessidade de se admitir a configuração de contratos fáticos também no campo da prestação de bens e serviços públicos, para o fim de nos libertarmos da forma tradicional e antiquada da declaração de vontade como elemento intrínseco à contratação e, conseqüentemente, criarmos um conceito de contrato que mais se aproxime da realidade hodierna, inclusive para o âmbito do serviço público.

O fornecimento de energia elétrica e de tratamento de esgoto, por exemplo, como puros tipos de serviços públicos, não é formalmente contratado. Faticamente, prestam-se os serviços, para que, em contraprestação, se pague o valor a eles correspondente. A mera ausência de contratação formal não exime este pagamento, da mesma forma que reclama uma prestação satisfatória dos serviços. Exatamente por isso, reconhece-se a natureza contratual do vínculo mantido entre os partícipes desta relação, adjetivado pelo aspecto *fático*, eis que ausente a vontade qualificada à celebração do liame negocial⁷³.

Nesse particular, destaca-se que a referida conclusão não poderia ser diferente, na medida em que os fatores ligados à liberdade de contratação e à autonomia da vontade são inerentes ao modelo de *negociação individual*, ultrapassados pelos contratos de massa⁷⁴, nos quais o aspecto objetivo da

72 LARENZ, K. *O Estabelecimento de Relações...*, p. 58.

73 Em seu texto clássico, que ilustra bem o que ora se apresenta, LARENZ inicia dando o exemplo do homem que entra no bonde, mas não é cobrado. Ao chegar ao seu destino, ele se recusa a pagar, porque, efetivamente, não celebrou qualquer contrato (na acepção clássica), dado não ter (supostamente) manifestado sua vontade inequívoca de assim proceder. Ainda que não expressa a vontade, LARENZ destaca a vinculação por meio de um *comportamento concludente*. *Vide*: *O Estabelecimento de Relações...*, p. 55.

74 Nesse sentido, *vide* Giovanni D’AMICO, para quem “libertà e consapevolezza del volere, nel sistema del codice civile (...), sono tutelate essenzialmente attraverso la disciplina dei vizi del consenso, che è una disciplina chiaramente costruita a misura del modello della contrattazione individuale. Tale disciplina appare ormai superata dal fenomeno della moderna contrattazione di massa”. *In.*: “*Regole di validità*” e *principio di*

conduta é que determina a constituição do enlace contratual: a boa-fé ganha destaque nesta categoria⁷⁵.

As espécies de contratos fáticos apresentados pela doutrina alemã (e aplicáveis à realidade brasileira) se mostram com grandes diferenças entre si⁷⁶, mas parecem apresentar algumas características em comuns, para as quais se chama a atenção. Verdadeiramente, há um hiato insuperável entre o conceito de contrato (clássico) e as espécies elencadas neste tópico do presente estudo, eis que o aspecto volitivo deixa de marcar a consolidação das relações contratuais. A tipicidade da conduta social, fonte sublime da contratação fática, suplanta a máxima tradicional do contrato como decorrência direta da vontade de seus partícipes.

Como já se salientou, no presente estudo estão-se focando os contratos derivados de *contato social*. Portanto, as outras duas categorias, embora permeiem as ideias aqui desenvolvidas, não serão analisadas com maior profundidade. No que tange, especificamente, aos contratos fáticos derivados de *contato social*, a definição anteriormente apresentada trouxe consigo uma conclusão relevante: a substituição dos deveres precípuos do contrato-negocial pelo princípio da boa-fé no âmbito dos contratos fáticos – o princípio da boa-fé é condição para a própria formação das relações contratuais de fato (derivada de *contato social*)⁷⁷, na medida em que é ele

correttezza nella formazione del contratto, p. 269.

75 “(...) *la dichiarazione di ciascun accettante sta ad esprimere la sua adesione all'autoregolamento di interessi divisato, presupposto essenziale per la conclusione de contratto*”. In.: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*, p. 111.

76 K. LARENZ, um dos responsáveis pela disseminação das ideias de HAUPT pelo mundo, critica essa ideia de condensar estas três espécies em um mesmo conceito de relações contratuais de fato, especialmente em vista da diversidade apresentada por cada uma delas. Nesse sentido, *vide* O Estabelecimento de Relações..., p. 58.

77 Em C. do COUTO E SILVA se encontra argumento ratificador desta conclusão, especialmente quando afirma que, a depender do grau de intensidade dos deveres derivados

o regente dos reflexos derivados do vínculo estabelecido entre as partes⁷⁸ – o que é dever lateral em uma contratação derivada da vontade dos contratantes passa a ser dever principal em um contrato fático, eis que ausente a volição necessária à determinação dos desdobramentos e dos efeitos do contrato^{79 80}.

4.2 Os contratos fáticos e a boa-fé como pressuposto lógico existencial

Feita essa breve *digressão* por meio da qual se buscou apresentar os *contratos fáticos em espécie*, a partir da teoria de HAUPT, revolve-se o tema anterior relativo à incidência do princípio da boa-fé como elemento *sine qua non* da existência das relações contratuais de fato. Quer como componente conceitual, quer, ainda, como requisito de exigibilidade e de vinculação desses contratos, a boa-fé se apresenta em papel de inequívoco destaque no estudo dos contratos de fato (sem negócio jurídico e, conseqüentemente, desprovidos do aspecto volitivo).

da boa-fé, estes “podem, até, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais.” (*In.: A Obrigação como Processo*, p. 31).

78 Para essas hipóteses, “tem-se, segundo o entendimento atual, deveres legais de cuidado, conservação e consideração, cuja desobediência gera pretensões de indenização segundo princípios de responsabilidade contratual (§§ 276, 278 BGB), mas nenhum dever primário de restar, capaz de permitir que se processe para obter simplesmente o seu cumprimento.” *In.: LARENZ, K. O Estabelecimento de Relações...*, p. 57.

79 Dentro deste contexto, em que a boa-fé passa a ser elemento fundamental na constituição das relações contratuais fáticas, parece cabível a definição deste princípio do “pressuposto de existência do contrato” (*vide NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*, pp. 341-390). Mas, até onde se pode apurar, a inerência da boa-fé à existência do vínculo contratual só seria compatível dentro do campo das relações contratuais de fato.

80 Em sentido contrário, o posicionamento de C. F. de ALMEIDA, para quem a boa-fé “não é fonte de obrigações mas critério do seu desenvolvimento.” (*In.: Texto e Enunciado...*, p. 30).

Preliminarmente à inserção do tema da boa-fé no âmbito dos contratos fáticos, é preciso (ao menos, tentar) conceituar este princípio fundante do Direito Civil, inerente às *figuras de ponta* e aos *institutos tradicionais* da civilística, tais como o abuso de direito, a culpa na formação dos contratos, a posse, o casamento putativo, as relações contratuais de fato, entre tantos outros. Contudo, logo de início já se encontra um obstáculo intransponível na experiência conceitual da boa-fé, uma vez que, “sendo uma criação do Direito, não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria (...) uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção”⁸¹. Assim, a forma mais adotada pela doutrina para a definição deste princípio, que não por meio de uma conceituação estanque, é a partir da construção de seu conteúdo, especialmente com base na diferenciação dicotômica entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva e, ainda, tendo por plano de fundo a evolução histórica do instituto. E é por esse caminho que também se seguirá.

A boa-fé, tal qual hodiernamente concebida, encontra base linguística e conceitual na longínqua e primitiva *fides* romana, subdividida em *fides-sacra* (a deusa Fides representava a lealdade e a entrega), *fides-fato* (desconectada do aspecto religioso, estava associada à noção de garantia) e *fides-ética* (mais do que um fato, a garantia expressa pela *fides* estaria intimamente relacionada a conceitos de moral e dever)⁸². Já na Idade Média, a *bona fides* adaptou-se a uma ordem canônica, ligada às ideias de ausência de pecado e de valor afetivo. Mas foi em Savigny que a boa-fé atingiu um elevado grau de maturidade, muito próxima do que se tem hoje, embora seja preciso assinalar o vasto campo lacunoso ainda presente nos estudos desse princípio⁸³.

81 MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, pp. 17 e 18.

82 Nesse sentido, cf. MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, pp. 55 e ss.

83 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé...*, p. 20.

Embora o autor alemão tenha deixado como principal legado o estudo acerca da *posse* e da *boa-fé* no campo da *patrimonialidade*, é possível encontrar importantes elementos da principiologia da *bona fides* na órbita contratual. E o primeiro deles está na sua concepção como “factor de reforço da ligação contratual”⁸⁴.

Esse embrionário estudo pandectista já sinalizava uma leitura contratual sob o ponto de vista da *previsibilidade* dos atos dos contratantes, necessária à manutenção de uma vinculação contrabalanceada, equânime entre os partícipes. Ainda que compreendida como “uma referência cultural de aplicação multifacetada”, a *boa-fé* já ganha em Savigny o *status* de elemento garantidor de uma “composição contratual equilibrada, na falta de regulação legal expressa”⁸⁵.

A literatura hodierna que trata da *boa-fé* divide a sua conceituação em um plano categórico-dicotômico, diferenciando a *boa-fé* objetiva, inerente à conduta do contratante, e a *boa-fé* subjetiva, relacionada à intencionalidade do sujeito partícipe da relação contratual⁸⁶. A sua afinidade com os contratos, portanto, é marcada há longa data. Contudo, essa proximidade ganha destaque no âmbito dos contratos fáticos, como desdobramento lógico da tendência de constitucionalização do Direito

84 MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, p. 304.

85 MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa fé...*, p. 306.

86 A dicotomia básica do princípio da *boa-fé*, corroborando a doutrina citada de Carlos Alberto da MOTA PINTO, em sua *Teoria Geral do Direito Civil*, se traduz na seguinte distinção: a *boa-fé* subjetiva, ligada ao *estado de consciência do contratante*, assim se denomina “porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à *boa-fé* subjetiva está a *má-fé*, também vista subjetivamente como a intenção de lesa a outrem”; já a *boa-fé* objetiva se traduz pelo “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.” *In.*: MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 411).

Privado, mais especificamente, do Direito Civil. Neste particular, faz-se necessário desenvolver algumas linhas a mais, para se aprofundar no tema.

O movimento de leitura constitucional do contrato, no qual está inserida a incidência principiológica da boa-fé, promoveu uma verdadeira *funcionalização* e uma *socialização* desse instituto privado, protegendo-se não apenas as expectativas dos contratantes, mas, agora, também todos os interesses de terceiros, originalmente alheios ao liame contratual, que experimentam os efeitos gerados pela relação interprivada.

A derrocada do *pacta sunt servanda* permitiu a revisão contratual pelo Poder Judiciário, quando da existência de prejuízos a uma das partes contratantes, da mesma forma que, especialmente por meio da boa-fé, reconheceu-se a criação de deveres para além daqueles formal e expressamente contratados, inerentes não mais apenas ao *devedor*, mas a ambas as partes. O problema dessa perspectiva, entretanto, foi ter tradicionalmente reduzido à boa-fé a criação de deveres *secundários*, anexos à obrigação principal, em um legítimo movimento de pulverização da relevância do princípio às contratações.

A concepção que se tem do princípio da boa-fé no âmbito contratual, ao menos sob a ótica da doutrina brasileira, ainda está atrelada à lógica da criação de deveres laterais/anexos à prestação principal. Ou seja, embora se reconheça a presença desse viés principiológico nas relações contratuais, a importância da boa-fé é renegada ao segundo plano: “os autores que, no Brasil, versaram sobre a matéria não procuraram visualizar a boa-fé como elemento criador de novos deveres dentro da relação obrigacional, deveres – convém frisar – que podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade”⁸⁷.

Quando se está diante das relações contratuais de fato, o papel da boa-fé parece ser ainda mais relevante, especialmente do ponto de vista

87 COUTO E SILVA, C. V. do. *Da obrigação...*, p. 35.

da ausência de um negócio jurídico fundante do contrato, bem como da inexistência, em determinadas situações, de um vínculo prestacional principal⁸⁸. Em ambas as circunstâncias, cabe ao princípio da boa-fé firmar o liame interprivado, gerado pelas conjecturas fáticas do cotidiano (cujos efeitos são atribuídos pelo próprio ordenamento), da mesma forma que lhe incumbe compor o objeto central da relação contratual (de fato)⁸⁹.

O princípio da boa-fé possui múltiplas significações dentro do Direito. Desde o âmbito dos Direitos Reais, no qual as funções sociais da posse e da propriedade estão umbilicalmente ligadas a tal leitura principiológica, até o campo dos direitos obrigacionais, em que a boa-fé se mostra como elemento de maior protagonismo ainda, especialmente no que tange à constituição de deveres não contratualmente previstos pelos/aos partícipes das relações jurídicas, conclui-se que esse princípio tem papel central na formação de institutos pouco delineados pelo ordenamento, tal quais as relações contratuais fáticas.

Em tempo, é preciso salientar que o princípio da boa-fé, para além de constituir o ponto nevrálgico da vinculação e da exigibilidade dos contratos

88 Em seu artigo já citado aqui (*Culpa in contrahendo...*), K. LARENZ dá o exemplo da consumidora que foi atingida por tapetes em uma loja, os quais caíram da estante sobre o seu corpo enquanto os analisava (*vide n. 287, acerca do caso dos tapetes de linóleos*). Neste mesmo texto, o autor cogita a equiparação de tal situação (responsabilidade contratual do comerciante de restituir os prejuízos sofridos pela cliente) à de alguém que estava ao lado dessa consumidora, mas sem nada comprar; ou, mais ainda, dá o exemplo do (potencial) cliente que adentra a um restaurante e apenas senta em uma mesa sem nada pedir: mesmo sem haver uma prestação principal do ponto de vista do contrato (fático), a boa-fé faz as vezes de promover a vinculação desses contratantes e, mais, modular a natureza contratual da relação fática realizada. Daí, portanto, a noção de *contratos sem uma prestação principal*.

89 Essa lógica está ilustrada pela conclusão alcançada por C. do COUTO E SILVA, para quem “há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé.” *In.: Da obrigação...*, p. 38.

fáticos, ainda faz surgir deveres (laterais) para ambas as partes, e não apenas para o devedor originário da relação interprivada. Ou seja, a teoria clássica da boa-fé, segundo a qual a sua incidência no direito obrigacional é responsável pela formação de deveres secundários e anexos à prestação principal, não é, em si, equivocada, embora seja, sem dúvidas, insuficiente.

Verdadeiramente, o princípio da boa-fé tem o condão de fazer surgir deveres e obrigações que transcendam os limites da prestação central do vínculo intersubjetivo. Entretanto, para a hipótese dos contratos fáticos, este princípio pode ser o responsável pela formação do próprio objeto fundamental da relação obrigacional – neste caso, é a boa-fé que preenche o espaço vazio deixado pela ausência de vinculação volitiva dos contratos fáticos, alheios à existência de negócio jurídico fundante⁹⁰.

Dos deveres (sejam secundários, sejam principais na relação contratual) decorrentes da boa-fé advêm, logicamente, os direitos a eles contrapostos e as limitações à composição das cláusulas contratuais (ou, no caso dos contratos fáticos, em que não há a formação volitiva de cláusulas, a limitação incide sobre a exigibilidade e sobre a geração de efeitos da relação jurídica). A depender da intensidade e da relevância desses deveres na relação contratual, eles podem compor desde a margem mais extrema do conjunto vinculativo, até o centro fundamental do liame intersubjetivo. Em outras palavras, “os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam”⁹¹: no caso dos contratos fáticos, então, em que se pode vislumbrar, em determinados casos, a ausência de um objeto prestacional basilar, sobreleva-se a importância dos limites e contornos impostos pela boa-fé, passando esta a constituir o próprio conteúdo dos deveres principais. Os contornos das relações contratuais de fato

90 SILVA, J. P. da. *Contrato sem...*, p. 132.

91 COUTO E SILVA, C. V. do. *Da obrigação...*, p. 31.

desenhados pelo ordenamento jurídico fazem com que “o princípio da boa-fé, nesse caso, possa ser invocado como um dos fundamentos jurídicos para tutelar referido contrato”⁹²

A função primordial da aplicação do princípio da boa-fé na seara dos contratos é a de compatibilizar a lógica dedutiva do ordenamento jurídico às exigências éticas e aos padrões de conduta assumidos pela sociedade hodierna. Nessa atividade conciliadora, o papel do Estado (especificamente, por meio do Poder Judiciário) no reconhecimento formal da relação contratual, bem como na delimitação dos direitos, deveres e efeitos dela decorrentes é imprescindível dentro da lógica que ora se apresenta⁹³.

Unindo as duas ideias aqui apresentadas, segundo as quais (i) o contrato fático pode não contemplar uma prestação principal, tal qual definida no vínculo fruto da volição dos contratantes, e (ii) é o princípio da boa-fé que formalmente torna pertinente a natureza contratual das condutas socialmente relevantes, parece oportuno indagar de que é formada essa relação contratual, ou, em outras palavras, o que compõe o

92 SILVA, J. P da. *Contratos sem...*, p. 32.

93 Aqui parece fundamental apresentar uma divergência doutrinária com relação ao arbítrio de aplicação do princípio da boa-fé: para C. V. do COUTO E SILVA, a atividade do juiz, neste particular, seria importante, embora o seu arbítrio na aplicação do princípio não seja subjetivo, “pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar.” (p. 42). Em sentido contrário, embora não se negue a incidência dos demais princípios jurídicos nas relações contratuais, P. NALIN trata da aplicação *subjetiva* da boa-fé *objetiva*, no sentido de, em sendo a boa-fé objetiva um *standard* jurídico que reflète a figura do homem médio ou do bom pai de família, “construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sociocultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz.” (*Do Contrato...*, p. 133).

núcleo do contrato para que a sua exigibilidade possa gerar algum efeito prático aos contratantes.

No clássico exemplo dos *tapetes de linóleos*⁹⁴, embora não tenha havido uma contratação formal, o RG (*Reichsgericht* – tribunal superior alemão à época, substituído posteriormente pelo BGH – *Bundesgerichtshof*) reconheceu a responsabilidade do estabelecimento em indenizar a (potencial) cliente, tendo sido tal responsabilidade caracterizada como de natureza contratual. O fundamento para tal está, exatamente, no preenchimento do cerne contratual pelo princípio da boa-fé, ou, mais especificamente, pelos *deveres de conduta* dele derivados. O que seria, à primeira vista, encarado como dever lateral/anexo, ganha *status* de protagonismo, formando e justificando a própria existência do contrato.

O objeto principal da relação contratual fática, neste caso, portanto, é menos a prestação (decorrente da volição expressa pelos contratantes) e mais os deveres “anexos”, inerentes ao *contato social* estabelecido em um âmbito de potencialidade negocial. A expectativa de conclusão do contrato não é em si suficiente à caracterização da natureza contratual da responsabilidade⁹⁵, mas a boa-fé o é, na medida em que atua como o princípio que “dá conteúdo ao comportamento que o [agora] contratante

94 Em 1922, uma cliente adentra a uma loja e pede para ver alguns tapetes de linóleos. O atendente, dispendo de forma irregular os rolos de tapetes para mostrar à cliente, faz com que estes caiam sobre ela, causando-lhe danos. Complementarmente, *vide* n. 86, acima.

95 Além de a expectativa também figurar no campo da extracontratualidade, ela destoa do viés *objetivo* assumido quando da definição do contrato fático, desvinculado da vontade dos partícipes da relação jurídica; ainda, já se teve a oportunidade de mencionar a imprecisão do conceito de *expectativa*, especialmente quanto à – suposta – possibilidade de se estabelecer gradientes de probabilidade de condutas, que podem vacilar entre os campos da responsabilidade contratual e da responsabilidade delitual. *Vide*, fl. 103, acima.

prática em face da concreta parte contrária com que se relaciona”⁹⁶.

É inequívoco que, até mesmo por uma questão de necessidade derivada dos contornos das relações sociais hodiernas, “a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo”⁹⁷. Assim, tanto da vontade (para os negócios jurídicos, ligados à vontade dos partícipes) quanto dos interesses juridicamente valorizados (derivados da boa-fé, inerentes aos contratos fáticos) dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática contratual atual.

Portanto, o papel secundário dado à boa-fé assume o protagonismo no âmbito dos contratos fáticos, destacando-se a fundamentalidade desse princípio para a própria conformação existencial das relações contratuais de fato, com ausência do aspecto volitivo.

5. Conclusão

Conforme se procurou demonstrar, os *contratos sem negócio jurídico* são, em síntese, a essência máxima das relações de contato social. Delas derivam vínculos eminentemente contratuais, nos quais é desarraigada a noção tradicional de imprescindibilidade do aspecto volitivo, entendido este, aqui, como a intencionalidade dos contratantes expressa e direcionada propriamente à conclusão do liame contratual. Enquanto a vontade (qualificada) seria elemento inerente à própria natureza do negócio jurídico, há de se reconhecer a existência de contratos sem negócio jurídico fundante, ou seja, relações contratuais em que não se vislumbra a existência

96 Tradução livre de: “principio che dà contenuto al comportamento del singolo contraente nei riguardi della concreta controparte che egli si trova di fronte”. In.: D’AMICO, G. *Regole di validità...*, p. 338.

97 COUTO E SILVA, C. V. do. *Da obrigação...*, p. 31.

de manifestação de vontade que não aquela relacionada à própria prática da conduta socialmente típica.

A perspectiva contemporânea desses contratos fáticos, contudo, trouxe à tona um papel de protagonismo assumido pelo princípio da boa-fé. Como elemento intimamente ligado à figura do contrato, este princípio parece ter ganhado ainda mais destaque quando diante de relações contratuais desvinculadas da expressão volitiva dos contratantes. Chega-se a se reconhecer, a certa altura, que é possível vislumbrar, ainda que com certa parcimônia, a boa-fé como pressuposto de existência do contrato.

Já em relação à particularização das condutas sociais típicas ao ponto de formarem legítimas vinculações contratuais, o que se conclui é que as relações derivadas do *contato social* atingem o *status* contratual se imerso em um conjunto de fatores determinados, dentre os quais se destacam: i) a relevância social da relação; ii) a intensidade do contato; iii) a incidência protagonista do princípio da boa-fé; iv) a potencialidade negocial; v) e a coordenação típica de centros de interesses. Uma vez preenchidos esses requisitos, há a legítima passagem dos indivíduos de uma convivência genérica, fundada na possibilidade de lesões *ocasionais*, para situações de contato interprivado estreito, fundamentalmente contratual.

Enfim, o que se pretendeu demonstrar foi uma tentativa de reformulação do conceito de contrato, aliada a uma nova leitura da responsabilidade civil, que seja adequada à realidade social contemporânea. Indo além, buscou-se apresentar um elastecimento do rol das fontes obrigacionais, para fazer constar o *contato social* como legítimo criador de relações contratuais de fato.

6. Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, v. 1, 1992.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emilio. Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto. s. l.: Jus, VIII, 1957.
- CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. SP: José Bushatsky, 1976.
- _____. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, ed. 18, 1998.
- _____. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Obrigações*. RJ: Forense, atualizada por Edvaldo Brito, ed. 17, 2007.
- GONÇALVES, Oksandro. *A Relativização da Responsabilidade Limitada dos Sócios*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florian: Fund. Boiteux, 2004.
- IHERING, Rudolf Von. *De Interes em los Contratos*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.
- _____. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto, 2008.
- IRTI, Natalino. *Codice Civile e Società Politica*. Bari: Biblioteca di Cultura Moderna Laterza, 1995.
- _____. *La edad de la descodificación*. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- _____. *Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e "contato social"*. In.: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, ano 9, n. 34, abr./jun. 2008, pp. 343-354.
- _____. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Ed. Revista Derecho Privado, v. 1, 1958.

_____. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico (1956). In.: *Revista de Direito da FGV*. RJ: FGV, v. 2, n. 1, 2006, pp. 55-64.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da Boa-Fé no Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

MOTA PINTO, Carlos A. da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2010.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, v. 6 (Parte Geral), série Grandes Temas de Direito Privado, pp. 341-390.

_____. *Contrato – Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba, Juruá, ed. 2, rev., atual., 2006.

_____ (coord.). *Contrato e sociedade: princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, v. II, 2006.

_____. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. RJ: Renovar, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, ed. 2, 1981.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo I, 1972.

RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, libro IV, 1970.

SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos Sem Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006.