

A BOA-FÉ OBJETIVA PRÉ-CONTRATUAL – DEVERES ANEXOS DE CONDUTA, DE EZEQUIEL MORAIS

A BOA-FÉ OBJETIVA PRÉ-CONTRATUAL – DEVERES
ANEXOS DE CONDUTA, BY EZEQUIEL MORAIS

LUIZ CARLOS DE ANDRADE JÚNIOR

Professor Doutor de Direito Civil – Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutorando em Direito Civil – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Doutor em Direito – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Bacharel em Direito – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP).
jr.lcandrade@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: MORAIS, Ezequiel. *A boa-fé objetiva pré-contratual – Deveres anexos de conduta*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

SUMÁRIO: I. Visão geral da obra. II. Crítica. 1. Dirigismo contratual. 2. Justiça contratual. 3. Princípios. 4. É inquestionável... e o bom-senso. 5. Deveres anexos e outras regras do Código Civil. 6. Responsabilidade civil pela quebra da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. 7. A "necessária" reforma do artigo 422 do Código Civil. III. Observações finais.

I. VISÃO GERAL DA OBRA

Dedicam-se as linhas seguintes a apresentar uma resenha crítica à obra de Ezequiel Morais, recentemente publicada pela Editora Revista dos Tribunais, cujo título é “A Boa-Fé Objetiva Pré-Contratual – Deveres Anexos de Conduta”. O tema da monografia é instigante, pois consiste no exame da incidência normativa do princípio da boa-fé objetiva durante a fase embrionária do vínculo contratual, abordagem esta que, segundo o autor, vinha sendo “desprezada”¹ pela generalidade dos civilistas brasileiros.

1. MORAIS, Ezequiel. *A Boa-Fé Objetiva Pré-Contratual – Deveres anexos de conduta*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 35.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A boa-fé objetiva pré-contratual – Deveres anexos de conduta*, de Ezequiel Morais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 373-384. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

O valor da pesquisa sustenta-se na recorrente menção, encontrada no texto, à omissão do artigo 422 do Código Civil – que impõe aos contratantes o dever de observância à boa-fé objetiva – quanto à sua incidência na fase pré-contratual. Esta omissão justificaria o estudo sobre a pertinência da sujeição das tratativas contratuais ao primado da boa-fé objetiva; sobre, em caso de diagnóstico favorável a tal pertinência, como as diversas funções instrumentais da boa-fé objetiva manifestar-se-iam na etapa pré-contratual; sobre, no que toca em especial à função ativa da boa-fé objetiva, quais deveres anexos surgiriam para os potenciais contratantes; e, por fim, qual seria a natureza e a disciplina aplicável à responsabilidade civil resultante do descumprimento da boa-fé objetiva pelos candidatos a contratantes.

O livro trata da aplicação da boa-fé objetiva na fase de tratativas dos contratos civis. Os contratos de consumo não constituem foco do estudo, muito embora o autor saliente em diversas passagens a influência dos preceitos inspiradores da legislação consumerista exercida sobre a delimitação do alcance da regulamentação geral dedicada aos contratos pelo Código Civil.

A seriedade do trabalho de pesquisa do autor é evidenciada não apenas pela rica bibliografia citada, bem como pelo seu expresso reconhecimento constante dos prefácios de autoria de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rosa Maria de Andrade Nery, como também pelas apresentações redigidas pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Castro Filho e por Flávio Tartuce.

O texto é bem escrito, em linguagem clara, fluida e bem compassada, trazendo numerosos exemplos e elucidativas referências jurisprudenciais.

O livro divide-se em nove capítulos, além da introdução e dois anexos.

O Capítulo 1 (“Evolução dos princípios contratuais: do ‘*quidit contractuel dit juste*’ à violação positiva do contrato”) propõe-se a expor a evolução histórica da própria concepção do contrato (enquanto categoria técnica do direito privado). Partindo do direito romano e chegando à “pós-modernidade”, descreve o processo de superação do paradigma individualista – marcado pela compreensão do ordenamento jurídico como “sistema fechado” e alinhado à ideologia do Estado liberal; pelo paradigma solidarista – marcado pela compreensão do ordenamento jurídico como “sistema aberto”, permeado por princípios e cláusulas gerais, e alinhado à ideologia do Estado social. Nesse giro, o autor sustenta que o contrato “pós-moderno” desprende-se da vontade das partes, passando a ter vida própria em razão do influxo de pautas morais e axiológicas pelas quais foram sendo paulatinamente povoadas a Constituição e a legislação ordinária, as quais assumiram as vestes de imperativos cogentes. Defende, ainda, que “no contexto atual”:

“no paradigma presente, o princípio da boa-fé objetiva [por meio da função corretora] e seus deveres anexos visam restabelecer, o estabelecer, o equilíbrio contratual [...] com suporte na solidariedade, na cooperação mútua, na função

social – cláusula geral asseguradora de trocas justas e úteis – e nos princípios da equivalência das prestações, da conservação dos pactos.”²

O Capítulo 2 (“Instrumentalidade dos princípios jurídicos como meio de intervenção estatal nos contratos”) traz uma franca defesa do “dirigismo contratual”, ou seja, a intervenção interpretativa, integrativa e corretiva da vontade do Estado sobre a vontade do particular, justificada pela alegada necessidade da assistência do ente público para o resguardo da justiça, razoabilidade, proporcionalidade e humanidade das relações contratuais. Para tanto, o autor trata sobre a noção de “princípio”; identifica seus exemplares na Constituição, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil; aponta que estes seriam “fundamentos” e “balizadores” das leis; e enaltece o “dirigismo jurisprudencial”, consistente na criação de diretrizes de conduta contratual a partir da cognição de princípios, operada pela jurisprudência por meio de precedentes vinculantes dotados de eficácia geral (súmulas vinculantes, repetitivos etc.).

O Capítulo 3 (“A boa-fé objetiva e suas funções”) trata especificamente da boa-fé objetiva e das suas funções. Traz um panorama doutrinário abrangente sobre as classificações das funções da boa-fé objetiva, qual gabarito ético da conduta das partes de um contrato, com destaque para a relevância que ela assume para fins de interpretação (função hermenêutica), integração (função integrativa) e correção (função corretiva) dos contratos. Mais especificamente, o autor destaca que o cumprimento dessas funções não se dá apenas com o esclarecimento do sentido da vontade das partes ou com o suprimento de lacunas do clausulado contratual, mas sobretudo mediante a restrição ao exercício de direitos subjetivos (pretensamente contemplados pelo acordo) e pela criação de deveres não previstos pelas partes, os deveres anexos. O autor então defende que um contrato pode ser descumprido não apenas quando a prestação explicitamente consignada em seu objeto não é oferecida pelo devedor, mas, de igual forma, quando um dever anexo, derivado da boa-fé objetiva, posto que não escrito, seja descumprido (violação positiva do contrato).

O Capítulo 4 (“Deveres anexos de conduta”) formula uma tábua de deveres anexos, resultantes da boa-fé objetiva, e cuida deles de maneira detalhada. O ponto de partida da exposição é a distinção entre deveres principais, que englobam as obrigações principais, nucleares ou fundamentais; e os deveres anexos (acessórios, laterais ou secundários), que constituem não apenas desdobramentos lógicos dos deveres principais (pressupostos à plena satisfação destes), mas imposições autônomas derivadas diretamente da boa-fé objetiva, como imperativos para a compatibilização do contrato com esta³. A seguir, o autor aponta que existem inúmeras e variadas

2. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 53.

3. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 90-94.

classificações dos deveres anexos, propostos pela doutrina brasileira e estrangeira, e que, por conveniência, ele optou por examinar os deveres de cooperação e colaboração; informação plena, esclarecimento e transparência; agir conforme a confiança depositada; proteção e cuidado; lealdade e fidelidade; conservação e guarda; respeito; agir de acordo com a razoabilidade; proibidade e honestidade.

O Capítulo 5 (“Etapas da fase pré-contratual e regime da responsabilidade”) é o coração do livro, pois consiste no trecho em que a hipótese inicial de pesquisa (aplicação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual) é desenvolvida e resolvida. Ali o autor sustenta que a responsabilidade pré-contratual pode surgir do descumprimento dos deveres de informação, esclarecimento, lealdade, entre outros. No cenário assim descortinado, afirma que “é inquestionável que a solidariedade e o cuidado, além da plena informação e da razoabilidade, na condição de deveres anexos da boa-fé objetiva, devem ser estritamente observados em todos os períodos da fase pré-contratual [...]”⁴. Destaca, ademais, que a suscitação de falsas expectativas na potencial contraparte, com descaso à confiança, lealdade e transparência, pode ensejar responsabilidade civil, a qual possuiria natureza contratual e objetiva (independente de culpa ou dolo)⁵.

O Capítulo 6 (“O princípio da confiança nas tratativas. Informação plena e transparência”) complementa o anterior, aprofundando a operatividade dos deveres de informação e transparência durante as tratativas contratuais.

É elogiável o zelo com o qual o autor trata das referências colhidas do direito estrangeiro e da doutrina “colegial” contemporânea. O Capítulo 8 (“*Standard* ético-jurídico: a boa-fé na Europa (*common law* e *civil law*), na CISG e no UNIDROIT”) é inteiramente dedicado à indicação de dispositivos de ordenamentos jurídicos estrangeiros (filiados às tradições de *civil law* e *common law*), que sustentariam o alinhamento das conclusões do autor à prática legislativa disseminada entre as principais nações. Já o Capítulo 7 (“As Jornadas de Direito Civil e os deveres pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais”) traz a descrição e os comentários sobre enunciados formulados e aprovados durante as Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CJF (2002, 2003, 2004, 2006, 2011, 2013, 2015 e 2018), os quais corroborariam a existência de deveres pré-contratuais e, nestes moldes, reforçariam as teses defendidas pelo monografista.

Por fim, o Capítulo 9 (“Necessidade de alteração do artigo 422 do Código Civil e sugestão de reforma legislativa”) traz uma sugestão para a “necessária” alteração do artigo 422 do Código Civil, e os anexos A e B trazem o texto do Projeto de Lei 600/2011, que tinha por objeto justamente promover essa alteração; e a íntegra,

4. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 133.

5. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 134-136.

no original, de um paradigmático precedente da jurisprudência alemã que teria reconhecido, com pioneirismo, a incidência dos deveres de cuidado e proteção (anexos à boa-fé objetiva) na fase pré-contratual.

Vem em boa hora a publicação da obra.

A discussão quanto à aplicação de princípios e cláusulas gerais em matéria contratual avivou-se com a publicação, havida em 30 de abril de 2019, da Medida Provisória 881, que instituiu a “declaração de direitos de liberdade econômica”, que deu origem à recém-publicada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019) e, entre outras providências, determina a alteração da redação de dispositivos relevantes do regramento geral conferido pelo Código Civil aos contratos. Entre os dispositivos alterados pela medida provisória, encontra-se o artigo 421 do Código Civil, o qual passa a contemplar, em seu novo parágrafo único, o mandamento de que “[n]as relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional” – na contramão do que defende Ezequiel Morais. Tal investida normativa contra o dirigismo contratual (expressão cunhada por Josserand, retomada e defendida com entusiasmo pelo autor da obra em comentário) alinha-se, de mais a mais, à preocupação que vem se manifestando com relação à proliferação de decisões judiciais baseadas em princípios, cláusulas gerais e *standards* desprovidos de delimitação semântica objetivamente controlável. São frequentes os alertas de que o recurso a tais fundamentos decisórios fomentaria a insegurança jurídica, depondo contra a certeza e a previsibilidade do funcionamento do sistema jurídico. Exemplo desta preocupação colhe-se da promulgação da Lei 16.655/2018, a qual incorporou à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) a previsão de que “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (artigo 20).

No contexto assim delineado, a obra de Ezequiel Morais defende a importância dos princípios e cláusulas gerais como instrumentos, postos à disposição do dirigismo contratual, de promoção da justiça das relações contratuais. Ao fazê-lo, adota postura corajosa, com a qual se pode concordar ou não, mas cujo valor para o debate doutrinário em matéria contratual é visível. O trabalho do autor contribui com a qualidade da importante e atribulada discussão, em torno da eficácia normativa e da amplitude conceitual de princípios e cláusulas gerais atinentes ao território dos contratos, que toca, a bem se ver, a própria compreensão contemporânea das bases metodológicas da legislação e da ciência civilista.

II. CRÍTICA

As críticas a seguir destinam-se a contribuir com o debate que o próprio livro de Ezequiel Morais suscita, destacando questionamentos que emergem do texto e

parecem fazer jus à abordagem mais detida e ulterior aprofundamento. Têm, ainda, a finalidade de homenagear o autor pelo mérito que a monografia apresenta ao oportunizar a reflexão sobre questões tão pulsantes e desafiadoras.

1. *Dirigismo contratual*

O autor faz uma defesa firme do dirigismo contratual. Para ele, é

“indubitável [...] que a utilização dos princípios jurídicos como meio de intervenção estatal nos contratos mostra-se necessária para restabelecer a justiça e a equidade contratuais, visto que apenas com a aplicação pura e automática da norma não se alcança, muitas vezes, esse fim [...]”⁶

A intervenção estatal, especialmente em sua vertente jurisprudencial (veiculada em precedentes vinculantes dotados de eficácia geral), seria uma ferramenta para a defesa da “justiça contratual” e do “sinalagma contratual”.

A defesa do autor seria, contudo, mais interessante se uma atenção maior tivesse sido reservada para a descrição e crítica da doutrina que se opõe ao dirigismo contratual ou outras formas de “ativismo judicial”⁷. Por não ter estabelecido o diálogo, nem exposto o contraponto, o livro deixou de destacar com maior clareza as vantagens do posicionamento ali sustentado.

2. *Justiça contratual*

A recorrente alusão do texto à “justiça contratual” suscita dúvidas. Afinal, o que é “justiça”? E “justiça contratual”? Existem muitas formulações diferentes sobre a justiça (em geral). O autor não expôs analiticamente qualquer delas, nem confrontou concepções antagônicas, salientando pontos fortes e fracos de cada uma delas, para convencer o leitor de que o seu modo de ver a justiça é o mais adequado.

O autor ainda invoca a defesa do “sinalagma contratual” como justificativa para o dirigismo contratual, como se este tivesse um sentido unívoco de equivalência material entre as prestações. A noção de equilíbrio contratual é controvertida, pode variar em cada caso concreto, e não há evidência sólida ou densa o bastante no texto de que o resguardo daquela equivalência, tal qual imaginada pelo autor, tem base legal, principiológica, mormente por conta do desprestígio a outros princípios, como o da segurança jurídica e o da separação de poderes, que esta medida poderia acarretar.

6. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 65.

7. O autor cita-as genericamente: “Portanto, as críticas sobre a hipertrofia de princípios e cláusulas gerais, sobre as funções da boa-fé e o alargamento do seu campo de aplicação não coadunam com a moderna dinâmica do direito contratual rumo à prevalência do equilíbrio das prestações e com a função social do contrato, que, frisa-se, também pode ter eficácia interna entre as partes.” (MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 70.)

3. Princípios

Em outro trecho do livro, afirma o autor:

“Logo, os princípios gerais de direito não se prestam somente a suprir omissões ou colmatar lacunas normativas são, muitas vezes, fundamentos delas, de tal modo que a sua violação redunde em inquestionável afronta ao sistema. Este autor entende que a aplicação restritiva (ou não ampla) de princípios, ou seja, uma espécie de *judicial self-restraint*, quase sempre fere a própria Constituição Federal e causa injustiça [...]”⁸

O trecho suprarreproduzido suscita reflexão. Por que a aplicação “não ampla” de princípios quase sempre gera injustiça? Isto é comprovado por algum levantamento estatístico? Aliás, novamente, o que se entende ali por “injustiça”? Qual o significado da expressão “quase sempre”? Em que hipóteses, e por que a violação a um princípio não causaria injustiça, logo seria admissível? O que tornaria a violação de um princípio admissível? Se um juiz pudesse decidir um caso sem recorrer a um princípio, o estaria violando? Ou ainda: por que um juiz deveria preferir decidir um caso com base em um princípio, se ele tiver à disposição uma regra⁹ que lhe ilumine a solução aplicável?

Em virtude da objetividade da fundamentação, pode-se cogitar de que o autor acolhe uma ideia absoluta (a única) de justiça contratual, cuja concretização deve ser exercida pelo Poder Judiciário, a quem competirá fazer sua vontade substituir a das partes ainda que não haja espaço vazio a ser preenchido. Fica a dúvida, nesse contexto, sobre quais seriam os critérios dogmáticos de que se valeria o juiz sem que sua vontade jurisdicional se aproximasse do arbítrio, e fosse vista como uma ameaça injustificada à liberdade, que também é uma garantia constitucional. O livro mostra haver uma valiosa oportunidade investigativa a se explorar, qual seja, a de precisar tecnicamente parâmetros – além da “ponderação”, mencionada rapidamente no livro – para compatibilização do dirigismo contratual com a liberdade de contratar, e, mais que isso, critérios para a operabilidade controlável dessa interação principiológica no amplo, rico e multifacetado ambiente jurídico brasileiro.

Nessa ordem de ideias, o trabalho de Ezequiel Morais indica existir uma interessante e importante trilha de pesquisa que ainda deve ser percorrida pela doutrina, no curso da qual serão perquiridos e identificados, com rigor científico, critérios para a conciliação dos princípios do direito contratual com o direito contratual positivado

8. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 58.

9. A distinção entre princípios e regras não é aprofundada no livro. Sobre o tema, para uma ampla visão da discussão doutrinária que o rodeia, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33-128.

(incluindo-se neste as normas positivadas pelas partes no contrato). A boa-fé objetiva é uma ideia vaga, que o legislador incluiu no texto positivado como chamado e autorização ao juiz: chamado para garantir a atualidade da lei no decorrer do tempo e a sua adequação às peculiaridades de cada caso concreto; e autorização para agir com discricionariedade para atingir esse fim. Essa autorização, entretanto, não parece, de antemão, ser incondicionada; ou, se o fosse, isso ainda careceria de demonstração. O livro ganharia consistência se investigasse, no contexto do debate sobre a aplicação de princípios e o dirigismo contratual, parâmetros que pudessem orientar a “derrotabilidade” de regras abstratas (da lei) e concretas (contrato)¹⁰. Uma regra legal ou contratual considera-se derrotada quando, apesar de presentes seus pressupostos de incidência, os seus efeitos são excepcionalmente paralisados; ou ainda quando lhe são atribuídos efeitos que sua extensão semântica, sintática e pragmática não são capazes de acomodar.

A relevância dessa abordagem justificar-se-ia pelo fato de o sistema jurídico “pós-moderno” ser aberto, mas continuar sendo um sistema, composto de princípios e regras¹¹, em vista do qual cumpre aprofundar o exame da dinâmica mais profunda da boa-fé objetiva e fundamentos controláveis que definam sua aplicação, autônoma ou subsidiária, criadora ou paralisante, conforme cada tipo de caso. E, para que fique claro, tornar a boa-fé objetiva “controlável” não implica diminuir sua força, muito pelo contrário: a rigor, a boa-fé “objetiva”, quanto mais “subjéctiva” afigura-se, mais perde de seu significado normativo.

4. *É inquestionável... e o bom-senso*

Do ponto de vista metodológico, o seguinte trecho chama atenção:

“A continuar, é inquestionável, por assim dizer, que o ponto de vista diverso [do aqui defendido] ignora, no intuito de manter a incolumidade dos contratos ou, talvez, por receio de mudança ou até mesmo comodismo, as particularidades da contemporaneidade nacional e as modificações realizadas por vários países em seus códigos civis durante as últimas décadas, notadamente no direito das obrigações e

10. Sobre o tema, para ampla bibliografia, v. ALCHOURRÓN, Carlos E. *On Law and Logic*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Batista (Orgs.). *The Logic of Legal Requirements*. Essays on Defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012.

11. A respeito da convivência de princípios e regras no sistema aberto, são pertinentes as formulações de Humberto Ávila: “[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento de soluções às particularidades dos casos concretos.” (ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 129.)

dos contratos. A título de recordação [...] citamos a França (em 2016), a Argentina (2014) e a Alemanha.”¹²

Em geral, é criticável o uso de expressões de autoaclamação num texto científico (“óbvio”, “indubitável”, “evidente” etc.). Admitir-se o contrário implicaria confundir ciência com ideologia ou superstição¹³. Essa recomendação, entretanto, mostra-se ainda mais importante num texto que trata de “princípios”. Justamente porque princípios são ideias vagas e de conteúdo marcadamente ético, quanto maior for o debate, a troca de ideias, o confronto de argumentos sobre eles, mais bem resolvidos eles aparecerão ao público.

Quanto mais um autor duvida da concepção de dado princípio no ponto de partida, e enfrenta as oposições que lhe foram formuladas para, então, identificar dialeticamente a sua extensão normativa, mais forte será a sua tese, ou seja, quanto mais rápido se abraça um princípio e se lhe atribui uma extensão ampla, menos forte, sob a perspectiva argumentativa e persuasiva, a tese se torna. A aceitação muito rápida de uma ideia restritiva de um princípio soa autoritária; aceitação muito rápida de uma ideia ampliativa de um princípio soa retórica, como se observa no trecho seguinte:

“O que não é razoável se percebe com facilidade, pois, digamos, extrapola o bom-senso, que, por sua vez, é definido de acordo com a capacidade média do homem comum de se adequar às regras e aos costumes cotidianos da sociedade em que vive. Falta de bom senso e razoabilidade, por exemplo, é a negativa de um hospital ou plano de saúde de prorrogar o tempo de internação de paciente em estado grave – ou até mesmo limitar o tempo de internação, como se a medicina fosse ciência exata.”¹⁴

À primeira vista, parece inevitável, diante do excerto, a lembrança do primeiro parágrafo do *Discurso do Método*, em que Descartes relembra que o bom-senso é o que de mais abundante há no mundo... e ainda assim, quantos erros não são cometidos! Não é suficiente ter o espírito bom – adverte o filósofo; “o principal é aplicá-lo bem”¹⁵. Daí a imperatividade do método.

12. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 93.

13. Cf. POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations*. Londres: Routledge, 2002. p. 33 s.

14. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 123.

15. DESCARTES, René. *Discurso do Método. Descartes – Obras Escolhidas*. Trad. Jacob Guinsburg et al. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 63. Eis a íntegra do parágrafo: “[o] bom senso é a coisa do melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão bem provido dele, que, mesmo que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa, não costumam desejar tê-lo mais do que o têm. E não é verossímil que todos se enganem a tal respeito; mas isso antes testemunha que o poder de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, destarte, que a diversidade de nossas opiniões provém não do fato de serem uns mais racionais do que

Em se tratando da razoabilidade, seria interessante explorar de maneira mais detida as diversas formulações dogmáticas disponíveis, que são variadas e mais complexas que uma alusão simples ao “bom-senso”. Em direito constitucional, administrativo, tributário, processual, entre outros, a razoabilidade é tema recorrente. Em teoria geral, é de reconhecido valor o marco teórico proposto por Humberto Ávila, que descreve a razoabilidade como postulado normativo (norma de segundo grau), e discrimina suas manifestações típicas em três grupos: razoabilidade como equidade; razoabilidade como congruência; e razoabilidade como equivalência¹⁶.

5. *Deveres anexos e outras regras do Código Civil*

Uma característica da obra aqui comentada é o uso de nomes diferentes para coisas que parecem ser uma só. Do ponto de vista metodológico, isto importa imprecisão terminológica, um aspecto digno de crítica. No Capítulo 4 do livro, encontram-se deveres anexos da boa-fé objetiva nomeados em pares ou trinças de termos; por exemplo, “cooperação e colaboração”¹⁷. A diferença entre cooperação e colaboração não é explicada, assim como não é possível saber o que justificaria o uso de dois nomes para um só dever.

A bem da verdade, a própria enunciação do conteúdo do dever antes citado é nebulosa, pois faz referência a outros deveres (razoabilidade, equidade, e a “boa razão” – o que seja esta última o leitor do livro certamente ignorará), como se cooperação e colaboração fossem uma classe dispensável. O próprio autor destaca que este seria um “gênero”, dentro do qual se incluiriam outros deveres, mas as notas distintivas (sintéticas) desta classe superior não são expostas, o que põe em dúvida o seu valor dogmático.

Esse aspecto do texto, todavia, sinaliza uma interessante rota de pesquisa a ser explorada, qual seja, a do confronto entre os deveres anexos da boa-fé objetiva (de fundo principiológico) com outros remédios previstos e disciplinados pelo Código Civil sob a forma de regras, em especial aqueles atinentes aos defeitos do negócio jurídico. Um caso em que o confronto parece evidente é o que diz respeito ao dever de informação, de um lado, e ao dolo (artigos 145 a 150 do Código Civil), de outro. Outro seria o do contraste entre o dever de conservação e as regras sobre a responsabilidade

outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas. Pois não é suficiente ter o espírito bom, o principal é aplicá-lo bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios, tanto quanto das maiores virtudes, e os que só andam muito lentamente podem avançar muito mais, se seguirem sempre o caminho reto, do que aqueles que correm e dele se distanciam.”

16. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 173 ss.

17. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 96-100.

civil extracontratual. Em qualquer caso, parece haver o risco de uma sobreposição entre o princípio da boa-fé objetiva e outras regras do Código Civil, motivo pelo qual seria interessante a elaboração de uma análise sistemática que, a um só tempo, conciliasse a positivação daquele no artigo 422, com o significado e campo próprio de aplicação das demais regras. Esse exercício seria importante não apenas para fundamentar uma conclusão sobre o caráter subsidiário ou autônomo da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (mesmo que em sua função ativa), assim como para evitar que ao conteúdo desse princípio fosse atribuída uma extensão demasiadamente grande, a ponto de tornar outras regras igualmente positivadas desprovidas de utilidade.

6. *Responsabilidade civil pela quebra da boa-fé objetiva na fase pré-contratual*

No Capítulo 5, o autor finalmente aborda a natureza e a disciplina da responsabilidade civil decorrente da quebra da boa-fé objetiva nas tratativas. Firmada a premissa de que o artigo do Código Civil se aplica à fase pré-contratual, será pertinente examinar se essa responsabilidade é contratual ou extracontratual, e se é objetiva ou subjetiva. A esse respeito, afirma o autor:

“Este autor entende que a violação de deveres anexos de conduta na fase pré-contratual enseja, sim, responsabilidade – objetiva – passível de ressarcimento de danos e fundamenta-se na tutela da confiança. Também se entende que a responsabilidade a incidir durante a referida fase é contratual, tem natureza obrigacional e prescinde da existência de erro, culpa ou dolo [...]”¹⁸

Fundamenta o seu posicionamento nos seguintes moldes:

“Justifica essa segunda corrente [à qual aqui se filia] que na fase pré-contratual, mesmo não havendo contrato, há, sem dúvida, uma relação obrigacional em que incidem os deveres anexos provenientes da boa-fé objetiva. Logo, existe nexo que interliga as negociações preliminares às fases contratual [...] e pós-contratual [...], no caso de infração aos deveres anexos de conduta. Além disso, quanto ao interesse a ser ressarcido, este se refere ao interesse negativo, pela frustração da confiança [...]”¹⁹

Nesse ponto, o autor deixa um desafio para futuras pesquisas, pois não explica em maiores detalhes como a inobservância da boa-fé objetiva na fase pré-contratual seria equiparável ao inadimplemento contratual, mormente num contexto em que não há contrato algum ainda formado. Que haja vínculo entre as tratativas e o contrato concluído é algo que se pode admitir sem maiores traumas; é assim na generalidade

18. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 134.

19. MORAIS, Ezequiel. Op. cit., p. 136.

dos casos, todo contrato (civil) é precedido de alguma negociação, e traz consigo a marca da barganha travada entre os contratantes. Mas, quando o contrato não se forma, ainda assim, se pode cogitar de responsabilidade contratual? Por quê?

O mesmo cenário verifica-se quanto ao caráter objetivo da responsabilidade. O leitor do livro possivelmente se perguntará: “por que a responsabilidade pela quebra da boa-fé objetiva é objetiva?” O livro não deixa claro. É de se suspeitar que a resposta não se limitaria à simplicidade da correlação objetiva/objetiva: boa-fé “objetiva” – responsabilidade “objetiva”. Com isso, o autor deixa uma valorosa provocação para estudos futuros.

7. A “necessária” reforma do artigo 422 do Código Civil

Depois de páginas sustentando que o respeito à boa-fé objetiva seria um mandamento aplicável não apenas às fases contratual e pós-contratual, assim como na fase pré-contratual, o autor afirma que é “necessário” reformar o artigo 422 do Código Civil para que este preveja, explicitamente, a incidência da cláusula geral ali contida no momento das tratativas. O que traz à tona a constatação: se é “necessário” alterar a lei, então, no estado em que nos encontramos, a boa-fé objetiva não se aplica à fase pré-contratual.

A reforma proposta pelo autor conferiria ao artigo 422 do Código Civil a seguinte redação:

“As partes, nas negociações preliminares, na formação e na execução e conclusão do contrato, como também na fase pós-contratual, devem proceder segundo a boa-fé e seus deveres anexos e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei e dos usos, com vistas à razoabilidade e ao equilíbrio contratual.”

A leitura do livro como um todo permite, entretanto, supor que o autor teria sugerido a mudança na lei para fins didáticos, pedagógicos, meramente expletivos. Como, contudo, isso não se escreveu com clareza, pode o leitor ter dúvida sobre a verdadeira “necessidade” da mudança legislativa, sobre a qual mais acalentados debates parecem pertinentes.

III. OBSERVAÇÕES FINAIS

A obra de Ezequiel Morais reveste-se de grande valor para o debate sobre o direito contratual contemporâneo. As posições ali tomadas são fortes e, bem por isso, suscitam reflexão. Um grande mérito do trabalho é provocar o leitor, quem sabe futuro pesquisador, a enfrentar as questões cuja solução segura servirá de base para os próximos passos da evolução do direito contratual brasileiro.