

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

André Perin Schmidt Neto

A superação do dogma da vontade e o novo paradigma da confiança nos contratos.

Porto Alegre
2014

Dedico esta tese à Ana Luiza, que me entende sem que eu precise usar uma palavra sequer.

AGRADECIMENTOS

Uma tese não tem um início ou um fim cronológico. Desde sempre refleti sobre nossa real capacidade de tomar decisões, sobre aquilo em que eu acredito e confio, o modo como as pessoas interagem, etc., até que tais reflexões, aliadas a novas leituras e a novos pensamentos, levam a uma ideia. E é um processo sem fim porque esta teoria é o retrato de um momento. Para chegar a ela, muita gente passou pela minha vida deixando uma observação que ensejou reflexões e, somadas, uma teoria. Esse é o valor do conhecimento, é iconoclasta, na medida em que as ideias passeiam pelas mentes e, às vezes, formam ingredientes de um pensamento que possa valer o registro. Mas valem, ainda mais, pelo incentivo às novas reflexões. Agradeço a todos que, de alguma forma, fizeram parte dessa trajetória.

Registro o nome de quem contribuiu diretamente para as ideias aqui apresentadas: meu pai, Ricardo Schmidt e minha mãe Remis Schmidt, principais fontes das minhas reflexões; a Professora Claudia Lima Marques, orientadora excelente, modelo a ser seguido; o Professor Cesar Viterbo Matos Santolim, brilhante jurista e amigo que me proporcionou o debate do qual surgiram as primeiras e principais ideias desta tese; o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que me acompanha desde meus primeiros anos de estudo; o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. pelo exemplo de jurista; o Professor Plínio Melgaré, meu contínuo apoiador. Meu reconhecimento e agradecimento também aos Professores Luis Renato Ferreira da Silva, Eugênio Facchini Neto e Bruno Miragem pelas excelentes sugestões feitas durante a banca de qualificação; aos meus colegas de docência na PUC e na UNISINOS, além dos que me acompanham no íntimo: minha irmã, Natália; minha sobrinha, Alice; minhas tias, tios, primos e avós; *in memoriam* ao meu avô e também sócio André Egydio Schmidt, grande instigador do estudo que me ensinou o amor pelo conhecimento.

Aos colegas e professores do PPGDir da UFRGS, a quem sempre serei grato pelos ensinamentos.

A CAPES, pelo apoio que permitiu a elaboração desta tese.

Por fim, um agradecimento especial aos meus amigos.

Há mais de 2.500 anos, o sacerdote do oráculo de Delfos pediu aos sete sábios do Oriente, os homens mais inteligentes da Grécia, que gravassem uma frase no templo. Tales de Mileto cunhou as palavras *gnothi seaution*, “conhece-te a ti mesmo”. Este é o marco do nascimento da filosofia como a conhecemos. Mas há quem diga que o autor desta frase foi Quílon, pois Tales de Mileto, considerado o primeiro dos filósofos, teria esculpido a frase menos famosa, mas igualmente genial: “pensa nos amigos”. Ambos os ensinamentos

traduzem o sentido desta tese que busca o conhecimento sem jamais deixar de pensar nos amigos. Este trabalho é daqueles com quem eu sempre pude contar. Muito obrigado!

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.

Luis de Camões

RESUMO

A tese propõe uma releitura da teoria do negócio jurídico a partir da inclusão da confiança no núcleo do suporte fático a gerar uma ótica plural e reflexa da vontade. Pretende-se a análise dos contratos a partir de um novo paradigma, demonstrando a inclusão da noção de confiança no negócio jurídico, não apenas acompanhando a manifestação de vontade, mas permitindo a análise reflexiva desta. Assim, deve responder a muitas dúvidas deixadas pela teoria do fato jurídico que, criada em um ambiente liberal, estabelecia a vontade individual das partes como único elemento a compor o cerne do núcleo de um negócio jurídico. Hoje, a sociedade de massas, os contratos de adesão e as contratações eletrônicas demandam uma revisão dos conceitos-base da teoria geral do direito civil. Esta tese pretende analisar, não apenas a vontade das partes de maneira isolada, mas a confiança (a partir da noção de *vertrauen* do direito alemão) que as manifestações de vontade recíprocas e os usos do tráfico provocam em ambos os contratantes. Portanto, no cerne do negócio jurídico não estariam apenas as manifestações da *vontade*, mas o *consenso* que se dá de modo dinâmico, variando de acordo com os outros elementos, conjugação entre a manifestação de vontade de um contratante, a confiança provocada no outro e a manifestação de vontade do outro contratante e a confiança, a legítima expectativa, provocada no primeiro, considerando-se as circunstâncias negociais. O objetivo do trabalho é estudar a flexibilização do princípio da autonomia da vontade que, apesar de ser a base do direito contratual, hodiernamente deve ensejar a releitura da teoria do negócio jurídico, a fim de adaptá-la à realidade das relações sociais e adequá-la às teorias clássicas ao incluir noções de função social do contrato, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico dos pactos, etc., em sua estrutura teórica.

Palavras-chave: teoria do fato jurídico, negócio jurídico, contrato, contrato de consumo, autonomia privada, princípio da confiança.

ABSTRACT

The thesis proposes a reinterpretation of the theory of legal business from the inclusion of the trust at the core of factual support to generate a plural and reflexive perspective of will. We intend to analyze the contracts from a new paradigm, demonstrating that the inclusion of the notion of trust in the legal business, not just following the declaration of intent, but allowing this reflective analysis, answers many questions left by the theory of legal fact who, raised in a liberal environment, established the individual will of the parties as a single element composing the core of the nucleus of a legal business. Today, mass society, contracts of adhesion and electronic contracting, demand a review of the basic concepts of the general theory of civil law. Thus, this thesis aims to analyze, not only the will of the parties in an isolated way, but confidence (from the notion of *vertrauen* in German law) that the manifestations of reciprocal desire and uses of traffic cause in both contractors. Therefore, at the heart of the legal business would not be the only manifestations of the will, but a consensus that occurs dynamically, varying according to the other elements, conjugation between the expression of the will of a contractor and trust in each other caused, and the consent from the other contractor and the trust, the legitimate expectation, caused on the first, considering the business circumstances. The objective is to study the flexibilization of the principle of freedom of choice, which, despite being the basis of contract law, in our times should give rise to a reinterpretation of the theory of legal business in order to adapt it to the reality of social relations, adapting the classical theories to include the notions of social function of the contract, objective good faith, economic balance of the pacts, etc., in his theoretical framework.

Keywords: theory of legal fact, legal business, contract, consumer contract, private autonomy, freedom of choice, the principle of trust, reliance.

ABSTRACT

La tesi propone una rilettura della teoria di negozio giuridico dall'inclusione della fiducia al centro di supporto fattuale per generare una prospettiva plurale e riflessiva della volontà. Intendiamo analizzare i contratti da un nuovo paradigma, a dimostrazione che l'inclusione della nozione di fiducia nel negozio giuridico, non solo in seguito alla dichiarazione di intenti, ma permettendo a questa analisi riflessiva, risposte a molte domande lasciate dalla teoria dello fatto giuridico che, cresciuto in un ambiente liberale, stabilito la volontà individuale delle parti come un singolo elemento che compone il centro del nucleo di un negozio giuridico. Oggi, la società di massa, i contratti di adesione e contrattazione elettronica, richiedono una revisione dei concetti di base della teoria generale del diritto civile. Così, questa tesi si propone analizzare, non solo la volontà delle parti in modo isolato, ma la fiducia (dalla nozione di *vertrauen* di diritto tedesco) che le manifestazioni del desiderio reciproco e usi del traffico causa in entrambi i contraenti. Pertanto, al cuore del negozio giuridico non sarebbero le uniche manifestazioni di volontà, ma un consenso che si verifica in modo dinamico, variabile a seconda degli altri elementi, la coniugazione tra l'espressione della volontà di un contraente e di fiducia reciproca e ha causato il consenso dell'altro contraente e la fiducia, legittimo affidamento, ha causato nel primo, considerando le circostanze aziendali. L'obiettivo è quello di studiare il rilassamento del principio di autonomia, che, pur essendo la base del diritto contrattuale, ai nostri tempi dovrebbero dare luogo ad una reinterpretazione della teoria del negozio giuridico, al fine di adattarlo alla realtà delle relazioni sociali, adattando le teorie classiche per includere le nozioni di funzione sociale del contratto, buona fede oggettiva, l'equilibrio economico delle patti, ecc, nella sua struttura teorica.

Parole chiave: teoria dello fatto giuridico, negozio giuridico, contratto, contratto del consumatore, autonomia privata, il principio di fiducia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I – MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NO CERNE DO NEGÓCIO JURÍDICO (TESE).....	23
1 VOLUNTARISMO JURÍDICO: CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO E SEUS PRINCÍPIOS.....	23
1.1 NOÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO	23
1.2 AUTONOMIA PRIVADA.....	27
1.2.1 Princípio da Obrigatoriedade dos Pactos e o Dirigismo Contratual	41
2 A TEORIA DO FATO E DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	46
2.1 TEORIA DO FATO JURÍDICO E O FATO JURÍDICO EM SENTIDO AMPLO	46
2.1.1 Fato Jurídico em Sentido Estrito	49
2.1.2 Ato-fato jurídico	51
2.1.3 Ato Jurídico Lato Sensu.....	52
2.1.3.1 <i>Ato Jurídico em Sentido Estrito.....</i>	53
2.2 NEGÓCIO JURÍDICO	56
2.3 PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	58
2.3.1 Suporte Fático	59
PARTE II – CRÍTICA À VONTADE INDIVIDUAL NO CERNE DO NEGÓCIO JURÍDICO. (ANTÍTESE)	64
3 A CRISE DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	64
3.1 CONTRATOS E CONTATOS: ESTUDO DOS ATOS EXISTENCIAIS	67
3.2 CONTRATOS DE ADESÃO.....	82
4. LIMITAÇÃO À VONTADE RACIONAL	91
4.1 A VONTADE NA NATUREZA.....	91
4.2 RACIONALIDADE HUMANA	111
4.3 RELAÇÕES NEGOCIAIS DE CONSUMO.....	143
PARTE III – CONSENSO DINÂMICO (VONTADE E CONFIANÇA) NO CERNE DO NEGÓCIO JURÍDICO (SÍNTESE)	166
5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	166
5.1 TEORIA DA CONFIANÇA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO	184
5.2 BOA-FÉ.....	201
5.3 TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE.....	211
6 TEORIA DO CONSENSO DINÂMICO.....	221
CONCLUSÃO.....	245
REFERÊNCIAS	246

INTRODUÇÃO

La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. (Niklas Luhmann)¹

Toda ação humana é baseada naquilo que o agente acredita e é papel do Direito encontrar formas de proteger a confiança oriunda das relações entre os indivíduos. Em todo contato social, aqueles que participam partem de premissas que orientam suas ações. Não há como agir sem crer em algo, pois a insegurança paralisa o indivíduo. “Note-se que o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes.”²

Deste modo, os ímpetos naturais da condição animal do homem são refreados por regras de convívio necessárias à sua adaptação ao meio social. “O homem (*homo sapiens*) não é um produto simples da natureza, mas o resultado do convívio com outros homens. [...] não é possível negar que o homem jamais se despe, por completo de seus instintos egoístas, [...]”³

Assim, as normas de convívio social buscam garantir a liberdade individual, preservando o ideal de “justiça” para a cultura de uma sociedade em uma determinada época. Tais regras, inclusive as jurídicas⁴, baseiam-se no que normalmente ocorre a fim de preservar as legítimas expectativas dos indivíduos que confiam em determinadas verdades anunciadas.

O dinheiro é um pedaço de papel que as pessoas acreditam valer alguma coisa. Então, ele passa, efetivamente, a valer. A confiança é a base de toda relação, notadamente nas operações mercantis. Assim como a vontade. Eis as duas faces de um contrato.⁵

¹ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 5.

² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 4.

⁴ “Sejam, porém, rudimentares ou refinadas, elementares ou complexas, simples ou prolixas, as normas jurídicas são indispensáveis e insubstituíveis, porque constituem o único meio hábil e eficaz de que dispõe a sociedade para evitar o caos social e obter uma coexistência harmônica entre os seres humanos.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8).

⁵ “A conciliação entre as declarações de vontade provenientes das pessoas que constituem o negócio jurídico indica um mínimo de confiança que, reciprocamente, uma deposita na outra” LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1.

A grande dificuldade está em teorizar esta percepção prática, afinal como afirma Ihering: “A ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático”⁶. A teoria do fato jurídico busca sistematizar todo o mundo do Direito. Esta ida até a raiz da ciência jurídica, em um nível de abstração capaz de criar o gênero mais amplo do direito – o fato jurídico -, permite uma identidade entre conceitos capaz de traçar um perfil igual para tratar todas as espécies.⁷ Por isso o conceito de fato jurídico existe em qualquer área das ciências jurídicas, ainda que seja mais estudado pelo Direito Civil, decorrência da obra dos pandectistas que criaram a Teoria Geral do Direito a partir de conceitos civilísticos.⁸ E, realmente, o Direito Civil é o ramo mais adequado para a definição dos fatos, pois é o responsável pela regulação das “relações de pessoa a pessoa, reconhecendo a autonomia desta, disciplinando, assim, as formas de vida que são o núcleo íntimo e a razão de ser da organização social, bem podemos dizer que *o direito civil regula a vida quotidiana do homem comum.*”⁹

Esses fatos passam a ser jurídicos quando recebem um valor, um significado, uma compreensão padrão insculpida em uma norma.

A norma jurídica, na verdade, tem a função de *definir o fato* jurídico, atribuindo-lhe conseqüências no plano das relações inter-humanas [...] O fato social, por sua vez, serve de suporte, de objeto, à definição do fato jurídico pela norma, donde se poder dizer que enquanto não houver norma que regule não se transformará em fato jurídico [...] fato jurídico (= norma + fato).¹⁰

É por isso que regras jurídicas não se criam, elas são reveladas¹¹, pois “no final, o direito não-costumeiro é a obra de milhares e milhares de inteligências”¹² que buscam descobrir padrões e estabelecer sistemas que nos permitam compreender o mundo dos fatos. As doutrinas adaptam pensamentos anteriores ao contexto socioeconômico em que vivem. Os

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. XXIII.

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XXVIII e XXIX.

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XXVII.

⁹ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 44.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XXVII.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. XIV.

¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. XVIII.

mencionados pandectistas foram fundamentais para a sistematização da ciência jurídica, notadamente no que toca à parte geral, que, embora escrita no século XIX – período em que a cultura voluntarista era muito forte -, mantém suas bases até hoje¹³. De fato, a análise da vontade manifestada rege as relações humanas desde os homens mais primitivos.

Dentre os filósofos, Aristóteles foi o principal defensor da ideia de livre-arbítrio e da autonomia da vontade do homem. No Direito, a vontade sempre foi o foco das doutrinas que estudam as obrigações. O Direito das Obrigações fundava-se, basicamente na avaliação da conduta dos sujeitos quando da fonte da obrigação, tanto na fonte negocial, ao se centrar na vontade manifestada pelo contratante, quanto na responsabilidade civil¹⁴, fonte obrigacional que focava na intenção e diligência do agente que causa dano a outrem, isso é, a culpa, que por muitos anos foi o alicerce da responsabilização civil.

Por milênios este modelo se manteve até mais recentemente sobrevir a revolução industrial que alterou significativamente as relações sociais e chamou atenção para as falhas em se atribuir efeitos unicamente à vontade manifestada. A primeira revolução foi a do carvão e do aço; a segunda - no modelo econômico -, com a adoção do fordismo e do taylorismo; a terceira, com a globalização e a informatização.

A terceira revolução industrial e a globalização da economia criaram uma nova e segunda cisão ou fratura, com a atual incapacidade de dar respostas à *questão cultural* e de confiança dos indivíduos nas próprias respostas do direito e das instituições criadas pela Revolução Francesa. Seria uma crise de legitimação ou de confiança, que aumenta ainda mais a posição de vulnerabilidade do consumidor, agora que a produção despersonalizou-se totalmente e desterritorializou-se, tornando-se mundial, que as marcas, o *marketing* e os mercados não conhecem mais fronteiras, onde os limites do público e do privado, do trabalho e do lazer foram quebrados pelo meio virtual, 24 horas no ar, em qualquer lugar, e mesmo na mobilidade dos celulares é possível comprar, enviar mensagens e responder e-mails, o mundo virtual modificou os hábitos de consumo, mudou o tempo de consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade informacional, técnica, fática e jurídica do consumidor. Aqui é necessário impor um parâmetro mais visual, típico

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. XX.

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (org.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. vol 2, p. 191-204. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2011. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever de indenizar, in FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 196.

de nossa época, o princípio da proteção da confiança legítima, a *fides*, que já não mais valora a conduta das partes, mas sim o resultado prático, abusivo ou não, que se observa no mundo do direito.¹⁵

Após tantas revoluções econômicas e tecnológicas, chegou-se à sociedade massificada, reunida em grandes centros urbanos, que já não pode ser regida pelas mesmas normas. A propósito, desde 1897, Saleilles e Josserand já alertavam para a necessidade de reduzir a importância da manifestação volitiva culposa quando da verificação do responsável. No Direito Contratual, por outro lado, a vontade continuou sacramentada por muito mais tempo.¹⁶

No século XIX, auge do liberalismo, do chamado Estado moderno, coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional do contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade.¹⁷

O estágio atual do Direito não mais ignora que tratar igualmente sujeitos desiguais seria tutelar a desigualdade em detrimento ao direito a diferença.¹⁸ Hoje o ordenamento contempla a isonomia onde os iguais são tratados igualmente, mas os desiguais são tratados desigualmente na medida de sua desigualdade.¹⁹

Em segundo, sendo racional, há igualdade entre todas as pessoas, porque todos os homens são dotados de razão. Mas essa igualdade não significa que os homens entre si sejam iguais. Entre si, todos são desiguais. Cabe à lei enfrentar essa desigualdade, seguindo a lição de Rui Barbosa na *Oração aos Moços*: tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real.²⁰

Mas mesmo depois de a sociedade abandonar a busca pela igualdade proclamada na revolução francesa, em busca de isonomia, não faltaram defensores da ideia de que as partes

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 45.

¹⁶ Embora Josserand também tenha escrito sobre a tendência de humanizar os contratos ao abordar os contratos de consumo e de adesão. JOSSERAND, Louis. **A proteção aos fracos**. In: Edição comemorativa dos 100 anos da Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 279-254.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 66.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. trad. Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo castigat mores, 2001.

¹⁹ Conceito aristotélico de isonomia. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. Livro VI, C. 11.

²⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Direito das Obrigações na contemporaneidade. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Min. Ruy Rosado de Aguiar jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 14.

são livres para contratar, e que se obrigam por suas vontades, o que foi a marca do artigo 1.134 do Código napoleônico, copiado pelas codificações mundo afora, que dizia que os contratos fazem lei entre as partes.²¹

E, de fato, a liberdade de contratar e a obrigatoriedade dos pactos são e sempre serão os alicerces do direito contratual. A questão está na sua interpretação a partir de novos princípios, sem se limitar ao voluntarismo jurídico.²² Se o homem contemporâneo percebeu que a verdade é relativa e mesmo o tempo é relativo, também percebeu que as manifestações de vontade só podem permanecer justas se forem relativizadas com base nos princípios. E, por isso, novos princípios passaram a reger este ramo do Direito Civil. Se a teoria clássica se baseava em três pilares: liberdade contratual, força vinculante e relatividade dos efeitos contratuais²³, as transformações sociais trouxeram novos paradigmas a adaptar os princípios clássicos à realidade dos fatos. A boa-fé ganha importância central no Direito Civil notadamente a partir de sua positivação no BGB.²⁴ O reconhecimento legal dos novos princípios permitiu uma renovação na hermenêutica contratual. Hoje não se nega que os contratos sejam obrigatórios (vontade), mas devem ser equânimes (confiança), que devem ser os contratantes livres (vontade), mas que ajam com lealdade e boa-fé (confiança), que não se estendam seus efeitos a quem não participou do contrato (vontade), mas que, sempre que o negócio gerar algum efeito para terceiros, estes sejam respeitados, observada a função social (confiança). Tal desenvolvimento se deu porque a sociedade da informação e de massas é extremamente tecnológica, padronizada, dinâmica e imediatista, o que reestruturou a forma de contratar. A globalização, a despersonalização negocial, o aprimoramento da publicidade e da

²¹ “Assim nosso direito permaneceu bastante formalista e positivista, e ficou nos séculos XIX e XX fortemente arraigado ao princípio do *pacta sunt servanda* e ao dogma da autonomia da vontade. Em outras palavras, o jurista brasileiro não desenvolveu suficientemente o princípio da boa-fé, que estava apenas imanente no Código Civil e explícito de forma tímida no revogado art. 133 do Código Comercial de 1850. Ao contrário, o direito privado brasileiro caracterizou-se, até os anos 70 do século XX, por uma forte manutenção do individualismo e do liberalismo do Código Civil de 1916, o que o fez distanciar-se da realidade de uma sociedade de massa e de grandes diferenças no poder de barganha entre os sujeitos do direito privado.” MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 56.

²² “voluntarismo jurídico, termo que qualifica o tempo histórico em que a vontade constituía o centro nervoso do sistema jusprivado.” JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 144.

²³ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 318-320.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **RT** 741, p. 11-37.

oferta, os contratos eletrônicos são fatores que precisam ser inseridos à teoria contratual, como vem fazendo a doutrina hodierna.

Nos dizeres de Claudia Lima Marques, precursora na compreensão da modificação paradigmática na teoria contratual:

A concepção de contrato, a ideia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.

O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes mais equitativas.²⁵

Entretanto, as teorias clássicas que estudam os negócios jurídicos não sabem como tratar contratos em que a vontade se encontra significativamente mitigada, como é o caso dos contratos de adesão nos quais a desigualdade provoca perda de autonomia, ou nos contratos que, mesmo firmados por incapazes, são plenamente válidos e eficazes. Urge uma releitura dessas teorias que, diga-se, não estão erradas, mas desatualizadas, tal como vêm fazendo alguns visionários juristas desde o século XX. Entre nós, destacam-se autores como Clóvis do Couto e Silva²⁶ que em sua obra “A obrigação como processo” demonstrou a insuficiência do modelo tradicional de obrigação e, principalmente, a precursora obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor” de Claudia Lima Marques²⁷, primeira a reconhecer o que chamou de “nova crise do negócio jurídico”²⁸ e chamar a atenção para a importância da proteção da confiança. A autora desde o início da década de noventa, atenta as transformações sociais, tem atualizado as teorias contratuais em dezenas de publicações que hoje inspiram a presente tese.

Enzo Roppo²⁹ introjetou o que denominou de “novo paradigma contratual”, a fim de trazer uma abordagem doutrinária nova deste contrato do século XXI. Percebe-se a mudança

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

²⁹ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto del duemila**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**: trattato di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2001. VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005.

do Direito Contratual posto por um Estado com objetivos liberais para um Estado com objetivos sociais, que reconheça a transferência de funções do Estado para o mercado em uma sociedade de economia globalizada, que demanda uma ideologia que integre flexibilidade e estabilidade a fim de realizar o justo. Uma teoria contratual em que a supremacia da vontade individual dá lugar à legitimação da liberdade econômica adaptada às novas condições do capitalismo. Defende a proteção aos contratantes mais fracos e a relativização da obrigatoriedade não apenas por questões de equidade e justiça, mas como tutela do próprio funcionamento do mercado, uma vez que empresários eficientes devem prevalecer não pelo abuso de sua posição dominante, mas “pelo melhoramento da qualidade e diminuição do preço dos produtos, pela inovação tecnológica, pela redução dos custos internos e pela racionalização dos processos produtivos e distributivos.”³⁰

Diversos doutrinadores têm se debruçado sobre o tema, constatando a redução da importância da vontade e buscando compreender o que leva certas relações humanas a gerarem consequências jurídicas como o nascimento de obrigações, sem derivar das fontes tradicionais³¹, relacionadas à vontade, isso é, a responsabilização pela culpa ou a vinculação pelo contrato. Situações fáticas que geram obrigações sem que o Direito justifique teoricamente o que se verifica na prática social.

Juristas nacionais merecem destaque nesta reconstrução teórica do direito contratual. Além dos já mencionados Cláudia Lima Marques e Clóvis do Couto e Silva, também Antônio Junqueira de Azevedo se debruçou sobre o tema. O autor defende que o elemento definidor do negócio jurídico seria as “circunstâncias negociais”. Entende que a vontade não é elemento do negócio jurídico, mas sim a declaração de vontade³², pois é no momento da declaração que o negócio começa a existir.³³ Ainda que a declaração seja o resultado do processo volitivo interno anterior, assim que proferida ela é incorporada ao negócio jurídico. Valiosa a teoria do renomado jurista ao tornar mais objetiva a concepção do negócio jurídico, retirando a

³⁰ VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 224.

³¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 121-122.

³² “O negócio jurídico não é, por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma *manifestação de vontade qualificada*, ou a uma *declaração de vontade*”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17.

³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

importância central da vontade do núcleo do suporte fático, apesar de aproximar-se das teorias da declaração ao defender que o negócio decorre de um processo volitivo.³⁴ Ao afastar a vontade da estrutura do negócio desloca o foco para as demais circunstâncias que o compõem afirmando que “o importante na caracterização do negócio é salientar que, se em primeiro lugar, ele é um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos.”³⁵ Embora não mencione a confiança – como fez expressamente Claudia Lima Marques³⁶ -, o autor acaba por tangenciar o tema desta tese quando diz: “A nosso ver, o que de fato caracteriza o negócio, como já foi dito anteriormente, é ser ele uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade qualificada por um modelo cultural que faz com que ela socialmente seja vista como juridicamente vinculante.”³⁷

Não se pode retirar a vontade da estrutura do negócio jurídico, pois ela tem papel relevante em sua formação, mas sim complementá-la pelo significado desta vontade quando declarada conforme as “circunstâncias negociais”. Ou seja, a partir de uma leitura desta teoria, parece certo afirmar que no nascimento da obrigação advinda do acordo, a vontade é rematada pela “confiança nas circunstâncias negociais”.

Mais recentemente, Luis Renato Ferreira da Silva busca explicação na reciprocidade. A chamada “causa sinalagmática”³⁸ justificaria o nascimento de obrigações juntamente com a vontade.³⁹ Afirma o autor: “Não se está, de forma alguma, negando que a vontade

³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83.

³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 134.

³⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22.

³⁹ Trata-se de teoria de grande valor que auxilia na reformulação da teoria contratual. O autor propõe que o elemento que complementa a vontade na sua formação seria o sinalagma. A noção de reciprocidade serviria de fonte nas obrigações nascidas sem a influência da vontade ou da responsabilidade (contrato e ilícito, fontes tradicionais). Parece, inclusive, que se possa fazer uma leitura mais ampla de suas afirmações adequando ao que é aqui proposto. A reciprocidade, e também a noção de equilíbrio com ela relacionada, servem de fundamento para concretização do ideal de justo, correto, certo. Isso porque a reciprocidade não é a outra face da vontade, mas sim o fundamento para ideia de justiça. A reciprocidade, ligada à noção de sinalagma, (equilíbrio contratual), assim como o equilíbrio enquanto valor, está não apenas nos contratos, mas, conforme Habermas, em qualquer ideia de justo. É a confiança neste justo comutativo que faz nascer a obrigação (ao provocar uma manifestação volitiva, ou, nas relações paracontratuais, por si só). (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**:

desempenhe este papel e que ela ainda seja central nos ordenamentos vigentes. O que se sustenta, entretanto, é que, apesar de o consentimento ser o móvel da juridicidade nos contratos, subjaz uma justificativa patrimonial que cumpre funções próprias na vida contratual”⁴⁰

E complementa mais adiante em sua obra⁴¹: “O caráter sinalagmático de determinadas condutas negociais justificaria que, mesmo ausente manifestação volitiva expressa sobre elas, as partes restassem vinculadas.”⁴²

A partir de outro ângulo, pelo viés da responsabilidade contratual, abordando o declínio da culpa (intenção, vontade) no Direito Contratual, aduz o professor Marcos Catalan que “(...) se o recurso à culpa foi um mecanismo extremamente importante na arquitetura jurídica do Estado Liberal, esse caminho não é sequer uma opção viável na formação do Direito civil brasileiro contemporâneo.”⁴³ A culpa, a intenção, a vontade, vão sendo mitigadas pelo direito contratual moderno. O mesmo autor defende a ideia da confiança como valor essencial ao tráfego negocial.⁴⁴

De fato, a vontade (e seu mau uso, que corresponde à culpa⁴⁵) já perdeu espaço na responsabilidade aquiliana objetiva, é também reduzida na responsabilização em caso de

estudos de teoria política. trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.) Assim, o sinalagma e a noção de reciprocidade servem para nortear a confiança de quem manifesta a vontade baseado na ideia de que haverá de ser mantido um mínimo de equilíbrio para manter-se o justo. Ou seja, a confiança no justo comutativo aristotélico gera expectativas legítimas, mas é a confiança que faz agir, isto é, que faz o ócio virar negócio (*nec otium*) servindo de base para a manifestação de vontade. Assim, a confiança é que faz este contraponto com a vontade, mas o sinálagma é fundamental para determinar se a expectativa criada é legítima.

⁴⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23.

⁴¹ “[...] pode-se ver que a adoção da causa como função social, ao passo que representou uma forma de oposição ao dogma da vontade, foi desenvolvida em um ambiente social e político propício a um controle mais direto da relação nascida da autonomia privada. De qualquer sorte, a preocupação que lhe parecia latente residia no afastamento dos subjetivismos a que a teoria clássica da causa conduzia sob a égide do Código Civil de 1865 (fortemente influenciado pelo Código Civil Francês).” SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 117-118.

⁴² SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 118.

⁴³ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 14.

⁴⁴ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 59-69.

⁴⁵ “A culpa atua, como é possível antever, como sanção a ser imposta em razão do mau uso da liberdade.” CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

inadimplemento contratual. Isso se dá em decorrência desta mitigação da relevância da manifestação volitiva quando da formação do contrato e sua flexibilização na sua execução. O desligamento do voluntarismo é percebido no direito das obrigações como um todo. Hoje, o afastamento da vontade é a regra em relações nas quais haja diferença entre os sujeitos a gerar a vulnerabilidade de um deles, tal como no Direito do Consumidor ou no Direito do Trabalho, tanto na responsabilidade, - que, de regra, é objetiva nestes casos -, como na gênese dos contratos oriundos destes ramos.

Todas as relações contratuais estão passando por esta releitura, mesmo porque se buscam explicações para aquilo que Luis Renato Ferreira da Silva chama de relações “paracontratuais”, isto é, obrigações cuja fonte não é a manifestação de vontade. A dúvida que surge é: se não é a vontade a fonte destas obrigações, o que é?

A maioria da doutrina socorre-se dos novos princípios, tais como o equilíbrio⁴⁶, o sinalagma⁴⁷, a boa-fé⁴⁸, a função social⁴⁹ e a confiança⁵⁰, que vieram complementar aqueles vinculados à vontade, tais como a autonomia privada e a obrigatoriedade dos pactos.

Não se quer aqui reescrever a teoria do fato jurídico. A ideia é, com base na esteira de pensamento da doutrina atual, apenas trazer novos elementos a fim de permitir a atualização dessas teorias, por meio de sua releitura.⁵¹ Trata-se de adaptar a doutrina clássica à sociedade

⁴⁶ MAZEUD, Denis. Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? _____; CHRISTOPHE, Jamin. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 135.

⁴⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁸ “E considerando que a culpa não tem papel algum no processo de conformação do dever de reparar os danos contratuais na contemporaneidade, buscou-se apontar qual figura haverá de ocupar seu lugar. (...) Aliás, aqui, como todo processo obrigacional, explora-se esse aspecto, pois, tendo por premissa o fato de que o contrato que obriga é o contrato justo, parece inaceitável conceber a violação de um dever contratual se, por exemplo, a obrigação foi iníqua ou contrária a boa-fé.” CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 16.

⁴⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵¹ No mesmo sentido do Prof. Engelmann quando diz: “Toma-se como ponto de referência a Teoria do Fato Jurídico, formulada por Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado*, o qual foi elaborado numa época em que as mencionadas características estavam bem presentes na cultura jurídica brasileira. Por isso, o objetivo não é a crítica aos pressupostos de Pontes de Miranda, mas uma releitura, a fim de adequar a sua teoria às necessidades e perspectivas da época da inovação (nano)tecnológica.” ENGELMANN, Wilson. **Da lei de inovação à inovação na lei: o diálogo entre as Fontes do Direito e a produção artística como condições de possibilidade à construção do Direito Humano Ambiental**. Projeto “As Nanotecnologias e o Direito: os Direitos Humanos como condição de possibilidade à regulamentação jurídica dentro de um cenário marcado pelo (novo) conceito de inovação”, CNPq/Universal 014/2010. p. 22.

contemporânea. É a busca de soluções para a “nova crise do negócio jurídico”⁵² no contexto de uma sociedade de massa, de consumo irrefletido, bombardeada por aparatos de marketing e publicidade que inebriam consumidores conduzindo-os a contratos padronizados, nos quais sua vontade é drasticamente limitada.

Neste diapasão, a vontade não pode ser mais o único aspecto a ser avaliado pela ciência dos contratos. Há que se estender essa percepção à melhor organização teórico dogmática do direito como um todo: a teoria do fato jurídico, que classifica todo e qualquer acontecimento que interesse ao direito. Todavia, criada em um ambiente liberal, em um período em que a vontade ainda tinha a importância central que hoje divide com os demais princípios, acabou por incluir unicamente a manifestação de vontade no cerne do suporte fático do negócio jurídico.

Assim, o intento deste texto é compreender, primeiramente, as noções positivistas⁵³, mais ligadas à vontade e que fundamentaram o Estado liberal (tese), para então atualizar as mudanças sociais que levaram a novos princípios, afastados da noção de vontade ou culpa pela manifestação volitiva (antítese).⁵⁴ Por fim, será apresentada a teoria de modo sistemático (síntese) a permitir a inclusão da confiança em um novo modelo contratual mais preocupado com as modernas contratações, comumente consumeristas, padronizadas e, por vezes, cibernéticas.

Válida a transcrição do texto de Marcos Bernardes de Mello:

Por outro lado, é claro que o direito positivo não está sujeito às formulações abstratas da Ciência. No atendimento das carências sociais, as normas são livres para formular as categorias e as estruturas que melhor se ajustem às situações, porque, como observa Miguel Reale, “O Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito”. A Ciência presta auxílio inestimável à elaboração do direito positivo, mas, de modo algum limita a capacidade de autocriação do próprio sistema jurídico. Daí,

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 168. MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵³ “Ao se examinar as bases sobre as quais Pontes de Miranda edifica a Teoria do Fato Jurídico são encontrados traços marcantes do positivismo jurídico.” ENGELMANN, Wilson. **A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”**: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. No prelo. p. 2.

⁵⁴ Ratifico a explicação de Lisboa quando diz que “O propósito deste trabalho não é analisar os institutos ligados à confiança como a aparência, o abuso de direito ou a culpa in contrahendo, mas sim apontar a confiança como valor fundamental e princípio geral do negócio jurídico.” LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

parece evidente que, se o direito varia no tempo e no espaço, ajustando-se às exigências das mutações sociais, com forte dose de elemento ideológico, os conceitos e as categorias elaborados pela Ciência Jurídica não podem permanecer imutáveis, mas, precisam ajustar-se às transformações substanciais quando alteram a própria fisionomia do sistema jurídico. Pretender que as categorias e os conceitos permaneçam tal qual foram formulados, insensíveis às modificações do direito é querer fazer deles algo inútil, porque abstração fora da realidade. Ao contrário, ajustá-los à experiência, sempre que mudem as condições existenciais, é fazê-los vivos instrumentos não só da Ciência, mas, principalmente, do próprio direito.

A partir deste ponto de vista, fica patente que a teoria do negócio jurídico, tendo sido formulada no século XIX, não pode permanecer atual quando os padrões jurídicos sofreram tantas e tamanhas modificações. A ampliação da interferência estatal na regulação de questões tradicionalmente inseridas na área dos interesses privados, com a redução proporcional do poder individual, e a massificação das relações sociais, são dados suficientes para se demonstrar que a concepção clássica do conceito de negócio jurídico é insuficiente para explicá-lo tal qual hoje se apresenta.⁵⁵

É fato que enfrentar uma ideologia arraigada às instituições não é tarefa simples e exige que o jurista esteja aberto a novas ideias. Luhmann⁵⁶ alerta para a dificuldade de vencer a estabilidade das instituições e a provável exclusão do sistema das ideias que se contraponham a esta estrutura sistêmica solidificada. “As estruturas sistêmicas têm, subjacente, inequívoco conteúdo ideológico, que é, sem embargo, mascarado pela pretensa neutralidade das instituições.”⁵⁷ Mas é papel da academia enfrentar dogmas e adaptar a ciência à realidade, como tem feito a doutrina de vanguarda, sob pena de tornar o ordenamento jurídico um documento histórico incapaz de responder às questões fundamentais das ciências jurídicas e sociais.

⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 172 e 173.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 96.

PARTE I – MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NO CERNE DO NEGÓCIO JURÍDICO (TESE)

1 VOLUNTARISMO JURÍDICO: CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO E SEUS PRINCÍPIOS

1.1 NOÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO

Etimologicamente, a expressão “contrato” é oriunda do latim, pela união dos vocábulos *com*, que significa “junto” e *trahere*, de “trazer”, “puxar”, “arrastar”, formando o verbo *contrahere*, de onde decorre o adjetivo *contractum*, ambas relacionadas tanto a “contratar” como a “contrair”, ou seja: contraía-se uma dívida. No Direito Romano, ele tomou os contornos do contrato como acordo, como manifestação de vontade, tal como conhecemos hoje. Trata-se de modalidade de ato jurídico lícito, oriunda de um acordo de vontades com o fito de regular as relações jurídicas privadas.⁵⁸ Muitas legislações buscaram conceituar este instituto⁵⁹, mas a verdadeira discussão não reside na definição dogmática deste acordo de vontades, mas sim na forma de sua interpretação enquanto regra entre as partes. A hermenêutica deste conceito, como qualquer outro, traz consigo uma carga valorativa e ideológica e, por isso, sofre alteração conforme os principais valores de uma época.

A chamada noção clássica de contrato é aquela emergida dos ideais liberais e adotada pelas codificações do século XIX e início do século XX. Entendiam o contrato como o instrumento maior do Direito a partir de uma visão que exaltava a liberdade e o individualismo, compreendendo os pactos como lei imutável entre as partes, podendo o

⁵⁸ Este conceito não está expresso na Parte Especial do Código Civil brasileiro, portando, entre nós, deve ser construído a partir de uma análise da regulação de negócio jurídico na parte geral.

⁵⁹ O artigo 1.101 do Código Civil Frances reza: “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne faire quelque chose.”, cuja tradução é “O contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam junto a uma ou várias outras a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.”, enquanto o BGB alemão, traz o seguinte texto: “Para a formação de uma relação de obrigação por ato jurídico, como para toda modificação de conteúdo de uma relação de obrigação, exige-se a existência de um contrato entre os interessados, a não ser que a lei disponha de maneira diferente” DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5-6 e Nota 7. O artigo 1.321 do Código Civil italiano afirma: “il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”, cuja tradução é: “O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial.” E mesmo os sul-americanos, como o código argentino no art. 1.137: “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 3.

Estado e suas leis, somente intervir nesta manifestação de vontade para garantir sua execução.⁶⁰ “Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual. Como afirma Gounot, ‘da vontade livre tudo procede e a ela tudo se destina’”.⁶¹

As definições do negócio jurídico, como ato de vontade, são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns. Fala-se, então, para conceituar o negócio jurídico, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se distingue de manifestação de vontade).⁶²

Esta visão clássica lê o direito contratual com foco na vontade manifestada pelas partes, sem atentar para os demais fatores que influenciam uma relação jurídica privada. Essa exaltação da vontade como fonte de obrigações é o chamado “voluntarismo”, ideologia desenvolvida no período escolástico pelos monges franciscanos Duns Scot e Guilherme de Ockham, teólogos e filósofos que viveram nos séculos XIII e XIV. Descontentes com a visão de São Tomás de Aquino, de que Deus agiria conforme a ideia que tinha das coisas, referidos pensadores sustentavam que essa noção limitava a vontade de Deus à Sua sabedoria, e que a vontade, como conduta humana, deveria estar alicerçada no consenso entre as manifestações volitivas das pessoas. Se algo foi querido, seria bom; não o sendo, seria mal, afastada qualquer forma de contestação do que fora querido porque, o sendo, passava a ser aprovado por Deus, dando assim ensejo ao dogma do voluntarismo e da autonomia privada.⁶³

Baseados nestes raciocínios, associados às ideias de liberdade e de dever moral de cumprimento das obrigações, os juristas europeus da época em que se tentou sistematizar o Direito moderno, enaltecera a autonomia privada a ponto de torná-la um óbice à própria concretização do justo. Hoje se passa a perceber a necessidade de ponderar o valor das

⁶⁰ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 20.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4.

⁶³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3-9.

manifestações volitivas em um exercício de isonomia, acrescentando outros valores além da liberdade, no intuito de reequilibrar as relações.

Ocorre que, neste período, visando se opor ao Estado absolutista, pressupunha-se uma separação hoje não tão nítida entre Estado e sociedade, remetendo-se a fundamentação dos atos jurídicos à vontade do indivíduo. A conceituação do contrato como “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos” é representativa desta configuração da autonomia privada como uma peça essencial na engrenagem social que impõe como contrapartida aos direitos do homem a abstenção do Estado.⁶⁴

Tais ideais da burguesia foram fundamentais na formação do pensamento jurídico moderno pós-revolução francesa.

O individualismo é outro traço marcante nesse período. As relações negociais – conduzidas pelo império da autonomia da vontade – eram informadas por uma racionalidade prática que via no contrato – e na propriedade – a chave, a porta e o caminho de acesso à ascensão social e política.

A “liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar como o comércio e a indústria”.

[...]

Perceba-se que esse mesmo individualismo exige como cenário a igualdade plena. Para o sucesso do modelo proposto, cria-se um palco no qual todos são considerados absolutamente iguais. Assim, - e muito provavelmente, somente assim -, o sistema se legitima e se sustenta. Instaura-se um processo de alienação.

Difunde-se que todos são absolutamente iguais e merecedores de idêntico tratamento por parte da lei. O discurso é repetido tantas vezes que passa a fazer parte do senso comum imaginário. E como, talvez, nesse quadro da História, fosse mesmo melhor sentir-se igual ao outro, depois de tantos séculos de discriminação por não ter nascido em família nobre, o sonho da igualdade foi vivido por muitos. Ocorre que, se todos são iguais, portanto, igualmente livres, que cada um decida por si próprio o que fazer com seu destino, até porque, como ser racional, é evidente que o homem sempre buscará o melhor pra si. Será que um dia, alguém, realmente acreditou nessa falácia?⁶⁵

Restava esquecida a “fraternidade” como lema da revolução por exigir um olhar solidário, preocupado com o outro, o que provoca custos econômicos prejudiciais ao plano liberal que daria ensejo ao capitalismo hodierno.⁶⁶

⁶⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 195-196.

⁶⁵ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 22- 23.

⁶⁶ “Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o

A noção clássica somente passou a ser criticada por alguns pandectistas, inicialmente entre intelectuais alemães e, posteriormente, tornando-se conhecida na Itália. Os exemplos mais importantes são Savigny, “precursor dos estudos germânicos dos pandectos (*Pandektistik*)”⁶⁷, Puchta, Dernburg e Windscheid. Dentre os italianos estão Betti, Scialoja e Messineo, além do francês Saleilles, todos de fundamental importância para a modificação do conceito clássico dos pactos. Não havia como criticar o liberalismo sem modificar drasticamente a percepção de contrato.

Só recentemente se passou a perceber que não bastava que as partes fossem livres para serem consideradas iguais e que a garantia da liberdade não trazia consigo a garantia de todos os demais direitos. Isso porque a parte mais fraca estaria desprotegida perante a mais forte, assim não bastaria que algo tivesse sido querido de forma livre e consciente para que fosse justa.⁶⁸ No Estado Social supera-se o voluntarismo e o formalismo⁶⁹ e se passa a perceber que a antiga visão de contrato não o faz um instrumento para o exercício pleno da autonomia

esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos em meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação). A alienação, a coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso.” FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 28.

⁶⁷ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 200.

⁶⁸ Vale mencionar o caso *Lochner v. New York* de 1905. Trata-se de um *leading case* (caso paradigmático) da Suprema Corte que orientou a jurisprudência americana no sentido de que o Estado não deveria interferir na liberdade de contratar ainda que houvesse uma flagrante desigualdade entre os sujeitos. No fim do século XIX era comum padeiros trabalharem mais de cem horas por semana nos Estados Unidos. Uma lei do estado de Nova York (Bakeshop Act de 1895) limitou a 10 horas diárias e 60 horas semanais o trabalho dos padeiros, e foi ela contestada judicialmente por Joseph Lochner, proprietário de uma padaria em Utica, Nova York, multado por desrespeitar a determinação legal. Na decisão a lei foi afastada porque os julgadores consideraram que as partes eram livres para firmar o contrato de trabalho nas condições que bem entendessem sem que o Estado pudesse impor limitações uma vez que o poder de polícia não deveria ser exercido para ferir a liberdade individual de contratar. Segundo a Corte: “A lei necessariamente interfere no direito de contrato entre o empregador e os empregados, quanto ao número de horas que este pode trabalhar na padaria do empregador. O direito geral de fazer um contrato em relação ao próprio negócio é parte da liberdade do indivíduo protegida pela 14ª Emenda à Constituição Federal. (...) O direito de comprar ou vender trabalho é parte da liberdade protegida por essa emenda (...). É claro que a liberdade de contrato relacionada ao trabalho envolve as duas partes. Uma tem tanto direito de comprar trabalho quanto a outra tem de o vender. (...) Nós acreditamos que o limite ao poder de polícia foi alcançado e ultrapassado nesse caso. (...) Pensamos que não há qualquer dúvida razoável de que a profissão de padeiro, em si própria, não é prejudicial à saúde [*unhealthy*] a um tal grau que autorizaria o legislador a interferir no direito ao trabalho e no direito à liberdade de contrato dos indivíduos, seja na qualidade de empregador ou de empregado.” Suprema Corte dos Estados Unidos da América, caso *Lochner v. New York* de 17 de abril 1905.

⁶⁹ D’AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

privada, mas sim uma forma de congelar e escravizar a vontade, ou, nas palavras do padre francês Henri Dominique Lacordaire: “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.⁷⁰ Como bem aduz Bertrand Russell: “É óbvio que a liberdade não pode ser expandida pela mera diminuição do papel do governo. E como os desejos de um homem podem ser incompatíveis com os de outro homem, essa anarquia significa liberdade para os fortes e escravidão para os fracos.”⁷¹

A liberdade deixa de ser o princípio supremo e passa a ter sua aplicação corrigida e direcionada pela igualdade.⁷² Os críticos passam a ver os acordos como uma forma de fazer o Estado evoluir e se desenvolver e não mais como objeto possuidor da simples função de garantia da liberdade individual.

Assim, partindo do voluntarismo e do individualismo renascentista e iluminista, a concepção clássica do contrato simplificou-o a ponto de torná-lo incompatível com a complexidade do direito contemporâneo e da realidade da vida moderna.⁷³ Contudo, embora Pontes de Miranda já combatesse o voluntarismo e o subjetivismo, a teoria do fato jurídico é focada na manifestação volitiva das partes, mantendo as ideias clássicas, mormente na doutrina do Direito Contratual, baseando sua estrutura dogmática na vontade das partes.

1.2 AUTONOMIA PRIVADA

Este é o princípio que tutela a liberdade individual ao permitir aos privados que decisões individuais tenham força normativa.⁷⁴ A raiz etimológica sugere seu conteúdo: *auto* (próprio) *nomos* (normas), a norma que a própria pessoa se confere em um ato volitivo.⁷⁵ É a possibilidade de estabelecer as regras que regerão o destino do indivíduo, ou seja, a autonomia, no sentido de liberdade para agir, conferida aos particulares. E, como dito, não se

⁷⁰ Parafraseado por GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 35.

⁷¹ RUSSELL, Bertrand. **Ensaio cético**. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p. 161.

⁷² OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 24.

⁷³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

⁷⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 122.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

limita aos contratos⁷⁶, pois a culpa nada mais é do que a criação de uma obrigação em razão da responsabilidade decorrente do mau uso da vontade.

A liberdade para determinar os atos da vida é valor fundamental para uma sociedade justa.⁷⁷ A opressão ao indivíduo é problema que a humanidade enfrenta desde sempre, devendo esta autonomia ser protegida pelo Estado de Direito. A autonomia privada é o corolário da liberdade contratual na medida em que “corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação auto-formulada que é zona reservada do direito privado.”⁷⁸ Entretanto, uma liberdade plena em um ambiente desigual pode provocar injustiças. Assim, embora seja o princípio central do direito civil, vem sofrendo mitigações, abrindo espaço para outros valores como a boa-fé, a confiança, a função social, entre outros.

Pontes de Miranda conceitua este princípio que permite o autorregramento da vontade livre:

Tôdas as vêzes que as regras jurídicas aludem a suportes fácticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fácticos se componham ou não se componham. Dizem, também, até onde se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém queira ou não-queira. O auto-regramento, a chamada “autonomia da vontade”, não é mais do que isso. (...) A “autonomia da vontade” não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fáctico, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade.⁷⁹

E, mais adiante, destaca uma divisão entre princípios que tratam do autorregramento da vontade, chamando de “princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos e pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade o de escolha, a líbito, das

⁷⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123.

⁷⁷ “Note-se que o contrato, negócio jurídico por excelência, continua a ser um ato de autoregulação dos interesses das partes, e, portanto, um ato de autonomia privada, mas este ato só pode ser realizado nas condições agora permitidas pela lei.” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 772. “Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da autonomia da vontade continua em vigor, mesmo que se afirme que a teoria dos contratos esteja em ‘crise’” KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 57.

⁷⁸ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 90.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 54 e 55.

cláusulas contratuais. No fundo, os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não.”⁸⁰

A noção clássica de contrato parte do protagonismo deste princípio para explicar as relações negociais.⁸¹ Trata-se do princípio do direito contratual que pressupõe que as partes são livres e possuem igualdade de condições para acordarem e para fixar as condições de cumprimento dos contratos.⁸² É a “facultas”, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.⁸³

Historicamente a garantia do cumprimento contratual era baseada no temor. Eram ditas palavras mágicas e feitos gestos que assegurariam o castigo divino em caso de descumprimento. A racionalização do direito transferiu este papel para a força vinculante da vontade.⁸⁴ “Assim, o problema da vontade cristalizou-se no dogma da vontade, porque constituiu tudo no negócio jurídico. Vê-se, pois, que a vontade, a autodeterminação, assumiu um papel sacralizado.”⁸⁵

Analisando e traduzindo Georges Ripert, Antônio Junqueira de Azevedo traz importante reflexão para a compreensão do papel que a vontade humana passou a contar com o passar dos anos:

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 63.

⁸¹ “Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu meio principal de actuação. É também a autonomia privada que se manifesta no *poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo de seus bens pelos particulares* – ou seja, - é a autonomia privada que se manifesta na ‘soberania do querer’ – no império da vontade – que caracteriza essencialmente o *direito subjectivo*. [...] Em medida maior ou menor está presente em todos os domínios em que o direito civil se propõe a uma *função de modelação da vida social*.” PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p 89-90.

⁸² SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 11.

⁸³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 17.

⁸⁴ Segundo Claudia Lima Marques, “quatro são as principais origens da doutrina da autonomia privada no direito: (...) a) o direito canônico, (...) b) a teoria do direito natural (...), c) teorias de ordem política e a Revolução Francesa (...), d) teorias econômicas e o liberalismo” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63-67.

⁸⁵ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 119.

Para quem se lembra do culto à lei durante o período revolucionário, a fórmula parece singularmente forte. Para se chegar a essa concepção da vontade soberana, criando, por sua exclusiva força, direitos e obrigações, foi preciso que, na obra lenta dos séculos, a filosofia espiritualizasse o direito, para libertar a vontade pura, das formas materiais pelas quais ela se manifesta, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundamentando nele a própria sociedade, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados, livremente debatidos, com o bem público. Então, pôde reinar a doutrina da autonomia da vontade que é simultaneamente o reconhecimento e o exagero da onipotência do contrato⁸⁶

Sob a influência de Kant⁸⁷, juristas da Idade Moderna converteram a autonomia privada em princípio absoluto da moralidade, fazendo da vontade emanada no âmbito das relações privadas lei entre as partes⁸⁸. Partiam do pressuposto da igualdade entre os indivíduos, afastada qualquer influência ou intervenção do Estado que não em situações pontuais, para determinar limites das manifestações, estabelecer formas ou prever sua eficácia. Tal foi o modelo adotado por todos os códigos do século XIX⁸⁹, iniciando pelo Código Napoleônico⁹⁰ e atingindo, inclusive, códigos do início do século XX, como o Código Civil brasileiro de 1916. Em todos estes Códigos, o Judiciário foi sempre visto como a *bouche de la loi* (“boca da lei”)⁹¹, cuja função resumia-se a mero guardião da legalidade, inclusive dos contratos, tidos como “lei entre as partes”.⁹²

Essa ideia de negócio jurídico como norma jurídica individual remanesce ainda hoje⁹³ e permite afirmar que basta que algo tenha sido contratado para que seja automaticamente

⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 81.

⁸⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 84.

⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 655, 1990. p. 7. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, n. 670, ago. 1991. p. 43.

⁹⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 200. ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 41.

⁹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 21.

⁹² Neste sentido o artigo 1.134 do code civil francês de 1804, vigente até a presente data; e dentre os revogados, o artigo 1.091, do Código Civil Espanhol de 1889, o artigo 702 do Código Civil Português de 1867; e no Brasil, o artigo 1.933 do Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas.

⁹³ Muito em razão da obra de Kelsen, notadamente se lida sob a ótica Kantiana, que reiterou esta lógica em suas teorias. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. DIAS, Gabriel Nogueira. **O**

justo ou, na expressão de Alfred Fouillée: *qui dit contractuel dit juste*⁹⁴, desconsiderando-se a função de troca da estrutura contratual. Noção esta que vem sendo desconstruída pelos juristas atuais.⁹⁵

A propósito, embora a ideia de vinculatividade já estivesse presente no Direito Romano, o dogma do *pacta sunt servanda* não existia nas fontes anteriores. Foi criado no período oitocentista⁹⁶ extraído, à época, do *Digesto*, 2, 14, 1 *pr* de Ulpiano, assim expresso: “*Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*”, o que, em tradução livre, significa “O que haverá de mais compatível com a fé humana do que respeitarem os homens aquilo que foi por eles pactuado?”⁹⁷.

Com base nisso, a Escola Exegética, como chamou E. Glasson em 1904, foi uma doutrina voltada à interpretação literal das leis que exaltava o individualismo e a liberdade de contratar. Esta foi a base para a aplicação das legislações oitocentistas baseadas no Código napoleônico.⁹⁸ “Coube ao *Code Civil* a consagração da doutrina laborada por Domat e posteriormente por Pothier.”⁹⁹ Mesmo porque a teoria contratual alemã subsequente reforçou esta ideia na categoria do contrato (*Vertrag*), espécie do gênero negócio jurídico

positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188 a 190.

⁹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 655, 1990. p. 7. NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 199. CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 222.

⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁹⁶ Por outro lado, Donnini expõe brocardo romano “*Contractus ex conventione partium legem accipiunt.*” ou “Os Contratos são lei por convenção das partes.” (DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1999. p.14). O que de certa forma demonstra que a idéia da obrigatoriedade absoluta dos contratos já estava presente no direito romano.

⁹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-36 e p. 42.

⁹⁸ Demolombe afirmou que a lei “devia ser aplicada mesmo quando não parecesse confrontar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade”, assim como Bouckaert, entre outros. No mesmo sentido, Laurent afirmou sobre o “estatuto”: “mesmo se fosse mil vezes absurdo, ainda assim deveria ser seguido literalmente, pois o texto é claro e formal.” CAENESEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 212.

⁹⁹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 40.

(*Rechtsgeschäft*).¹⁰⁰ “O dogma da vontade passa a ser o centro da teoria geral do Direito construída pela ciência jurídica alemã, no decorrer do século XIX.”¹⁰¹

Mas o que Napoleão pretendia era criar uma ciência jurídica neutra e sistêmica a partir de uma lógica formal que desumanizou o Direito ao tornar o juiz mero “boca da lei” impedindo o uso dos princípios para flexibilização da regra em sua aplicação no caso concreto. O problema, nos dizeres de Clóvis do Couto e Silva, é que: “A ciência jurídica não comporta o raciocínio matemático e somente se pode falar em ciência tomando o vocabulário ‘lato sensu’.”¹⁰² O justo em abstrato deve ser adaptado no caso concreto a partir de todos os elementos que envolvem as relações humanas, não havendo uma fórmula prévia que garanta esse justo.

Hoje, a busca por isonomia em uma sociedade pós-industrial demanda a limitação ao exercício pleno desta liberdade de assumir obrigações no intuito de zelar pelo equilíbrio¹⁰³ nas relações impedindo que a opressão seja tutelada pelo Direito. A dignidade da pessoa humana¹⁰⁴ (art. 1º, III, da CF), bem como a ordem econômica (art. 170 da CF), reconhece que a autonomia privada e a livre iniciativa sejam protegidas, mas com a condição de que respeitem outros princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente.¹⁰⁵

O Código Civil com pretensões hegemônicas dá espaço à era dos estatutos, pois a visão solidarista da obrigação deixa de ver os contratantes em polos antagônicos e passa a tratá-los como parceiros a fim de concretizar a principal função da obrigação: servir à

¹⁰⁰ “Se, para a concepção clássica de contrato, a vontade é o elemento essencial, a fonte, a legitimação da relação contratual; se, como vimos, até mesmo a sociedade politicamente organizada tem sua fonte em um contrato social; se o homem é livre para manifestar a sua vontade e aceitar somente as obrigações que sua vontade cria; fica claro que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a ideia de superioridade da vontade sobre a lei. O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora.” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.

¹⁰¹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 41.

¹⁰² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 79.

¹⁰³ MAZEUD, Denis. Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? _____; CHRISTOPHE, Jamin. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 137.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

¹⁰⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

colaboração intersubjetiva. Neste processo de “descodificação”, o Código Civil deixa de ser visto como lei central em razão da primazia da constituição. O reconhecimento da função social¹⁰⁶ como valor do Direito Civil vem servindo de base para a mitigação da autonomia privada abrindo espaço para a confiança.

Cabe destacar que há distinção entre as expressões autonomia da vontade e autonomia privada.¹⁰⁷ Embora se possa afirmar que “liberalismo e neoliberalismo, autonomia da vontade e autonomia privada, interesse público e interesse privado são dualidades que vão perdendo a sua consistência tragadas pelas alterações socioeconômicas e pela fluidez característica da sociedade pós-moderna”¹⁰⁸, a doutrina ainda aponta tal dicotomia. A primeira - autonomia da vontade - é defendida pelas doutrinas vinculadas à teoria da vontade (subjéctiva). Explicam que, embora a exteriorização da vontade seja imprescindível para a existência do negócio, a vontade interna (intenção) seria elemento do negócio jurídico, devendo prevalecer sobre a vontade declarada quando dissonantes; enquanto a segunda – autonomia privada -, é ligada à teoria da declaração (objéctiva) e defende a prevalência da vontade manifestada¹⁰⁹, além de fazer uma leitura constitucional do fenômeno.

A teoria da vontade (*Willenstheorie*)¹¹⁰, defendida por Savigny e Windscheid, traz a “perspectiva psicológica, fundada no dogma da vontade”¹¹¹. Para esta teoria, havendo vício do consentimento, o ato jurídico não ultrapassará sequer o plano da existência, pois lhe faltará elemento essencial que é a vontade. “Havendo, então, uma aparência de vontade ou declaração sem vontade, deve prevalecer o elemento interno (vontade real) sobre o externo (vontade declarada).”¹¹²

¹⁰⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 122-134.

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. **Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Melo, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 110-111.

¹⁰⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.

¹⁰⁹ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959. p. 32.

¹¹⁰ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 42. NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 8. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71 e 216.

¹¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

¹¹² NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 9.

Muito próximas a esta estão as teorias da responsabilidade¹¹³, que defendem a prevalência da vontade sobre a declaração, bem como a teoria da culpa *in contrahendo* de Ihering.¹¹⁴

Os partidários da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*)¹¹⁵ também reconhecem que o negócio jurídico corresponde à vontade, mas defendem a predominância da declaração objetiva¹¹⁶ em detrimento da vontade subjetiva no intuito de proteger o comércio jurídico¹¹⁷, dando, com isso, o primeiro passo para a identificação dos demais fatores que envolvem uma contratação para além do querer das partes.

Nas palavras do consagrado jurista Nelson Nery Júnior:

A declaração de vontade no negócio jurídico é constituída por dois elementos: o *interno* (vontade real) e o *externo* (vontade declarada). A ordem normal das coisas manda que estes dois elementos da declaração de vontade sejam coincidentes, pois o comum é alguém declarar aquilo que, efetivamente, quer. Mas, como exceção, pode haver um conflito, uma divergência entre o elemento interno e o externo por falta ou desvirtuamento de alguns dos subelementos da vontade como elemento interno, subelementos esses que são a vontade da ação (*Handlungswille*); a vontade da declaração ou vontade da ação como declaração (*Erklärungswille*); a vontade

¹¹³ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 468. NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 10.

¹¹⁴ “Ihering trata da celebração culposa de um negócio inválido e assim limita-se à intenção dos agentes ao analisar o comportamento culposo e confunde inexistência com invalidade.” NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 9-10.

¹¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 9 e 11. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71 e 216. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 42.

¹¹⁶ Mota Pinto acompanha a linha desta tese ao aproximar a noção da declaração e a confiança despertada por esta: “Pode definir-se a declaração de vontade negocial como o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial, caracterizando, depois, a vontade negocial como a intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes. Dá-se assim um conceito objectivista de declaração negocial, fazendo-se consistir a sua nota essencial, não num elemento interior – uma vontade real, efectiva, psicológica –, mas num elemento exterior – o comportamento declarativo. [...] Tal definição não capta a essência do fenómeno negocial, pois faz crer numa onipotência da vontade individual no campo da autonomia privada e não põe em relevo os limites que, no sentido da sua cognoscibilidade no ambiente social, a ordem jurídica impõe à vontade para esta poder adquirir relevância. [...] a referência objectiva do comportamento declarativo, a expensas da vontade real, deve encontrar os seus limites nas próprias razões que a determinaram e assim não deve verificar-se, se efectivamente não houve uma confiança do declaratório nesse sentido objetivo.” PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 416-419.

¹¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

negocial (*Geschäftswille*), vontade do conteúdo da declaração (*Inhaltswille*) ou intenção do resultado (*Erfolgswille*).¹¹⁸

Inicialmente esta teoria verificava a validade do negócio pela análise, unicamente, da vontade declarada, considerando absolutamente irrelevante a vontade interna. Sua evolução foi no sentido de compreender que a declaração prevalece sobre a vontade, mas que os termos da declaração devem ser interpretados a partir da vontade interna e real conferindo-lhe o sentido com base nas circunstâncias em que compuseram a declaração volitiva.¹¹⁹

O Direito deixa de proteger unicamente o declarante e passa a preocupar-se com quem recebe a declaração.¹²⁰

A grande virtude da teoria da declaração está na sua precursoriedade, uma vez que foi “sem dúvida, a primeira fenda aberta no princípio da autonomia da vontade visto que, em última análise, nega à vontade o poder de criar direitos e obrigações, afirmado pela *Willenstheorie*. Não se liberta, contudo, do voluntarismo.”¹²¹ Isso porque “as concepções ditas objetivas do negócio pecam pelo mesmo unilateralismo das concepções subjetivas (...) o unilateralismo das definições pela função, ou perceptivas, acaba acarretando os mesmos defeitos lógicos das definições pela gênese, ou voluntaristas”¹²².

A teoria da declaração crê solucionar os problemas do voluntarismo, mas mantém seu foco na vontade ainda que tenha objetivado a concepção de negócio jurídico afastando-se da vontade psicológica e o aproximando da expectativa criada pela declaração. O que aqui se propõe é que a expectativa legítima seja este elemento novo que faz com que uma promessa

¹¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 7 a 8.

¹¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 11.

¹²⁰ “[...] a teoria da vontade protege o autor da declaração, impedindo que esta, feita ao arrepio de sua vontade, prevaleça, conduzindo ao desamparo aquele a quem a declaração se dirige e todos os demais que confiaram na verdade daquela manifestação volitiva; enquanto a teoria da declaração representa proteção adequada à pessoa a quem se dirige a declaração, garantindo-lhe a eficácia, uma vez emitida a manifestação de vontade. Entretanto, seu exagero expõe o autor da declaração, ainda quando de boa-fé, ao risco de ver valer sua manifestação expressa em vez de prevalecer sua vontade, favorecendo, assim, o destinatário da declaração de má-fé.” DIAS, Luciane Maria Padoin. Implicações da definição de negócio jurídico na concepção de contrato: dogma da vontade, teoria da declaração e teoria da confiança. **Revista Jurídica da FADISMA**. Santa Maria: v.2, n.1, jan. 2007. p. 82-83.

¹²¹ FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos atípicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 4.

¹²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12-14.

feita vincule o declarante, por isso um ato de vontade realizado em um palco durante uma representação¹²³, ou com *animus jocandi*, ou uma promessa feita apenas a título exemplificativo em sala de aula não fazem nascer a obrigação. Nestas hipóteses, chamadas por Nelson Nery Júnior de “declarações não sérias”¹²⁴, a convicção do declarante em demonstrar a falta de seriedade é latente no contexto em que a declaração é emitida, pois o propósito não é enganar.

O que é legítimo esperar é resposta que só pode ser dada no caso concreto avaliando as circunstâncias negociais. “Não basta, pois, que haja algo que surja aos nossos olhos como exteriorização da vontade, é preciso ainda que essa manifestação venha rodeada de circunstâncias que façam com que ela seja vista socialmente como manifestação jurídica, isto é, como declaração.”¹²⁵

Neste diapasão, em ambas as teorias prevalece o voluntarismo¹²⁶, eis que se baseiam na estrutura liberal de negócio jurídico¹²⁷, calcada no dogma da vontade; embora a segunda, de certo modo, preocupe-se com o “alter” como parte do negócio ao considerar as expectativas deste.¹²⁸ Tais teorias acabam por ser voluntaristas porque insistem na avaliação unicamente da vontade (ou de sua declaração) desconsiderando as demais circunstâncias do negócio jurídico.

[...] podemos concluir que as duas concepções do negócio são insuficientes; impõe-se a adoção de uma terceira concepção, que, aproveitando o material já fornecido pelas outras duas, favoreça uma visão completa do negócio jurídico. Esse ideal, a nosso ver, somente pode ser obtido se nos fixarmos na sua estrutura, entendida essa palavra em seu significado comum, de composição, isto é, se nos fixarmos propriamente no que estrutura, ou compõe, o negócio.¹²⁹

¹²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 122.

¹²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 51-52.

¹²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 121.

¹²⁶ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 120.

¹²⁷ DIAS, Luciane Maria Padoin. Implicações da definição de negócio jurídico na concepção de contrato: dogma da vontade, teoria da declaração e teoria da confiança. **Revista Jurídica da FADISMA**. Santa Maria: v.2, n.1, jan. 2007. p. 79.

¹²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170. Nota 171.

¹²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

Mesmo a teoria da confiança (*affidamento* ou *Vertrauenstheorie*)¹³⁰, conforme apresentada, não chega a ir além das teorias voluntaristas porque considera a confiança estritamente como uma confiança no elemento volitivo, quando ela deve representar muito mais. Como leciona Nelson Nery Júnior:

Segundo a teoria da confiança, em havendo divergência entre a vontade e declaração, deve esta prevalecer sobre aquela porque, via de regra, o declarante deve responder pela *confiança* que o declaratário nele depositou ao contratar. No entanto, se o declaratário confiou indevidamente, agindo por negligência, má-fé, dolo ou culpa, aí sim coloca-se de lado a declaração propriamente dita, e resolve-se o conflito buscando interpretar a vontade interna do declarante.¹³¹

A teoria perceptiva de Emílio Betti também segue neste sentido. Betti entendia o contrato como autorregulação dos interesses privados, e não um ato de vontade que só serve à criação do ato, devendo prevalecer a expectativa do correto cumprimento quando da execução.¹³²

Tais teorias, não usando a expressão com a abrangência que merece, limitam o conceito de confiar. É, na verdade, a justa expectativa sobre tudo que cerca um contrato e não somente naquilo que as partes consideraram ao manifestar a vontade. Notadamente, nas formas modernas de contratação, onde o consumidor/aderente considera bem menos aspectos que o fornecedor, sendo este - além de elaborador das condições - muito mais bem informado. Assim a teoria da confiança clássica confunde confiança com fé na declaração, restringindo sua atuação como fonte de obrigações contratuais.

Da mesma forma, a discussão sobre a causa aqui não se pretende aprofundar porque não traz respostas satisfatórias para a crise do negócio jurídico uma vez que acaba por debater a causa da manifestação de vontade que, além de ser dificilmente identificada, mantém a ótica de que a vontade é o único fator relevante para geração de obrigações.

¹³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 215-216.

¹³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 11.

¹³² DIAS, Luciane Maria Padoin. Implicações da definição de negócio jurídico na concepção de contrato: dogma da vontade, teoria da declaração e teoria da confiança. **Revista Jurídica da FADISMA**, Santa Maria, v. 2, n. 1, jan. 2007. p. 84-85.

A causa não é fator relevante para a constituição do negócio jurídico, somente pode interessar para a formação da vontade interna anterior ao pacto (motivo) ou para a avaliação de negócio já existente.

[...] a causa não age no plano da existência, mas sim, conforme se trate de causa pressuposta ou causa final, age, ou no plano da validade, ou no plano da eficácia. A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, nulidade por falta de causa (portanto, a existência de causa é, aí, requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia).

[...]

Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois como “função”, é “elemento constitutivo” do negócio. Ora, isso envolve parte do negócio, quando jamais a função de um pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele.¹³³

Assim, a superação da ótica voluntarista é um trabalho que vem sendo realizado há mais de dois séculos¹³⁴ levando as primeiras ideias de cooperação contratual.¹³⁵ Baseado nas ideias de Jhering, Otto Von Gierke apresenta estudo, em 1899, afirmando que “a liberdade ilimitada de contratar se arruína a si mesma, pois constitui uma arma formidável nas mãos do forte contra o débil, convertendo-se em meio de opressão de uns pelos outros.”¹³⁶

Ocorre que o Direito Privado moderno foi inteiramente calcado na autonomia privada, servindo, a vontade, de critério diferenciador da classificação entre os fatos e atos jurídicos¹³⁷ sendo colocada no que foi denominado de *cerne* do *núcleo* dos negócios jurídicos. Isto é, a vontade está isolada no centro do centro dos contratos, nada é mais importante do que ela neste modelo liberal.

¹³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152-154.

¹³⁴ Desde as teorias de Oskar Von Bülow, Larenz, entre outros, como o supramencionado Betti que, ainda que não supere, se mostra uma das primeiras tentativas de contornar a lógica voluntarista.

¹³⁵ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 120.

¹³⁶ GIERKE, Otto Von. **La función Social del Derecho Privado**. Traducción de José M. Navarro de Palencia. Madri: Sociedade Editorial Española, 1904. p. 40. apud ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 125.

¹³⁷ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 36.

Mas a autonomia da vontade, mais que um princípio do Direito, é um primado político e uma construção filosófica¹³⁸ e por isso o nível de importância que lhe é dado depende do momento histórico vivido.

O dogma da vontade que estruturou o Direito Contratual resulta de uma imposição baseada nas fontes romanas e repetida por séculos para impedir que os Estados interferissem nas relações comerciais particulares.¹³⁹

O raciocínio que isola a vontade manifestada no instrumento negocial ignora que manifestamos nossas intenções de diversas formas e nem sempre todas são contempladas no negócio jurídico, pois são pressupostas. Não há como consignar a vontade das partes sobre todos os fatos que envolvam o negócio, motivo pelo qual os demais princípios complementam a vontade manifestada.

Neste diapasão, embora tenha durado por muitos anos, a autonomia privada não passou incólume pelo século XX. Em face de todas as suas perturbações, sobrevieram duas grandes guerras, seguidas de ideias sociais que se firmaram ao longo do século passado e iniciaram o século XXI cada vez com mais força.¹⁴⁰

Ainda hoje essa concepção de autonomia privada continua em mutação. Há correntes para as quais a autonomia privada e a obrigatoriedade das manifestações da vontade funcionam como uma proteção não da própria vontade do declarante, mas sim da situação do declarado.¹⁴¹ As correntes socializadoras do Direito vêm ganhando espaço na exegese da norma realizada pelos juízes perante o caso concreto, pois percebem que o Direito evolui com a vida e não se queda petrificado, assim como a vontade manifestada. A jurisprudência cada vez mais acolhe a equidade como forma de adaptar a norma à realidade porque percebe que

¹³⁸ CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988. p. 12.

¹³⁹ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 114.

¹⁴⁰ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In: MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 43. FRANTZ, Laura Coradini. *Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro*. Dissertação de (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. p. 16.

¹⁴¹ MORAES, Renato José de. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15.

não pode cruzar os braços diante das injustiças causadas pela liberdade plena em um mundo onde não há como atingir a igualdade plena.¹⁴²

Assim, este princípio, presente nas legislações que tiveram o Código Napoleônico como base, aos poucos foi perdendo espaço permitindo a flexibilização dos atos volitivos. “A autonomia deixa de ser vista como poder puro e desinibido para ser encarada como um poder-função. Onera-se esta liberdade com alguns gravames a bem de proporcionar-se uma relação justa e útil nos negócios privados.”¹⁴³

El cumplimiento de la palabra empeñada involucra a la buena fe, a la moral, a las buenas costumbres, al derecho.
Pero, en determinadas circunstancias, pretender el apego a esa palabra, vulnera esa buena fe, esa moral, esas buenas costumbres, ese derecho que se propugna defender.¹⁴⁴

O debate gira em torno da relação entre segurança e justiça, valores presentes na aplicação da norma no caso concreto. Passou-se a compreender que os efeitos atribuídos pelas normas jurídicas à autonomia privada das partes provêm “não mais de acordo com a vontade, simplesmente, mas sim com os fins a que se propõe a ordem estatal.”¹⁴⁵

A premissa liberal de que o contrato é instrumento para o exercício do individualismo pode servir para o mercado, mas não pode ser valor para a ciência jurídica, pois sob a ótica jurídica, o contrato não deve servir para competição das partes, mas sim como instrumento para a cooperação entre os pactuantes que devem buscar o adimplemento de ambas as prestações. Os contratantes não são partes antagônicas¹⁴⁶ buscando seus interesses individuais, mas sim parceiros na busca de um fim comum.¹⁴⁷

Auto-nomos, a lei que a pessoa mesmo se dá: autodeterminação com base na vontade “liberta” de pressões e esclarecida do vulnerável. Sem dúvida a primeira

¹⁴² OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 104-106.

¹⁴³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.149.

¹⁴⁴ FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevision: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p.107.

¹⁴⁵ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 244.

¹⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 8.

¹⁴⁷ SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 33-38.

característica a destacar deste “novo” direito privado é a concentração na autonomia do “outro”, na liberdade do “alter”, do mais fraco, seja pela atuação do princípio da boa-fé que repersonaliza as relações contratuais, seja pelas funções de antecipação, prevenção e mesmo precaução da responsabilidade civil na sociedade de risco, seja pelos novos limites da atuação dos mais fortes, na noção de abuso do direito, seja pela função social da propriedade, do contrato, da empresa.¹⁴⁸

Para finalizar, ratificam-se aqui as palavras do mestre gaúcho Clóvis do Couto e Silva no que toca à excessiva importância dada à vontade manifestada pelas partes no Direito Contratual:

Historicamente, o maior problema para a aplicação, e daí, também, até certo ponto, a recusa de pensar até o fim na idéia da relação jurídica como algo em que a justiça comutativa é imaneente, foi o princípio da autonomia da vontade. A Ciência do Direito atual ainda não avançou muito, nem libertou-se dos postulados que nos legou o século precedente e está como que jungida ao princípio da autonomia, ao ponto até de pervertê-lo, pois tudo se procura deduzir de uma vontade, muitas vezes inexistente. Certo, como já se frisou neste trabalho, a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não é a única.

1.2.1 Princípio da Obrigatoriedade dos Pactos e o Dirigismo Contratual

Decorre da liberdade das partes o princípio da obrigatoriedade consubstanciado no brocardo romano *pacta sunt servanda*.

A força obrigatória dos pactos é um dos valores mais fundamentais do Direito Contratual, pois a obrigatoriedade da execução, conforme o contratado, forma a base deste ramo do direito e, por isso, deve o ordenamento jurídico disponibilizar meios para coagir o contratante a realizar sua prestação ou indenizar a parte prejudicada. Não impede, entretanto, que se repense este princípio a partir das novas tendências do Direito Contratual moderno. Portanto, “Negar a força obrigatória do contrato é proclamar sua morte, ao passo que negar a nova realidade contratual, permanecendo apegado tão-somente aos princípios clássicos em uma era sufocada pela massificação social, é fechar os olhos para uma realidade que se impõe.”¹⁴⁹ Enzo Roppo, renomado autor italiano, trouxe novas perspectivas sobre o Direito

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 196.

¹⁴⁹ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 252.

Contratual¹⁵⁰, e em sua obra clássica intitulada “*Il contratto*”, faz excelentes observações sobre o tema em comentário.¹⁵¹ O autor, corroborando a tese aqui proposta, frisa a valorização da confiança sem que para isso se deva ignorar a importância da vontade na formação de um pacto: “A moderna disciplina do contrato, sensível à exigência de tutelar a confiança, segue a teoria da declaração. Isso não significa de modo algum suprimir o valor da vontade, que segue sempre fundamental no contrato.”¹⁵²

O fato é que a obrigatoriedade é princípio essencial que se mantém essencial apesar de revalorado. Trata-se, portanto, de obrigar o cumprimento da prestação levando-se em conta outros elementos além da manifestação de vontade.

Vale salientar que mesmo neste princípio está presente a confiança, pois ambas as partes confiam no cumprimento do pacto tal qual estabelecido. O *pacta sunt servanda* é a confiança no cumprimento do pacto. Assim, o inadimplemento viola concomitantemente a manifestação de vontade e a confiança nela depositada, a demonstrar que se trata de dois lados de uma mesma moeda: o acordo. A relativização da obrigatoriedade consiste na intervenção no contrato que se dá na hermenêutica da vontade manifestada em seu contexto, no intuito de proteger a justa expectativa.

Assim, inicialmente, a intervenção do Estado nos contratos se dava para proteger unicamente a confiança depositada no cumprimento da obrigação tal como pactuada, independentemente de qualquer justificativa.

¹⁵⁰ Alterando até mesmo seu prenome, passando a se chamar Vincenzo, conforme esclarece Rafael Vanzella. ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**: trattato di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2001. ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁵¹ “Como diz Vincenzo, a noção de vínculo contratual – que, reitere-se, se lastreia no corolário *pacta sunt servanda* – cumpre uma função que acaba por determinar o caráter institucional do contrato: se o contrato não estabelecesse vínculo, ninguém poderia contar com a certeza e a efetividade das próprias posições jurídicas subjetivas ativas contratuais, ligadas à estabilidade dos efeitos contratuais, pois todos os contratantes estariam sujeitos ao arbítrio da contraparte [Il contratto, 533]. Assim, a nada serviria o contrato. Estar-se-ia, então, com o enfraquecimento do *pacta sunt servanda*, diante do definitivo declínio da figura do contrato, idéia repelida por Enzo nos anos 70 do século XX [O contrato, 335-348] Não, certamente. [...] tendências outras do próprio sistema, [...] em verdade, acabam por redefinir o contrato, de modo não a sucumbi-lo, e sim a revalorizá-lo.” VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 225-226.

¹⁵² ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**: trattato di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2001. p. 39.

A primeira relativização deste princípio se deu por meio do dirigismo contratual, expressão nascida no período entre guerras¹⁵³ que serviu de resposta do Estado às injustiças que a aplicação irresponsável da autonomia privada criou.¹⁵⁴ O Estado se viu obrigado a intervir em livres manifestações de vontade para garantir a limitação à autonomia privada, por tratar-se de uma questão de ordem pública, pois não poderia ficar inerte frente a um contrato com fins antissociais e com a finalidade de ofender as normas do convívio em sociedade. Conforme Orlando Gomes, “A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes.”¹⁵⁵ Estas eram as limitações à vontade das partes¹⁵⁶, mas aos poucos o Estado foi percebendo que, em determinadas situações, havia a necessidade de intervir na economia do contrato em que pese fossem respeitadas tais exigências.

Historicamente, na Grécia, as legislações de Licurgo e Solon são os exemplos mais antigos de intervenção do Estado para solucionar crises.¹⁵⁷ Mas, após o ápice do voluntarismo do período pós-revolução francesa, somente após a Primeira Guerra, com o surgimento da social-democracia, sedimentada na República de Weimar, o dirigismo econômico oportunizou maior interferência do Estado nas relações contratuais, surgindo as primeiras proteções ao contratante aderente.¹⁵⁸ “A partir de então, inverte-se substancialmente o papel do Estado, que passa a ter o *dever* de intervir na economia contratual, ensejando o chamado ‘dirigismo contratual’, vislumbrado por Josserand, com estas palavras já na década de 30.”¹⁵⁹

O dirigismo ensejou uma proteção especial para determinadas classes de contratantes, [...] Mantinha-se o princípio da autonomia da vontade, que, todavia, não era mais soberana, mas controlada pelo legislador ou pela autoridade reguladora. Passou, assim, o contrato a atender não só ao interesse das partes, mas também ao da sociedade, predominando o que se denominou o voluntarismo social. Entendeu-se, pois, que continuava a prevalecer a vontade das partes, desde que o objeto do

¹⁵³ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 7.

¹⁵⁴ Embora a intervenção estatal desmedida posteriormente tenha causado estragos ainda maiores com o nacional-socialismo alemão, o fascismo italiano e o comunismo soviético, o fato é que, superadas tais ideologias, remanesceu a leitura social das relações contratuais a permitir uma oposição à visão liberal clássica que impedia a intervenção do Estado nos contratos.

¹⁵⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 27.

¹⁵⁶ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 197.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 21.

¹⁵⁸ WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. **Cidadania e Justiça**: O Direito no Século XXI, n. 1, 2000.

¹⁵⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 203.

contrato e as cláusulas contratuais fossem compatíveis não só com a ordem pública, mas também com a justiça.¹⁶⁰

Pontes de Miranda lembra que “Em alguns países, o estreitamento do auto-regramento da vontade foi mais acentuado do que noutros: o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu (diz-se) a produção, a distribuição e o consumo; tabelou preços e salários; regulou o contrato de trabalho até os últimos pormenores.”¹⁶¹

A intervenção estatal para comandar o rumo de um acordo de vontades e proporcionar uma efetiva liberdade¹⁶² dá-se, de regra, por meio judicial (posterior a celebração do contrato, chamado dirigismo jurisprudencial), quando, a lei, baseada no princípio da revisão dos contratos, dá ao juiz o poder de rever os acordos, substituindo a vontade das partes manifestada à época da contratação pela sentença. Mas há, ainda, outras técnicas utilizadas para evitar ou conter as consequências da aplicação dos dogmas individualistas¹⁶³, como as anteriores à celebração do contrato, chamadas de dirigismo legislativo. Algumas leis, como a Lei da Usura, Lei de Mercado de Capitais, Lei de Proteção aos Pecuaristas, Lei de Luvas, Lei de Reajustamento Econômico, Lei da Economia Popular e os Seguros de toda a sorte, entre outras, são intervenções Estatais nas relações contratuais ocorridas no Brasil, pelo meio legislativo. A última forma de intervenção - protegendo a parte mais fraca - pôde se dar por meio dos sindicatos de classe e leis protecionistas (Lei do Inquilinato, Código de Defesa do Consumidor, etc.), ou por meio da repressão do abuso praticado pelo economicamente mais forte, proibindo o abuso do direito, o enriquecimento sem causa, a lesão, e até mesmo possibilitando a revisão por fato superveniente à contratação em caso de onerosidade excessiva.¹⁶⁴

“Superado o modelo do Estado liberal puro, alheio por completo aos problemas econômicos, pois não há mais Estado que se abdique da atuação reguladora da economia, o que variam são os níveis internos e externos dessa atividade controladora”.¹⁶⁵ A própria crise mundial iniciada em 2008 decorreu basicamente por uma falha na regulação do crédito nos

¹⁶⁰ WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 30.

¹⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 60.

¹⁶² BECKER, Verena Nygaard. A categoria Jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 20.

¹⁶³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 36.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 27, p. 29-30, p. 70-71.

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. p. 3.

Estados Unidos, o que prova que deixar o próprio mercado se regular sem a devida atenção dispensada pelo Estado, acarreta crises econômicas de proporções ruinosas.¹⁶⁶ Portanto, não há como negar que “a economia continua sendo presidida e orientada pelo Estado.”¹⁶⁷ E, “na medida em que se faz presente o Estado no processo econômico, uma das áreas mais atingidas é o contrato.”¹⁶⁸ Hoje, como tem ocorrido com o governo americano e com os de diversos países atingidos pela crise, medidas têm sido tomadas para recuperar a economia, já que parece distante o risco de intervenções estatais exageradas cujo prejuízo pode ser tão perigoso quanto o descaso.

Afastada a ameaça do Estado-agente econômico com intervenção plena na produção e circulação de riquezas, em que o intervencionismo extremo conduziria à redução ao mínimo ou mesmo ao cancelamento dos princípios clássicos da teoria dos contratos, remanesce o Estado Social de Direito com sua tônica voltada para o aumento crescente das normas de ordem pública para harmonizar a esfera do individual com o social.¹⁶⁹

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, há de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo *bem estar* e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.¹⁷⁰

Portanto, é função do Estado evitar que o exercício da autonomia privada impeça o Direito de garantir o papel social que o contrato exerce.

¹⁶⁶ Muito se discute se a crise econômica se deu por falta ou falha na regulamentação do mercado, independente da conclusão, pode-se dizer que ambas são catastróficas para o sistema econômico. Jean Tirole, recentemente agraciado com o Prêmio Nobel de Economia, "por sua análise do poder e regulação do mercado", na obra "Balancing the Banks", conjunta com Mathias Dewatripoint e Jean-Charles Rochet, afirma que a "crise de 2008" (que, na realidade, começou em 2007), além de decorrer de falhas de mercado relacionadas à informação assimétrica, aponta outros dois fatores determinantes do que ocorreu: uma mistura de "regulação imprópria e mal implementada", principalmente nos Estados Unidos, mas também na Europa, que deu incentivos aos agentes individuais para assumir riscos consideráveis, com a maior parte destes riscos sendo suportados, ao final, por contribuintes e investidores, e o excesso de liquidez. TIROLE, Jean; DEWATRIPOINT, Mathias; ROCHET, Jean-Charles. **Balancing the Banks: global lessons from the financial crisis**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

¹⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 18, set./dez. 2000. p. 11.

¹⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 18, set./dez. 2000. p. 12.

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. p. 3-4.

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. p. 6.

2 A TEORIA DO FATO E DO NEGÓCIO JURÍDICO

Com o passar dos anos, juristas perceberam que para compreender o Direito como um todo seria necessária uma teoria que classificasse absolutamente qualquer acontecimento no mundo jurídico. A teoria do fato jurídico optou por classificar os fatos que interessam ao direito a partir da presença ou ausência de vontade e ato humano nos fatos. Isso se deu porque tais teorias sistematizadoras nasceram em um período liberal quando a declaração de vontade livremente manifestada tinha importância central. Baseado na doutrina germânica, o conceito de negócio jurídico partia do poder formativo e definidor (*Gestaltungskraft*) da manifestação de vontade.¹⁷¹

Hodiernamente, percebe-se uma tendência em questionar estes dogmas voluntaristas, notadamente nos contratos, que, como se verá adiante, para a teoria do negócio jurídico, são assim definidos a partir da presença do elemento “manifestação de vontade” em seu cerne. Essa mudança de paradigma que vem ocorrendo no mundo dos fatos e refletindo-se nas críticas ao direito contratual clássico, não chegou, no entanto, à teoria do fato jurídico. O que aqui se pretende não é criticar esta valiosíssima teoria, mas buscar contribuir para atualizá-la a fim de que mantenha sua importância fundamental no direito. A ideia é adequá-la a esses novos paradigmas apresentados pela doutrina atual para solucionar questões que a teoria clássica não mais consegue enfrentar. Passa-se a analisá-la de modo sucinto a fim de que seja, posteriormente, questionada em um segundo momento.

2.1 TEORIA DO FATO JURÍDICO E O FATO JURÍDICO EM SENTIDO AMPLO

Fato é tudo aquilo que acontece no mundo. Inclusive quando aparentemente nada ocorreu, o simples transcurso do tempo faz com que o universo ao redor do indivíduo não seja mais o mesmo que este percebeu por seus sentidos uma fração de tempo antes. Na bela metáfora do pai da dialética, o filósofo Heráclito, em sua obra “Sobre a natureza”: “ninguém pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois da segunda vez tanto o rio, como nós estaremos mudados”. Isto é, as coisas, para ele, estão em movimento em um fluxo perpétuo.

¹⁷¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 5. ed. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 38.

Nas palavras de Pontes de Miranda: “Todo fato é, pois, *mudança* no mundo.”¹⁷² Desse modo, percebemos o tempo de acordo com os nossos sentidos e captamos a alteração do mundo que somos capazes de sentir. Todos estes eventos são denominados de “fatos”.

Mas não são todos os fatos que interessam ao direito.¹⁷³ “Há factos sociais ou naturais indiferentes para o direito, isto é, desprovidos de qualquer eficácia jurídica. São factos *materiais, ajurídicos*, neutrais do ponto de vista do ordenamento jurídico (p. ex: o convite para um passeio, uma visita de cortesia social, o uso de gravatas de certa cor, etc.).”¹⁷⁴

Segundo Marcos Bernardes de Mello: “Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.”¹⁷⁵ Conforme Antônio Junqueira de Azevedo “fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica.”¹⁷⁶ Por isso, por exemplo, o nascimento com vida passa a ser um fato jurídico na medida em que o art. 2º do Código Civil afirma que assim se adquire a personalidade.

Para Mota Pinto, “Facto jurídico é todo o acto humano ou acontecimento natural juridicamente relevante. Esta relevância jurídica traduz-se, principalmente, senão mesmo necessariamente, na produção de efeitos jurídicos.”¹⁷⁷ Deste modo, para um estudo jurídico dos fatos, devem ser identificados os acontecimentos capazes de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas. Estes são os chamados “fatos jurídicos”¹⁷⁸.

Savigny foi o primeiro a utilizar a expressão fato jurídico, do alemão *juristische Tatsache*, sendo assim definidos “os acontecimentos em virtude dos quais as relações de

¹⁷² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 5.

¹⁷³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 6.

¹⁷⁴ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 353.

¹⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

¹⁷⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

¹⁷⁷ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 353.

¹⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 77.

direito nascem e terminam.”¹⁷⁹ A doutrina dos pandectistas tratou de sistematizar os elementos que compõem a estrutura do fato jurídico, sendo Bernard Windscheid¹⁸⁰ quem melhor desenvolveu conceituação atenta aos efeitos jurídicos como consequências de fatos.

A teoria do fato jurídico cuidou de classificar esses fatos, criando uma organização para toda a ciência do direito. Esta doutrina primeiramente divide os fatos em dois: fatos jurídicos voluntários (atos) e involuntários (naturais).

A primeira grande classificação dos factos jurídicos é a que se pode estabelecer entre factos voluntários ou actos jurídicos e factos jurídicos involuntários ou naturais.

Os primeiros resultam da vontade como elementos juridicamente relevante; são manifestação ou aceitação de uma vontade; são acções humanas tratadas pelo direito enquanto manifestações de vontade.

Os segundos são estranhos a qualquer processo volitivo – ou porque resultam de causas de ordem natural ou porque a sua eventual voluntariedade não tem relevância jurídica.¹⁸¹

Há muita divergência doutrinária quanto às categorias que compõem tal classificação, mas basicamente, fazendo a leitura dessa teoria, pode-se dizer que o “fato jurídico lato sensu” divide-se em “fato jurídico *stricto sensu*”, “ato-fato” e “ato jurídico lato sensu”.

O primeiro deles caracteriza-se pela ausência de vontade e de ato humano, dividindo-se em ordinários (nascimento, morte, etc.) e extraordinários (terremoto, enchente, etc.). Para o segundo (ato-fato), também não importa a vontade, assim que mesmo que ela esteja presente, não será considerada para as consequências jurídicas. Diferencia-se, no entanto, do “fato jurídico *stricto sensu*” porque há ato humano, isto é, não se trata de evento da natureza, mas sim, fato que se perfectibiliza com o agir de um indivíduo (a pintura de um quadro, por exemplo). Por fim, os “atos jurídicos *lato sensu*” podem ser classificados em “atos jurídicos *stricto sensu*” e “negócio jurídico”. O que diferencia essas duas espécies de atos jurídicos lícitos é que o primeiro deles tem seus efeitos previstos na lei, não podendo ser objeto de negociação (o reconhecimento de paternidade, por exemplo), assim, todos os efeitos decorrentes de um “ato jurídico *stricto sensu*” já estão pré-determinados. Já no negócio jurídico, as partes podem determinar os efeitos decorrentes deste ato. Por isso o plano da

¹⁷⁹ SAVIGNY, M. F. C. Von. **Sistema del derecho romano actual**. Trad. Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2. Ed. Madrid: Góngora, s.d., v. II, p. 142. apud MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

¹⁸⁰ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**. Tradução de Fadda e Bensa. Torino: UTET, 1902.

¹⁸¹ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 353-354.

eficácia ganha, aqui, maior importância, pois o indivíduo pode estabelecer elementos acidentais que limitem os efeitos do negócio (tais como condição, termo ou encargo).

Os negócios jurídicos também se subdividem, podem ser unilaterais ou bilaterais.¹⁸² Os primeiros são assim classificados quando dependem de uma só manifestação de vontade, como o testamento, por exemplo.¹⁸³ Neste caso, o negócio obedece à tipicidade (*numerus clausus*)¹⁸⁴, ao contrário dos bilaterais em que a regra é a atipicidade. Quando a perfectibilização do negócio jurídico depende do consenso entre, no mínimo, duas pessoas, tratar-se-á de um negócio bilateral, como é o contrato. Deste modo, pode-se afirmar que o contrato é sempre um negócio jurídico bilateral.¹⁸⁵ Inclusive, vale mencionar a frequente confusão entre “negócio jurídico bilateral” e “contrato bilateral”. Os negócios jurídicos assim classificados englobam todos os contratos, isto é, atos que dependem da manifestação de vontade de mais de uma pessoa; já os contratos chamados de bilaterais são aqueles em que ambas as partes têm obrigações, isto é, sinônima de sinalagmático. Desta feita, os contratos unilaterais são bilaterais na origem e somente são classificados como “unilaterais” porque apenas uma das partes tem obrigações, enquanto os “bilaterais”, nesta classificação, são aqueles em que há reciprocidade nas prestações (sinalagmáticos). Esta confusão é gerada porque ambos utilizam a mesma nomenclatura para designar aspectos diferentes.

Cabe analisar cada uma dessas categorias individualmente.

2.1.1 Fato Jurídico em Sentido Estrito

Na definição de Pontes de Miranda, “Fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes

¹⁸² Podem ainda ser plurilaterais quando envolverem mais de dois sujeitos. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 137. PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 91.

¹⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 23.

¹⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 59.

¹⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

da entrada dêles no mundo jurídico, o tenha havido; *e.g.* nascimento, morte, idade; adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha.”¹⁸⁶

De acordo com Marcos Bernardes de Mello: “Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*.”

Assim, como dito, são fatos da natureza, que não envolvem ações realizadas pelo homem, mas que de alguma forma tenham provocado efeitos que interessam ao Direito. A concepção do ser humano, a formação de ilhas, o decurso do tempo, são fatos que independem da presença da vontade para sua existência e, por isso, não passam pelo plano da validade. Se existem, são eficazes, se não existem, não o são. Não há, ao contrário dos contratos, como existirem e serem ineficazes.

Os denominados “ordinários” são os que ocorrem de maneira regular, conforme o esperado, muitas vezes habitual e corriqueiro, mas principalmente sem provocar surpresa. São exemplos: o nascimento com ou sem vida, a morte¹⁸⁷, a maioridade, a prescrição e a decadência, etc.

Os “extraordinários” são aqueles que se realizam abruptamente, tais como terremotos, enchentes, secas, tsunamis, nevascas, etc. São divididos em “caso fortuito” e “força maior”. Há grande polêmica quanto a esta classificação, mas a maioria da doutrina prefere afirmar que o fato jurídico *stricto sensu* por “caso fortuito” envolveria evento da natureza imprevisível e inevitável, como um ciclone ou um tsunami, por exemplo, que só podem ser previstos muito pouco tempo antes de ocorrerem, enquanto o ocorrido por “força maior” seria evento da natureza previsível, mas inevitável, como a AIDS na África, por exemplo. Neste estudo, não há necessidade de aprofundamento sobre este debate, pois o que aqui importa é que estas são as hipóteses de fatos jurídicos *stricto sensu* extraordinários.

¹⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 187.

¹⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17.

2.1.2 Ato-fato jurídico

O ato-fato jurídico é aquele que independe de intenção para gerar efeitos. É o fato jurídico que, para existir, exige vontade humana, mas o que é relevante é o fato. Portanto, após o ato, a vontade se torna irrelevante.

A pintura de um quadro, por exemplo, apesar do ato humano, independe da presença de elemento volitivo, pois mesmo um incapaz tem condições para realizar uma pintura, o que evidencia a desvinculação da vontade.

Nos dizeres de Pontes de Miranda:

Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato, homem’), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.¹⁸⁸

Alguns doutrinadores subdividem os atos-fatos. Os “atos-fatos reais” (*Realakten*) ou “materiais” (*Tathandlungen*)¹⁸⁹ seriam aqueles atos humanos que envolvem consequências relacionadas à posse ou propriedade, como, por exemplo, a ocupação, tomada ou aquisição de posse ou o usucapião (posse somada à prescrição); os sorteios, loterias e rifas; a chamada especificação que é a mistura de substâncias existentes para criar uma substância nova; a criação de obra artística, científica ou literária, etc.¹⁹⁰ Há também os “atos-fatos indenizativos”, assim denominados os atos dos quais resulta responsabilidade civil por ato lícito causador de prejuízo a terceiro. Isso é possível vez que o art. 188 do CC¹⁹¹ afirma que são excludentes da ilicitude a legítima defesa, o exercício regular de um direito e a remoção de perigo iminente. Deste modo, sempre que alguém pratica dano a outrem deve indenizar,

¹⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 372 e 373.

¹⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136.

¹⁹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 373 a 385. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

¹⁹¹ 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

ainda que o dano tenha decorrido de ato cuja lei considera lícito.¹⁹² Haverá, evidentemente, direito de regresso contra aquele que provocou o dano de maneira indireta. Por exemplo, se um ciclista atravessa o sinal vermelho e obriga o condutor do carro que seguia pelo sinal verde a realizar manobra em que abalroa outro veículo, o motorista que passava no sinal aberto terá que pagar os danos que causou ao veículo no qual bateu para evitar o atropelamento do ciclista, contra quem terá ação de regresso. Os “atos-fatos caducificantes”¹⁹³ são aqueles que se concretizam com o passar do tempo, como a prescrição e a decadência. Nessas espécies de atos-fatos, também estariam os “atos existenciais” que são atos do cotidiano e serão mais bem desenvolvidos ao longo da tese, visto que tratam de ponto importante para a desconstrução do contrato como ato embasado unicamente na vontade.

2.1.3 Ato Jurídico Lato Sensu

O ato jurídico lato sensu só se concretiza com conduta e vontade humana. Quando lícita, ou seja, conforme o direito, este será um ato jurídico em sentido amplo. Em brilhante síntese de Nelson Nery Júnior: “O ato jurídico é uma espécie do gênero fato jurídico, onde a vontade humana está sempre presente, ainda que viciada.”¹⁹⁴

Assim, se a norma jurídica exigir ato humano mais vontade livre e consciente, dirigida a obter um resultado lícito e possível, estamos frente aos “atos jurídicos *lato sensu*”.¹⁹⁵ Frise-se que sempre que o Direito exigir vontade para a concretização do ato, exigirá capacidade do agente que o pratica.

O ato humano lícito pode ser negocial - denominado negócio jurídico - ou não negocial, isto é, cujos efeitos estão previstos na lei, são os chamados “atos jurídicos *stricto sensu*”.

¹⁹² USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140 a 143.

¹⁹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 6.

¹⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 79.

2.1.3.1 Ato Jurídico em Sentido Estrito

O ato jurídico *stricto sensu* trata daquele ato que preenche os requisitos para ser “ato jurídico *lato sensu*”¹⁹⁶, mas as partes não podem escolher a categoria jurídica, uma vez que tudo advém da lei. Isto ocorre porque as consequências jurídicas são de ordem pública, o que impede que os indivíduos as alterem. É um fato jurídico *lato sensu* que tem no cerne do elemento nuclear uma manifestação de vontade unilateral. Os efeitos decorrentes da manifestação estão pré-fixados pela lei e são efeitos necessários (*ex-legi*). O que disso se depreende é que este é um ato volitivo que surge como mero pressuposto do efeito determinado por lei, eis que o sujeito não pode escolher os efeitos de seu ato.

Na definição de Pontes de Miranda:

Teremos de ver que nos atos jurídicos *stricto sensu* há sempre manifestação de vontade (ou comunicação de vontade), ou manifestação de conhecimento (ou comunicação de conhecimento), ou manifestação de sentimento (ou de comunicação de sentimento). Nos negócios jurídicos, há sempre manifestação de vontade, que pode ser simples ou declarada [...]¹⁹⁷

Neste sentido, também refere Marcos Bernardes de Mello:

[...] ato jurídico *stricto sensu*, como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.¹⁹⁸

Muitos são os exemplos, como o perdão, a quitação, a confissão, a despedida sem justa causa de empregado não estável, a constituição de domicílio, a aceitação ou renúncia a herança, a citação, a intimação, a emancipação. Mas o mais didático ainda é o do reconhecimento de paternidade¹⁹⁹, pois o ordenamento jurídico não admite, por exemplo, que

¹⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 446.

¹⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 395.

¹⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

¹⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

se reconheça a paternidade somente nos fins de semana, isto é, estabelecendo limitações à eficácia do ato de reconhecimento do progenitor.

No campo da autonomia privada na qual se expressa a vontade humana, percebe-se que no ato jurídico *stricto sensu* apenas está presente a liberdade de praticá-lo ou não, enquanto no negócio jurídico estão presentes tanto a liberdade para decidir sobre o celebrar ou não o negócio, quanto a liberdade para estipular os termos deste ajuste de vontades.²⁰⁰

Contudo, os vícios de vontade recaem sobre os atos jurídicos *stricto sensu*, já que este é um ato humano que tem a vontade em seu núcleo e, por isso, só entrará no plano da existência se esta estiver presente (ainda que somente a vontade de praticar o ato) e só adentrará ao plano da validade se esta vontade for livre e de boa-fé.

Importa lembrar o artigo 185 do CC²⁰¹, cuja redação afirma que as disposições concernentes ao negócio jurídico aplicam-se no que couber aos atos jurídicos *stricto sensu*. Esta proximidade dá-se porque estes são os institutos que contemplam a vontade humana no cerne do núcleo do suporte fático.

Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Nêles e por êles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. Para trás ficaram os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu*.²⁰²

Por derradeiro, vale mencionar a subdivisão dos atos jurídicos *stricto sensu* que parte da doutrina adota para estudá-los.²⁰³ “As manifestações de vontade, que, entrando no mundo jurídico, se fazem atos jurídicos *stricto sensu*, ou *a*) reclamam, ou *b*) somente comunicam vontade, positiva ou negativamente, ou *c*) integram atos ou omissões, ou *d*) comunicam fato (inclusive sentimento), ou *e*) mandam (impõe ou proíbem).”²⁰⁴ Alguns são, pois, classificados

²⁰⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 18. set./dez. 2000. p. 12.

²⁰¹ Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

²⁰² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 446.

²⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166-167.

²⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 451.

como “reclamativos”²⁰⁵, quando com sua manifestação de vontade o sujeito reclama de outro uma ação ou uma omissão. Pode-se ter como exemplo a interpelação para constituir o devedor em mora. Outros são chamados de “comunicativos”²⁰⁶, na situação em que o sujeito quer algo e comunica. O conteúdo dessa manifestação é formado por um querer e um comunicar. O exemplo está no contrato de locação em que há autorização para a sublocação, e o locatário dá ciência ao proprietário de que irá sublocar. Outra subespécie são os “enunciativos”²⁰⁷, em que o sujeito exterioriza um conhecimento, enuncia um fato. Afirma um ser ou um não ser. São exemplos o reconhecimento de paternidade, a confissão ou a quitação de dívida, etc. Ou pode o ato jurídico *stricto sensu* ser classificado como “mandamental”²⁰⁸ na hipótese de a manifestação de vontade impor ou proibir determinado procedimento de outro indivíduo. Os exemplos podem ser colhidos no CC, artigos 570 (locação), 1.280 (vizinhança) e 1.313, inciso I (construção).

A outra categoria de ato jurídico *lato sensu* é o negócio jurídico, onde a autonomia privada encontra mais espaço diante da liberdade negocial. A distinção entre o ato jurídico e o negócio jurídico é, justamente, a possibilidade de estabelecer efeitos específicos para aquele ato, isto é, negociar.²⁰⁹

E, por fim, registre-se que há, ainda, a categoria dos atos ilícitos, sempre que o suporte fático contemple em seu núcleo ato contrário ao Direito. “A ilicitude tem como cerne a circunstância de ser contrária ao direito. Se o fato, evento ou conduta, é conforme o direito, porque admitido regularmente pelo ordenamento, não pode ser considerado ilícito.”²¹⁰ Não nos dedicaremos a eles porque o conteúdo da tese não se lhes aplica, mas cabe a referência.²¹¹

Em suma, aduz Marcos Bernardes de Melo:

²⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 452.

²⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 453.

²⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 454.

²⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 461.

²⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 155-157.

²¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

²¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123-125.

- (i) os elementos cerne (a) *conformidade* e (b) *não conformidade a direito + imputabilidade* caracterizam as categorias dos fatos jurídicos lícitos e ilícitos, respectivamente;
- (ii) os elementos cerne (a) *conduta com vontade relevante*, (b) *conduta sem vontade ou com vontade irrelevante* e (c) *sem conduta* alguma configuram os (a) atos jurídicos *lato sensu*, (b) os atos-fatos jurídicos e (c) os fatos jurídicos *stricto sensu*, respectivamente.
- (iii) os elementos cerne (a) manifestação consciente de vontade com poder de autoregramento (= poder de escolha da categoria jurídica e, dentro de limites prescritos pelo ordenamento, de estruturação do conteúdo da relação jurídica correspondente) e (b) manifestação consciente de vontade, sem poder de autorregramento (= não há poder de escolha da categoria jurídica nem de estruturação do conteúdo da relação jurídica, que são predispostos pelas normas jurídicas), estabelecem a diferença entre (a) os negócios jurídicos e (b) os atos jurídicos *stricto sensu*.²¹²

2.2 NEGÓCIO JURÍDICO

Negócio jurídico²¹³ é ato de autonomia privada ao qual o direito associa a constituição, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica. Nesta espécie, as partes têm plena liberdade de escolha dos efeitos do ato, o que permite as negociações. Os efeitos são, portanto, *ex voluntate*.²¹⁴

Os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes. O que é verdadeiramente constitutivo do negócio é o comportamento declarativo – a existência de um comportamento que, exteriormente observado, apareça como manifestação de uma vontade de certos efeitos práticos sob a sanção do ordenamento jurídico.²¹⁵

Tais definições sobre os efeitos que o negócio provocará só encontram limite em lei cuja matéria seja de ordem pública. Essa liberdade está fundamentada na autonomia privada, princípio que rege o direito contratual ainda que devam ser observadas as limitações à liberdade de pactuar.²¹⁶

²¹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

²¹³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 90 a 93.

²¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

²¹⁵ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 379.

²¹⁶ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 380.

O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. (...) De antemão, excluamos a confusão entre o negócio jurídico e o suporte fático (negotium) do negócio jurídico. Negócio jurídico é classe de fatos jurídicos; e não de suportes fáticos. Negócio jurídico já é o suporte fático, o negotium, após a entrada desse no mundo jurídico.²¹⁷

Ritter Hugo foi o primeiro doutrinador a cunhar o termo *Rechtsgeschäft* - que veio a ser legalmente definido no § 88 do Código Civil saxônio – traduzido para negócio jurídico.²¹⁸ Os pandectistas do século XIX adotaram esta expressão que inicialmente foi empregada pelos jusnaturalistas como *ein rechtliches Geschäft* que se referia, justamente, ao ato jurídico que contava com a liberdade de escolha dos efeitos pelas partes.

Neste ambiente liberal foram criados o conceito e a estrutura do negócio jurídico que, até hoje, mantêm as mesmas bases, garantindo a ampla liberdade aos contratantes. Cabe ratificar as palavras de Marcos Bernardes de Mello quando diz:

O conceito de negócio jurídico foi, assim, construído sob a inspiração ideológica do Estado liberal, cuja característica mais notável consistia na preservação da liberdade individual, o mais ampla possível, diante do Estado. Por isso, concebeu-se o negócio jurídico como instrumento de realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites. Em consequência desse voluntarismo (que revela intenso individualismo) – tão exagerado que se transformou em *dogma* -, a doutrina passou a ver no negócio jurídico um ato de autonomia da vontade – também dita autonomia privada (...).²¹⁹

Este voluntarismo da escola germânica²²⁰ influenciou toda a estrutura do negócio jurídico, baseada notadamente na doutrina de Hans Kelsen²²¹, chegando à ideia de que o contrato geraria efeitos normativos individuais.²²²

Etimologicamente, negócio provém de “*nec*” mais “*otium*”, isto é, um não-ócio, uma negação à estática, visto que o contratante age para comprometer-se com o pacto e estabelecer suas conseqüências.²²³

²¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 3.

²¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 4.

²¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169 a 171.

²²⁰ WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**. Tradução de Fadda e Bensa. Torino: UTET, 1902.

²²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. DIAS, Gabriel Nogueira. **O positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²²² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171.

A produção de efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas) resulta principalmente, no tocante à actuação humana juridicamente relevante de *actos de vontade* – máxime *declarações de vontade* – dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos. Os actos jurídicos, cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em coincidência com o teor *declarado* dessa intenção, designam-se por *negócios jurídicos*.
O negócio jurídico é uma manifestação do *princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada*, subjacente a todo o direito privado.²²⁴

A partir da perspectiva da teoria do negócio jurídico, pode-se defini-lo como “o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.”²²⁵ Em outras palavras, como define Francisco Amaral Neto, é a “declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece.”²²⁶

Para que não restem dúvidas quanto aos dois tipos de atos jurídicos lícitos importa tornar a destacar as principais diferenças entre eles. Ao contrário dos negócios jurídicos, no ato jurídico *stricto sensu* o agente não escolhe os efeitos, motivo pelo qual não se pode falar em termo, condição e encargo. O negócio jurídico é, portanto, a partir das noções clássicas, instrumento de manifestação volitiva consensual que permite a liberdade de escolha dos efeitos. Surgem, hodiernamente, preocupações para além da garantia do exercício das liberdades individuais a partir da compreensão da desigualdade entre os contratantes, fato comum na sociedade moderna de consumo.

2.3 PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

²²³ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 268. MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 77. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

²²⁴ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 89.

²²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

²²⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 383.

Três são os planos do negócio jurídico: o plano da “existência” que busca elementos mínimos para que se entenda que há um acordo, ainda que desrespeite normas de Direito, pois aqui se está a analisar unicamente a questão da existência; o plano da “validade” que se preocupa com a licitude do fato e, por fim, o plano da “eficácia” que diz com a capacidade daquele negócio jurídico gerar efeitos no mundo dos fatos, de alterar a realidade. O suporte fático, sob a incidência do preceito, é o que perpassará por estes planos.

2.3.1 Suporte Fático

O fato que ocorre na vida é conhecido, em linguagem técnico-jurídica, como “suporte fático”.²²⁷ O termo é a tradução de Pontes de Miranda²²⁸ da expressão alemã *Tatbestand*, originária do Direito Penal e introduzida por Tohl no direito privado.²²⁹

Em sendo lícito, este suporte fático será formado por um “elemento nuclear”, um “elemento complementar” e, em alguns casos, um “elemento integrativo”. Para fins didáticos, imaginemos círculos concêntricos que comporiam este suporte fático. Os pressupostos para que o negócio jurídico seja perfeito devem ser preenchidos do círculo menor para o maior. O núcleo, círculo menor, deve ter seus elementos concretizados para que se possa dizer que o negócio existe, isto é, adentrou ao plano da existência. Só então se pode passar à análise do segundo círculo, chamado de complementar porque complementa o tipo já existente e que diz respeito ao plano da validade e eficácia. Assim, verificado que o negócio existente preencheu os requisitos legais, será considerado válido, estando apto a gerar efeitos. Havendo elemento integrativo, que também diz respeito ao plano da eficácia, passa-se a analisar se há fator que impeça que o negócio existente e válido surta efeitos. Dispensado ou preenchido, tem-se um negócio jurídico que obedece à vontade das partes e da lei e, por isso, gera todos os efeitos que suas cláusulas preveem.

Mister a análise de cada elemento individualmente:

²²⁷ Marcos Bernardes de Mello aprofunda esta questão trazendo a distinção entre o fato (real) o suporte fático e o fato jurídico: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68-71.

²²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 19 a 22. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43 et seq.

²²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 44.

O núcleo do suporte fático é formado por aqueles elementos indisponíveis, essenciais para a incidência da norma jurídica e, conseqüentemente, para o surgimento do fato jurídico. Diz respeito à existência do fato jurídico, assim, na sua falta, não haverá negócio jurídico.

Conforme a teoria do fato jurídico, “alguma manifestação de vontade exerce papel de núcleo, isto é, de elemento definidor do conteúdo específico do negócio jurídico.”²³⁰ “No suporte factico do negócio jurídico, há elementos volitivos e elementos não-volitivos. Os elementos volitivos [...] são os *essentialia negotii*”²³¹, isso é, a manifestação de vontade é o elemento essencial para a formação do negócio. Este elemento nuclear subdivide-se em dois: elemento cerne e elemento completante.²³²

O cerne é o núcleo central.²³³ É o que serve de pré-requisito para toda e qualquer outra análise. Consiste na vontade de ambos os contratantes em um mesmo sentido, isto é, o consenso. No contrato de compra e venda, por exemplo, o acordo de vontades para comprar e vender é o cerne.

[...] há fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, constituem-se nos *elementos nucleares do suporte fático* ou, simplesmente, no seu *núcleo*. Dentre esses há sempre um fato que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção. Às vezes esse fato não está, expressamente, mencionado, mas, por constituir o dado fático fundamental do fato jurídico, a sua presença é pressuposta em todas as normas que integram a respectiva instituição jurídica. Esse fato configura o *cerne do suporte fático*.

Além do cerne, há outros fatos que completam o núcleo do suporte fático e, por isso, são denominados *elementos completantes do núcleo*.²³⁴

O elemento completante²³⁵ é assim denominado porque completa o núcleo. Como ainda estamos no núcleo do suporte fático, também neste elemento deve-se falar em vontade,

²³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 11.

²³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 65.

²³² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54 e ss.

²³³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 33.

²³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

²³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 12.

pois para a teoria do fato jurídico, basta que haja manifestação de vontade por parte de ambos os contratantes para que o contrato exista, assim como basta que ela não esteja presente para que se possa dizer que o contrato é inexistente. Por exemplo, no contrato de compra e venda, o consenso sobre o preço e o objeto do contrato a ser vendido e comprado são os elementos completantes. O contrato de compra e venda somente existe porque os elementos nucleares estão presentes.

Dentre os fatos que a norma descreve haverá uma circunstância que o direito reputa como elemento indispensável para a própria existência do fato. Nos negócios, de regra, o cerne será o consenso, nos reais, a entrega do bem.

Por isso, veja-se no exemplo da compra e venda, se há o consenso, o objeto e o preço (art. 481 do CC), o núcleo do tipo compra e venda está perfeito e o negócio existe. O elemento cerne é o consenso, os completantes são o objeto e preço. A entrega do bem não é necessária para a consumação do negócio. Diferentemente do mútuo (empréstimo de coisas fungíveis, como dinheiro), por exemplo, em que o negócio jurídico é chamado de real porque se exige a entrega da coisa para que se consume o contrato (*consensus + traditio*).²³⁶ Desta feita, a tradição é a obrigação decorrente da compra (preceito) na primeira hipótese, enquanto, no mútuo, a tradição é elemento nuclear.²³⁷ “Nos negócios de direito das coisas, em particular nos negócios jurídicos reais, a entrega é elemento de suporte fático, necessário à suficiência dêsse”.²³⁸

O suporte fático do negócio jurídico pode conter declaração ou manifestação de vontade, ou declarações ou manifestações de vontade, ou uma e outra, ou umas e outras, mais ato real (ato-fato). São negócios jurídicos ditos, por isso, reais. (...) O núcleo do suporte fático da doação é composto pela convenção sobre a gratuidade e pela transmissão. O núcleo do suporte fático do mútuo é composto pela convenção sobre o reembolso e pela transmissão. Muito diferente é o ser a tradição simples efeito.²³⁹

Já o elemento complementar é uma qualidade. Não se confunde com o elemento completante que, conforme estudado, é parte do núcleo e se refere à existência, enquanto o

²³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.

²³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 157.

²³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. 158.

²³⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 16 a 18.

complementar²⁴⁰ é adjectivação para os elementos do núcleo, dando validade a estes. Importam, quando se tratar de ato cuja manifestação de vontade seja relevante, uma vez que “são elementos que somente dizem respeito a atos jurídicos lícitos *lato sensu*. Quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, de ato-fato jurídico ou de fato ilícito *lato sensu*, não há de se cogitar de elementos complementares.”²⁴¹

Se no plano da existência só se verifica a realidade dos fatos, no da validade se avalia essa realidade. O ordenamento jurídico faz uma triagem entre os fatos selecionando aqueles que estão aptos a gerar efeitos com base em sua lógica de valores.

Assim, se determinado indivíduo é enganado para assinar um contrato, negócio jurídico há, pois há manifestação de vontade, mas não há negócio válido, já que a vontade é viciada. Como o nome diz, ele apenas complementa os elementos nucleares do tipo, não constitui o núcleo do suporte fático porque apenas complementa algo que já existe, qualificando-o. Diz respeito à capacidade das partes e às características da forma e do objeto. Na falta do elemento complementar, o negócio jurídico poderá ser inválido ou ineficaz.

Se firmada por um incapaz, por exemplo, constatar-se-ia a ausência de elemento complementar, conforme se depreende do artigo 104, inciso I do CC.²⁴² Este contrato existe porque os elementos nucleares estão presentes, mas deverá haver o elemento complementar (representação ou assistência) para ser válido.

Haja vista que só se pode complementar o que já existe, ausente qualquer destes elementos, o negócio é existente, porém inválido (plano da validade).

Já os elementos integrativos do tipo dizem respeito a certos fatos que exigem a intervenção de terceiros, em geral, de autoridade pública, para produzirem seus efeitos. Liga-se à eficácia, por conseguinte, na falta deste elemento o negócio jurídico será ineficaz.

²⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

²⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

²⁴² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz.

“Nos negócios jurídicos, exclusivamente, enquanto os elementos nucleares (cerne e completante) dizem respeito à sua existência e os complementares, à sua validade ou eficácia, há espécies em que são necessários atos jurídicos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que o integram, mas, apenas, no plano da eficácia.”²⁴³

Exemplo disso é a averbação da venda de imóvel no Registro de Imóveis competente para fins de transmissão da propriedade. É, portanto, o registro, fator obrigatório para que o negócio gere efeitos perante terceiros. Por isso se está tratando do plano da eficácia.

Compreendida a estrutura dogmática clássica que identifica a manifestação volitiva como único elemento a compor o cerne dos contratos, importa questioná-la diante das significativas mudanças na sociedade atual, pós-revolução industrial e tecnológica, no intuito de adequá-la às novas relações e aos novos valores tutelados pelo Direito.

²⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

PARTE II – CRÍTICA À VONTADE INDIVIDUAL NO CERNE DO NEGÓCIO JURÍDICO. (ANTÍTESE)

3 A CRISE DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A vontade é impotente perante o que está para trás dela. Não poder destruir o tempo, nem a avidez transbordante do tempo, é a angústia mais solitária da vontade. (Friedrich Nietzsche)

A mudança no comportamento social provoca a mudança da teoria contratual que regula esta sociedade, pois, segundo Roppo, o contrato consiste em um conjunto historicamente mutável de regras e princípios.²⁴⁴ Afirma o autor que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido.”²⁴⁵ Como bem aduz Cláudia Lima Marques: “A ideia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social.”²⁴⁶

A sociedade e as relações sociais mudaram e mudam com rapidez, isso obriga não apenas a releitura das regras de Direito Contratual, mas principalmente da ideologia por trás da ciência jurídica dos negócios. Na primeira metade do século XX a crise dos contratos obrigou a doutrina a rever sua estrutura teórica face a massificação das contratações.²⁴⁷

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixaram claro o desnível entre os contraentes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a ideia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes irrelevante a própria manifestação da vontade, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos).

A crise na teoria conceitual do direito era inconteste. Em 1937, Gaston Morin, sabiamente preconizava a “revolta dos fatos contra os códigos”, o declínio e o fim

²⁴⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11. VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 222.

²⁴⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 24.

²⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

²⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164-168.

da concepção clássica de contrato. Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito, a liberdade e a autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos o desequilíbrio daí resultante já era flagrante.²⁴⁸

Os chamados contratos de adesão são amplamente utilizados diante da padronização de comportamentos na sociedade de consumo em massa, chamada de *mass consumption society* nos Estados Unidos e de *Konsumgesellschaft* na Alemanha.²⁴⁹ No Direito do Consumidor as cláusulas pré-elaboradas chegam a ser regra.²⁵⁰ Vale frisar que a simples liberdade de aceitar os termos de um contrato não é suficiente para se afirmar que há liberdade contratual, já que essa somente está presente quando se verificam dois elementos: a liberdade de celebrar e a liberdade de estipular.²⁵¹ Dependendo do produto e do conceito de necessidade, sequer a primeira estará presente em algumas relações, enquanto o último evidentemente não se mostra ao aderente, sendo tal liberdade exercida em raras contratações no mundo atual.

Entretanto, a segunda crise, já em tempos de pós-modernidade, foi apontada principalmente por Cláudia Lima Marques e é uma crise de princípios. Trata-se de uma busca por uma maior aplicação da boa-fé nas contratações.²⁵² Esta nova crise reconhece que não há como manter os princípios contratuais clássicos isolados das novas vertentes que têm percebido um fato: uma liberdade que ignore vulnerabilidades próprias de cada negócio promove a competição entre indivíduos desiguais, permitindo que a vontade do mais forte seja imposta. Uma leitura do Direito que inclua a boa-fé, a confiança, impede esta competição desigual ao exigir que o comportamento dos contratantes, mais do que apenas lícito, seja probó, leal, justo.²⁵³ A leitura liberal - focada mormente na vontade das partes - não consegue responder com justiça aos conflitos oriundos desses negócios, pois segue o individualismo próprio das ciências econômicas, despreocupadas com as consequências sociais, ao contrário das ciências jurídicas, que devem coibir tais comportamentos cujo propósito é unicamente o

²⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164-165.

²⁴⁹ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 113.

²⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 84.

²⁵¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 194.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 168-203.

²⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

lucro. Sem a consideração de valores sociais por meio do Direito, o contrato serve de ringue para uma competição que se assemelha a um massacre econômico de vulneráveis.

Tal crise²⁵⁴ surge da dificuldade de enfrentar os modelos modernos de contrato, muito mais massificados, valendo-se de uma teoria criada para comportar contratos nos moldes liberais.²⁵⁵ Hoje, os contratos de consumo e de adesão, nos quais a vontade é violentamente mitigada, são cada vez mais frequentes. Por isso o fato de juristas repensarem a importância da vontade nos contratos acabou por provocar uma crise na teoria do negócio jurídico.

Os próprios contratos cotidianos, fruto das sociedades massificadas, demonstram a insuficiência da teoria clássica que trata do assunto. Sob muitas denominações, os chamados “atos existenciais”²⁵⁶, “atos de tipicidade tráfica”²⁵⁷, “relações contratuais de fato”²⁵⁸, nada mais são do que aqueles pactos firmados diariamente para atender às necessidades básicas sem maiores formalismos. Exemplo comum é a compra realizada por incapazes, e não apenas de sorvetes (o que também serviria de exemplo), mas mesmo as compras com valores mais expressivos realizadas na internet.²⁵⁹ Ainda que contem com o consentimento dos pais, isso não resta expresso nos contratos, mas nem por isso se anulam tais acordos celebrados no comércio eletrônico. Tais comportamentos são comuns nas relações jurídicas de consumo e não levam em conta somente a vontade das partes, o que se torna ainda mais evidente nos contratos que têm como objeto um bem essencial, pois não há como falar em vontade (querer ou não) quando se trata de luz, água, etc.

Assim, o tráfico de massas e os contratos padronizados - cada vez mais frequentes -, impedem a utilização da teoria clássica calcada no voluntarismo contratual. A noção de negócio jurídico como instrumento da autonomia privada não mais está adequada quando o

²⁵⁴ Chamada de nova crise do contrato. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

²⁵⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 22 a 27.

²⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 91-92.

²⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38. p. 30.

²⁵⁸ Ou ainda “comportamentos sociais típicos” que conteria o “contato social” e as “relações obrigacionais duradouras”. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 791, set. 2001. p. 46.

²⁵⁹ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

volume e o modelo das transações fazem com que contratações não levem em conta somente a vontade manifestada pelas partes.

Atento a isso, o CC de 2002 traz maior valoração à confiança das partes ao contemplar princípios como da função social dos contratos, da boa-fé, etc.²⁶⁰, “sempre visando atingir o equilíbrio e a equidade contratual (*Vertragsgerechtigkeit*)”²⁶¹, cabe à doutrina adaptar as teorias basilares do direito aos novos valores acrescidos ao ordenamento jurídico.

3.1 CONTRATOS E CONTATOS: ESTUDO DOS ATOS EXISTENCIAIS

Os homens são adstritos à vida em contactos rápidos, dos quais resultam ou que resultam de negócios jurídicos necessários à alimentação, ao transporte e a outras necessidades da existência. Não seria possível que se exigisse forma especial para cada ato e o serem expressas tôdas as manifestações de vontade.²⁶²

A mola propulsora da discussão quanto à alteração de paradigma da vontade para a confiança foi o estudo dos atos existenciais que questionou o modelo tradicional de negócio jurídico.

Conforme aqui já foi referido, a Teoria do Fato Jurídico propõe que o suporte fático classificado como negócio jurídico contenha, no cerne de seu núcleo, a manifestação de vontade.²⁶³ Essa estrutura foi posta em cheque pelos chamados “atos existenciais” ou atos de “tipicidade tráfica” como denominou Pontes de Miranda²⁶⁴, na medida em que debatido se entrariam na categoria de ato-fato ou de negócio jurídico.

Os “atos existenciais” (denominação de Clóvis do Couto e Silva²⁶⁵ traduzindo o termo alemão *Daseinsvorsorge*), as “relações contratuais de fato” (*faktische*

²⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

²⁶² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38. p. 40.

²⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1-6.

²⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 30.

²⁶⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976.

*Vertragsverhältnisse*²⁶⁶), a “conduta social típica”²⁶⁷ (como denominou Karl Larenz²⁶⁸ com a expressão *sozialtypisches Verhalten*), ou “atos negociais conclusivos” (como prefere Claudia Lima Marques)²⁶⁹ são os atos que visam atender as necessidades essenciais do indivíduo e que são praticados massiva e corriqueiramente no dia a dia de todos. Como afirma Pontes de Miranda: “Alguns negócios jurídicos bilaterais podem resultar de *atitude* ou *ato* que signifique manifestação de vontade do agente ou de outrem”.²⁷⁰ Trata-se de “um dos meios de ‘confirmar’ por ações a aceitação contratual (*Annahme des Vertragsangebots durch Willensbestätigungen*) ou a vontade de concluir um contrato.”²⁷¹

Segundo Siebert²⁷², são características de um ato existencial: a caracterização de negócio baseado em conduta social típica do tráfico de massa; a identidade com grande número de outras relações; o anonimato face à ausência de individualização dos sujeitos da relação e do conteúdo contratual; a qualificação de ser vital para a coletividade.

Nos países da *common law*, estas categorias se fazem presentes nos chamados *contracts for necessities*. Tal instituto atua como “exceção à regra geral de que um menor não pode ser responsabilizado pelo valor de um bem por ele adquirido. Quando um bem servir a debelar uma necessidade, o menor será responsabilizado pelo seu pagamento [...] dentro dos

²⁶⁶ Ou ainda “comportamentos sociais típicos” que conteria o “contato social” e as “relações obrigacionais duradouras”. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 791, set. 2001. p. 46.

²⁶⁷ Ou “comportamento social típico” como traduzem Cesar Santolim em SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 59. e Vera Fradera em FRADERA, Vera Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 580.

²⁶⁸ “[...] las obligaciones pueden nacer: de los negocios jurídicos de la conducta social típica de hechos legalmente reglamentados y, finalmente y por excepción, de un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en materia de Derecho privado [...]” LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. p. 55.

²⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

²⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 29.

²⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

²⁷² Siebert, **Faktische Vertragsverhältnisse**. p. 17 apud BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 49.

limites de seu crédito”.²⁷³ Por meio das figuras supramencionadas, os *contracts for necessities* foram se incorporando ao direito continental.

No que tange à responsabilidade civil²⁷⁴, Clovis do Couto e Silva já alertava para a superação da divisão entre obrigação nascida do contrato e do delito.²⁷⁵ São espécies do gênero “contato social”, do alemão *Soziale Kontakte*, e por isso pode-se afirmar que o contato social é fonte de toda e qualquer obrigação.²⁷⁶

Por contacto social entende-se, aqui, o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de facto, operações económicas e transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, (...) enquanto a relação contratual nasce, em regra, de um contrato, aqui estaremos em presença de relações contratuais que não derivam de um contrato (...), mas de um complexo de circunstâncias e comportamentos – o contacto social – que tomam o lugar do contrato.²⁷⁷

No Direito do Consumidor, a aproximação da responsabilidade civil com a confiança dá-se com a adoção da teoria da qualidade²⁷⁸, tanto pela responsabilidade pelo fato, quanto pelo vício do produto ou serviço.²⁷⁹ Da mesma forma a responsabilidade pela violação da confiança, face ao descumprimento do dever de informar, entre outros exemplos da influência do princípio da confiança também neste ramo do Direito.²⁸⁰

²⁷³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 580.

²⁷⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Les contrats du consommateur. **Le consommateur**. Journées Colombiennes. Bogotá: Bruylant et LB2V. Tome LVII, 2007. p. 63.

²⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 90.

²⁷⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 206-207.

²⁷⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 303-304.

²⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 147-159. BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 161-196. BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 199-250.

²⁷⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

²⁸⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES,

Devido ao crescimento das populações, houve a massificação das condutas e a standartização das relações jurídicas. “A sociedade moderna vem se caracterizando por incessante e progressiva padronização”.²⁸¹ Desde a Revolução Industrial, que marcou a transição de uma economia primária e um mercado de negócios individualizados para uma produção e distribuição em larga escala, percebe-se esta massificação da sociedade²⁸², o que levou a uma prática frequente destes atos existenciais.

No tráfico de massa, as manifestações de vontade, capazes de gerar efeitos jurídicos, podem não ser escritas ou verbais, mas sim decorrentes de gestos ou comportamentos concludentes.²⁸³ Tais atos²⁸⁴ encontram dificuldades em serem classificados como negócios jurídicos ou contratos e, no entanto, produzem efeitos como se os fossem.²⁸⁵

Determinados comportamentos, devido a seu significado social típico, geram resultados de característica negocial, mesmo que independam da declaração de vontade.²⁸⁶

No estudo da Sociologia, a noção de contato social foi desenvolvida por Leopold von Wiese a partir da teoria do processo social. O mencionado sociólogo demonstrou que processo social é a faceta dinâmica da relação social, que é estática. Segundo ele, o contato social é um fenômeno de curta duração e que não apresenta, a priori, intenção associativa, o que, portanto, não permite que sejam relações estáveis. Afirma que todos os processos sociais

Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 195.

²⁸¹ VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 791, set. 2001. p. 47.

²⁸² RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004. p. 21.

²⁸³ “A circunstância concludente, o fato concludente, é sempre aquele de que se pode concluir ter havido vontade (*ex quo voluntas concludi potest*).” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, p. 396.

²⁸⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 579.

²⁸⁵ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 15-16.

²⁸⁶ VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, set. 2001. p. 46.

iniciam-se por um contato social, mas nem todo contato gera um processo, já que existem situações instantâneas, como um aceno ou um pedido de informações.²⁸⁷

No Direito, esta dificuldade foi percebida na Alemanha de 1941, pelo Professor Günther Haupt, na obra “*Über Faktische Vertragsverhältnisse*”²⁸⁸, ou “Das Relações Contratuais Fáticas”, ou, como traduzem outros, “Sobre as Relações Contratuais Fáticas”, título posteriormente criticado por sua contradição, pois se são relações contratuais, não podem ser apenas fáticas, já que se exige a vontade.²⁸⁹ O grande valor da teoria de Haupt foi afirmar a insuficiência do esquema tradicional das fontes das obrigações que se limitam ao ato ilícito ou ao contrato, analisando os efeitos dos contratos nulos e das relações de fato.²⁹⁰

Ocorre que, em certas situações aparentemente contratuais, a vontade não aparece ou não pode ser valorada. Haupt dividiu-as em quatro categorias:

1 – o “contato social” no qual se reconhecem situações semelhantes as relações contratuais; 2 – relações jurídicas de prestação que se estabeleceram sem declaração de vontade, tendo sido satisfeitas por uma das partes ao menos; 3 – as situações oriundas de relações duradouras nascidas de contratos nulos ou ineficazes que sem atenção à deficiência funcionam de fato e devem ser protegidas; 4 – as situações criadas pelo moderno tráfico de massa, onde contratos são celebrados sem a participação da vontade individual (contratos de massa e de adesão).²⁹¹

Após discussões, a doutrina passou a defender que os dois primeiros grupos não deveriam fazer parte das relações contratuais e que ensejariam unicamente a responsabilidade civil extracontratual. Quanto ao terceiro grupo, trata-se de obrigações surgidas sem base em um contrato, quer porque antes de celebrados (obrigações pré-contratuais), quer porque o contrato é nulo. Entende que, diante do moderno tráfico de massa baseado nos contratos de adesão, a compreensão de alguns atos humanos neste tráfico substitui a autonomia privada

²⁸⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 206-207.

²⁸⁸ HAUPT, Günter. **Über Faktische Vertragsverhältnisse**. In *Festschrift für Siber*, Leipzig, 1943, p. 1-35. apud FRADERA, Vera Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 579. Nota 58. Pontes de Miranda cita a edição de 1941 em MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 30 com bibliografia completa na p. 397.

²⁸⁹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1. p. 61.

²⁹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 123-124.

²⁹¹ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 17.

tradicional. Note-se que não é a ausência de declaração de vontade que gera o problema, pois esta pode ser tácita. Questiona-se a fonte dos efeitos de um contrato nulo ou proveniente de um tráfico de massa.²⁹²

O tráfico de massa caracteriza-se pelos contratos padronizados, destinados a um grande número de pretensos contratantes, no caso, os aderentes. Tal tipificação das relações contratuais ocasiona uma “crise do negócio jurídico”, como afirma Haupt, pois evidentemente a vontade, elemento cerne dos negócios jurídicos, segundo Pontes de Miranda, não aparece, e, ainda que se considere que aparece, tem sua importância significativamente mitigada. Esta foi a primeira crise do negócio jurídico - a da massificação²⁹³ -, enquanto, hoje, Cláudia Lima Marques já aponta para a segunda crise do contrato – a da confiança.²⁹⁴ A autonomia se resume a aceitar ou não as prestações existenciais de massa, o que não basta para a configuração do negócio jurídico.²⁹⁵ Até porque, a Teoria do Negócio Jurídico foi criada com base na autonomia privada (o indivíduo tinha um valor máximo a fim de implementar de uma vez por todas a liberdade e a igualdade no ordenamento jurídico) e por isso, não suporta os atos existenciais.

O individualismo do sistema jurídico contratual só foi revisto após as duas grandes guerras, face ao crescimento da ocorrência de atos existenciais no cotidiano dos cidadãos.²⁹⁶ Em um esforço para reconhecer os atos existenciais e mantendo as bases da referida teoria, Karl Larenz²⁹⁷ propõe que estes seriam contratos de tipicidade subjetiva, pois se trataria de “relações jurídicas obrigacionais por procedimento social-típico.”²⁹⁸

²⁹² BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 17-18.

²⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

²⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185.

²⁹⁵ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 25.

²⁹⁶ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 18-19.

²⁹⁷ LARENZ, Karl, **Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten**. (A Fundamentação de Relações obrigacionais pelo proceder social-típico), *Neue Juristische Wochenschrift*, 56 (1956), 1897. apud MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 30 com bibliografia completa na p. 400.

²⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p.30.

Para o Direito do Consumidor, esta unificação das fontes é ainda mais adequada, haja vista a massificação e a impessoalização de suas relações. Justamente por isso, no âmbito da responsabilidade civil, o CDC não estabeleceu dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual.²⁹⁹

Independentemente da definição de contrato, as relações de consumo provocam efeitos jurídicos com o simples contato, figura da sociologia que abrange toda relação entre sujeitos. O contato social de consumo³⁰⁰ explica a responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais por furto de veículos em seus estacionamentos³⁰¹, conforme súmula 130 do STJ³⁰², bem como é o motivo pelo qual todas as vítimas de acidentes de consumo são equiparadas a consumidores (*Bystanders*).³⁰³

Este tráfico de massas só tende a aumentar, e não se pode insistir em um modelo de negócio jurídico como instrumento da autonomia privada quando o volume das transações e a despersonalização impedem que este princípio seja aplicado sozinho. Terá de vir sempre acompanhado do princípio da confiança, com intensidade de incidência variando de acordo com o interesse público.³⁰⁴

²⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 147-159. BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 161-196. BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 199-250.

³⁰⁰ Baseado na idéia de contato social de Leopold Von Wiese, a teoria do contato social fabricante-adquirente, proposta por Lorenz por meio de analogia ao § 122 do BGB, defende que a marca e a publicidade produzem um contato social peculiar, imbuída de uma forte noção de confiança.

³⁰¹ Para Luis Renato Ferreira da Silva o caso gera uma obrigação cuja justificativa não está no consenso, mas “nas vantagens que as partes pretendem retirar da relação que mantém”. E questiona: “qual a causa de certos contratos gerarem obrigações e outros não? (por exemplo, o fato de o cidadão estacionar o automóvel na rua, ainda que seja, por exemplo, para ir à repartição pagar um tributo, não obriga a municipalidade a indenizá-lo...)” SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 23-24.

³⁰² “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”

³⁰³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 209-214.

³⁰⁴ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 42.

O problema torna-se ainda mais evidente nos casos em que o objeto do negócio jurídico é um bem existencial, básico para a sobrevivência digna do ser humano, tal como ocorre nos serviços públicos. Nessas situações, não há como defender a existência de uma vontade³⁰⁵, pois impossível afirmar que alguém pode não querer (vontade negativa) água, luz, etc, e nem mesmo há que se falar em querer (vontade positiva), pois o indivíduo, mais do que querer, necessita. Não se trata de vontade, mas de sobrevivência, conforme os direitos humanos mais básicos, valendo mencionar, ainda, a característica de monopólio do fornecimento de tais produtos ou serviços, quer pelo Estado, quer pelas concessionárias. “Daí que o particular impelido pela necessidade aceite as condições elaboradas pela outra parte, mesmo que lhe sejam desfavoráveis ou pouco equitativas - daí a restrição factual à liberdade de contratar.”³⁰⁶

Há uma “coação a contratar” (*Kontrahierungszwang*)³⁰⁷, não apenas de parte do consumidor, que precisa do produto ou serviço, mas também da concessionária, que, negando-se a contratar, “viola *dever jurídico* que assumiu perante o Estado”³⁰⁸. E mais, como se não bastasse a impossibilidade de deixar de contratar, estes são contratos de adesão, isto é, não há uma discussão de seu conteúdo, o indivíduo simplesmente adere a cláusulas pré-fixadas, eliminando de vez um dos princípios norteadores da teoria do negócio jurídico: o da livre determinação do conteúdo do contrato.

Neste contexto, surge a dúvida sobre a concepção clássica do negócio jurídico ser “suficientemente elástica para abranger também as relações jurídicas do tráfico de massa, de forma a se poder estender a elas a aplicação das normas jurídicas que definem e estruturam o negócio jurídico”.³⁰⁹

Haupt, a fim de exemplificar os atos existenciais, analisou o contrato de transporte público coletivo (Pontes de Miranda diz ser esta a modalidade de ato de tipicidade tráfica

³⁰⁵ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004. p. 22.

³⁰⁶ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 101.

³⁰⁷ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 22.

³⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 40.

³⁰⁹ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 25.

mais frequente³¹⁰), pois a oferta ao público do serviço por meio da disponibilização deste e a aceitação, por meio do uso, não configuram propriamente um consenso.

Após uma profunda análise das teorias da relação contratual fática - que passaram a incluir os contatos no direito obrigacional - esta passou a ser duramente criticada pelas doutrinas alemã, italiana e portuguesa, que entenderam ser descabido estabelecer novas fontes para as relações obrigacionais, sendo possível enquadrá-los na tradicional teoria geral do negócio jurídico.³¹¹

Resumidamente pode-se dizer que três são as posições possíveis:

- a) A concepção mais encontrável é a que considera o contrato de transporte como *oferta ao público*, de modo que, em todos os casos, quem dêle se utiliza *aceita*.
- b) Outra opinião é a dos que entendem que a utilização do transporte – serviço público – não é aceitação. Quem entra no trem, ou no ônibus, ou no bonde, ou na barca, fica sujeito a pagar o preço do transporte, sem se poder indagar se essa foi a sua vontade, se tem capacidade civil e se houve, ou não, defeito de vontade, se conhece ou não, a tarifa.
- c) Outra atitude [...] Os negócios jurídicos que resultam de atos da vida em público podem ser de *tipicidade tráfica*, tal como ocorre com as compras-e-vendas em público (o louco e o menor de dezesseis anos podem comprar sanduíches, pastéis, sorvetes, calçados).³¹²

Entre os que entendem que não se trata de um negócio jurídico típico, orientado pela autonomia da vontade, como todos os outros, quer porque entendam que não há aceitação (b), quer porque entendam o ato como ato de tipicidade tráfica (c), passaram a questionar a natureza desta relação: se ato-fato ou se negócio jurídico orientado pela confiança.

Duas correntes surgiram: uma liderada por Larenz, compreendendo que o ato existencial seria um ato-fato, já que ausente o elemento vontade; e outra que negou esta explicação por entender que há, sim, conteúdo volitivo no ato existencial e, portanto o vê como um negócio jurídico, informado pelo princípio da confiança.

³¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 29.

³¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 208.

³¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 29.

A primeira corrente entende que se trata de um ato-fato³¹³, conforme classificação dos fatos jurídicos³¹⁴ de Pontes de Miranda³¹⁵. Clóvis do Couto e Silva afirma que a categoria dos atos-fatos abrangeria tanto os “contatos sociais”, quanto os “atos existenciais”.³¹⁶ Para os defensores desta corrente a teoria do negócio jurídico não comporta os atos existenciais, pois quando se fala em relação de prestação independente da vontade, se está falando em típico ato-fato. Diferencia-se o ato-fato do ato jurídico justamente porque no primeiro não há vontade relevante, presente somente no segundo.³¹⁷ E se neste não importa a vontade, não importa também a validade desta e, portanto, poderia - como pode - um incapaz tomar um ônibus, assim como comprar um doce no mercado e até mesmo adquirir produtos pela internet.³¹⁸ Em se tratando de contratos de adesão, o menor que, de posse do número do cartão de crédito de seu responsável, clica no botão de “aceitar” e conclui a transação³¹⁹, pratica um ato-fato que produz efeitos no mundo jurídico regularmente. Isto ocorre diariamente sem que haja impugnação a este ato, da mesma forma que um vendedor ambulante de sorvetes nunca deixou de vender seu produto a um cliente impúbere.

Pode-se afirmar que os requisitos do ato-fato são somente objetivos e não subjetivos.³²⁰ No ato-fato, interessa apenas o resultado do ato humano, pouco importando a vontade das partes. O exemplo tradicional é daquele que ao colocar a mão sob a terra encontra um relógio abandonado, passando a ser proprietário deste. Transmitindo-se para um exemplo do tráfico de massas, afirma-se que basta deixar determinado veículo em um estacionamento para se obrigar a pagar o preço pré-fixado deste, sem que importe minha vontade ou a presunção que gera minha conduta. O ato em si, se praticado dentro dos moldes pré-estabelecidos de um ato típico, é suficiente para gerar a obrigação. Se todo ato existencial é típico, e todo ato típico produz efeitos, basta que o ato seja padrão para que gere direitos e deveres ao agente.

³¹³ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 27.

³¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 75.

³¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.e d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1-6.

³¹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 88-89.

³¹⁷ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 36.

³¹⁸ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 73.

³¹⁹ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comércio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 441-442.

³²⁰ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 28.

O inconveniente desta doutrina é que, se mal compreendida, pode difundir da ideia de ser humano coisificado diante da massificação uma vez que a padronização é que atribui conseqüências jurídicas ao fato. Tal visão deve ser conjugada com as noções constitucionais do Direito Civil para não redundar em estágio de pensamento que dominou os tempos de revolução industrial e que naturalmente implica em desvalorização da personalidade humana.

Outra crítica feita a esta doutrina é a de que o ato-fato é unilateral, o que impossibilitaria esta classificação aos atos existenciais, sempre bilaterais. Em contra-partida, argumentam os defensores que se trata de atos-fatos simultâneos, isto é, ambas as partes praticariam concomitantemente um ato-fato cada e que, ainda que não fosse, é possível identificar alguns casos de atos-fatos plurilaterais, como a posse, ocupação (art. 1263 do CC) ou a especificação (art. 1269 do CC), por exemplo.

Interessante é a posição de Pontes de Miranda, eis que a doutrina costuma enquadrá-lo nesta primeira corrente, até porque, em certas partes de sua obra, assim dá a entender: “O ato do louco entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.”³²¹ Todavia, um trecho de seu tratado de direito privado contradiz tal ideia expressamente:

Poder-se-ia pretender que o ato humano, por parte de quem toma o trem, ou de quem sobe no bonde, ou no ônibus, ou na barca, ou na balsa, entra no mundo jurídico como ato-fato humano, e assim não há negócio jurídico. Mas tal explicação é de refugar-se. Quem foi no trem, no bonde, no ônibus, na barca, ou na balsa, *negociou*. O direito tem tal ato como ato humano, que é, embora o reputo não suscetível de se lhe investigar a deficiência. O que surpreende é que o louco e o menor de dezesseis anos possam negociar. Ora, o direito público teve de atender a que o louco e o menor de dezesseis anos precisam de transporte como as outras pessoas. Entre vedar-lhes a utilização dos transportes e considerá-los com o consentimento dos pais, tutores ou curadores, ou do Estado, se os não tem, o direito preferiu o segundo caminho.³²²

A segunda corrente, que conta com maior número de defensores³²³, pretende explicar os atos existenciais sem alterar a teoria do negócio jurídico. Entende que, independente de

³²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p.35.

³²² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 32.

³²³ Tais como Lehmann, Flume, Siebert, Esser e Bidlinsky, entre outros. BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 28.

haver vontade negocial, há manifestação tácita de vontade. Considerando que a própria lei não exige que esta seja expressa, conforme § 151 do BGB – assim como os art. 111 do CC nacional –, os atos, condutas ou as atuações volitivas (*Willensbetätigungen*) representariam a vontade tacitamente expressada.

Contrapondo-se a esta teoria, afirmou-se que o problema não estava na manifestação da vontade, mas na própria vontade. Se esta é pressuposto de existência do negócio jurídico, sua ausência em determinado ato permite dizer que não se trata de um negócio jurídico. A crítica que surge é: para gerar o vínculo é necessário que haja vontade, consciência da manifestação (*Erklärungsbewusstsein*), vontade de manifestar (*Erklärungswille*), ou basta a manifestação?³²⁴ Nesta posição encontra-se tendência ao princípio da proteção da confiança. Como bem afirma Becker:

Assim, enquanto em muitas hipóteses alguém se obriga porque quis obrigar-se, manifestando expressa ou tacitamente esta vontade negocial, em outras, pode alguém obrigar-se porque se conduziu de forma tal que outrem desta conduta depreendeu uma vontade negocial e nela confiou.³²⁵

Portanto, pode-se dizer, conforme esta doutrina, que a forma como a conduta é compreendida em sociedade pode sobrepor-se à vontade interior de determinado agente. Defende-se que, numa espécie de *venire contra factum proprium*, aquele que age de forma a induzir os demais a pensar que sua intenção é uma, vincula-se a esta intenção demonstrada por sua conduta, ainda que sua vontade seja diversa. Se as concepções dominantes do tráfico³²⁶ atribuem um determinado significado àquele ato, aquele que o pratica está estabelecendo a obrigação, não com base na autonomia privada, mas com base na confiança e na boa-fé, “a identidade das relações jurídicas para todos exclui que se leve em consideração a vontade individual”.³²⁷ A confiança faz as vezes da vontade. Com base nesta afirmação, demonstra-se o motivo pelo qual os atos existenciais são negócios jurídicos que não podem

³²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 29.

³²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 32.

³²⁶ Pontes de Miranda costuma utilizar o termo “uso do tráfico” para designar as práticas sociais usualmente utilizadas. Por exemplo: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, p. 127-128.

³²⁷ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 34.

ser anulados por deficiência de vontade ou porque declarada incapacidade do sujeito.³²⁸ Adotando esta posição, voltaremos a tratar da confiança mais adiante.³²⁹

Tal situação pode ser colhida na jurisprudência alemã, no *Parkplatzfall* ou “caso do estacionamento”. Na cidade de Hamburgo, a ré declarou expressamente recusar a guarda do automóvel e recusou-se a pagar a tarifa cobrada. O BGH, entendendo que havia uma relação contratual fática, condenou a ré ao pagamento do preço pré-fixado, ainda que neste negócio jurídico a vontade da parte se opusesse diametralmente com o que fora contratado, pois a conduta da ré fez com que gerasse um ato existencial na forma de “negócio jurídico fundado na proteção da confiança.”³³⁰

A partir deste exemplo, pode-se dizer que esta doutrina não vê gerar o vínculo no simples fato de estacionar, mas sim na presunção que gerou nos agentes do estacionamento de que ela estava disposta a pagar. Estes confiaram no fato de que se o carro foi deixado no parque de estacionamento, pagar-se-ia por isto, pois esta é a conduta normal na vida em sociedade, este é um ato típico, um ato existencial. A confiança no respeito aos usos do tráfico gerou a obrigação, ainda que a motorista expressamente manifeste sua vontade de não pagar.

Conforme Pontes: “Argumenta-se contra essa relevância da vontade que pode haver, da parte dos figurantes, ou do figurante, a convicção de não existir, ou de ser nulo, o negócio, e no entanto existir, ou existir e valer.”³³¹

Na França, a tese que questionou o modelo clássico de contrato exaltando a confiança e a aparência foi a de Denis-Fatôme que afirma ser possível substituir um contrato pela

³²⁸ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 48.

³²⁹ Todas estas teses, porém, vêm perdendo terreno na doutrina que se direciona mais para um reforço da teoria da confiança com base na boa-fé. Segundo A. Somma, isto teria o “... proposito di tutelare le aspettative ingenerate dal comportamento dei contraenti e quindi sulla scorta di descrizioni della struttura del consenso come scambio di promesse che producono affidamento”. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

³³⁰ Siebert, **Faktische Vertragsverhältnisse**. p. 17 apud BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 49-50.

³³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 42 e 43.

aparência deste, caso divirjam. Para esta autora, o aparente, o informado, o efetivamente declarado é a base do vínculo gerado pelos negócios jurídicos na atualidade.³³²

Nos dias de hoje, pode-se citar como situação nova, mas já frequente, de “mudança” de paradigma (da vontade para a confiança), o comércio eletrônico. Nos negócios jurídicos celebrados por meio virtual, a vontade como elemento nuclear fica extremamente prejudicada e permite discussões acirradas.³³³ O professor da Universidade de Roma, Natalino Irti, discorreu sobre o tema no artigo intitulado *Scambi senza accordo*³³⁴, trazendo exemplos que demonstravam gradativamente as contratações onde há maior vulnerabilidade, relações onde o diálogo vai reduzindo até chegar às contratações por meio eletrônico, meio cujo comportamento dialógico é inexistente. Giorgio Oppo respondeu escrevendo artigo³³⁵ no qual adentra à “[...] discussione sulla struttura giuridica degli ‘scambi di mercato’ – con automatici, nei centri commerciali, su moduli o formulari televisivi, telematici – [...]”³³⁶ questionando a importância do elemento dialógico mencionado por Irti e, por fim, afirma que mesmo nesta espécie de contratação há acordo de vontades. A réplica de Irti veio em artigo intitulado “É vero ma... – Replica a Giorgio Oppo.”³³⁷ As discussões a respeito do tema não pararam por aí, muito ainda se debate sobre a importância e a presença da vontade nos contratos eletrônicos.³³⁸ O que se pode afirmar desde já é que a presença cada vez mais frequente das contratações eletrônicas força o direito a adaptar-se, revendo suas estruturas mais básicas, como bem afirma Maria Viscasillas:

³³² MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 97.

³³³ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63-68. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75. SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 58.

³³⁴ IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. **Rivista Trimstrale di Diritto e Procedura Civile**, anno 52, n. 2, p. 347-364, Milano, 1998.

³³⁵ OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del Contratto?* **Rivista de Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998. p. 525-533.

³³⁶ “discussão sobre a estrutura jurídica das trocas de mercado com a automatização nos centros comerciais, nos módulos ou formulários televisivos, telemáticos” (Tradução do autor) OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del Contratto?* **Rivista de Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998. p. 525.

³³⁷ IRTI, Natalino. *É vero ma... Replica a Giorgio Oppo*. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, n. 2., p. 273-278, 1999.

³³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 65.

La “electronificación” del Derecho contractual es ciertamente un aspecto del que no se puede sustraer el Derecho, el cual tiene que acomodar sus estructuras, cuando no derogarlas a crear otras nuevas, al impacto de las nuevas tecnologías en la vida jurídica.³³⁹

No Brasil, o P.L. 281/2012 prevê uma importante atualização do Código de Defesa do Consumidor - que por datar de 1990 não contempla o comércio eletrônico - ao inserir previsões acerca das relações de consumo efetivadas por meios eletrônicos. Este projeto garante a privacidade como direito básico, coíbe o cruzamento de dados, proíbe a venda de dados e cria uma nova sanção administrativa – a proibição de ofertar no comércio eletrônico – além de diversas outras previsões que asseguram a proteção do consumidor eletrônico.³⁴⁰

Outrossim, assunto que ocupa este novo modelo de contratação são os pactos celebrados por incapazes.³⁴¹ Como já mencionado, seja porque ato-fato, seja pela aplicação da boa-fé e da confiança, permite-se que este contrato, de regra, se mantenha válido, mesmo que a teoria do negócio jurídico considere nula esta pactuação. Neste caso, a vontade não integra o suporte fático, mas possui eficácia jurídica. Esta, inclusive, é uma prática frequente, já que o “e-commerce facilitates purchases by minors because their age is not detectable”.³⁴² E vale dizer que isso não se dá por superação do liberalismo, pois os atos existenciais sempre permitiram que menores contratassem mesmo sem possuir um requisito subjetivo. Isto é:

O cartão, o bilhete, a ficha, ou outro recibo *sem nome* é expressão de que se abstraiu o apresentante, de jeito que não se pode pensar em invocação de regras jurídicas sobre incapacidade e invalidade por êrro de pessoa ou por dolo [...] sempre existiram títulos de legitimação e títulos ao portador para assuntos de contratos.
[...] Não se poderia enfurnar-se em concepção que visse vontade, e vontade válidamente manifestada, no ato do louco que entra no bonde, ou no ônibus, ou no trem, ou na barca, ou na balsa, ou que adquire o sorvete, ou as balas, ou o sanduíche.
[...] O menor de dezesseis anos que comprou o livro de histórias comprou bem: não há nulidade na sua manifestação de vontade, porque a ordem jurídica supõe que

³³⁹ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 406.

³⁴⁰ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Anotações sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n. 21, jul./set. 2012. p. 73-82. AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, n. 22, jan./fev. 2013. p. 237.

³⁴¹ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 72-73.

³⁴² “O comércio eletrônico facilita as compras por menores porque sua idade não é detectável” (Tradução do autor) BAUMER, David; POINDEXTER, J.C. **Cyberlaw and E-Commerce**. New York: McGraw Hill, 2002. p. 37.

alguém que deu o dinheiro queria que o menor incapaz quisesse; portanto, alguém quis.³⁴³

Pontes de Miranda finaliza afirmando que o mesmo se passa com o surdo-mudo e que, ainda que o comprador não tenha pai, mãe, tutor ou curador, o Estado permite, mesmo que por negligência, que o menor louco ou surdo-mudo manifeste sua vontade nestes casos.³⁴⁴

No que se refere ao Direito do Consumidor, alguns autores entendem que, verificada a relação jurídica de consumo³⁴⁵, nunca haverá contrato, mas sim “contato”, pois todos os atos vinculados a este tipo de relação são atos existenciais. Isso se dá porque o consenso e a manifestação de vontade importam menos que os efeitos decorrentes dessas relações, ainda que se verifique uma típica relação contratual³⁴⁶, já que a maior valoração da confiança em detrimento da vontade decorre da vulnerabilidade do consumidor, e não pelo fato de tratar-se de um ato próprio dos usos do tráfico.

De qualquer forma, é latente a mitigação da liberdade e da autonomia privada do consumidor nas relações jurídicas.

3.2 CONTRATOS DE ADESÃO

A expressão “contrato de adesão” é proveniente do termo *contrat d’adesion* criado por Raymond Saleilles³⁴⁷ no princípio do século passado, quando analisou o BGB, código civil alemão.³⁴⁸ Na Alemanha, utilizou-se a expressão *standard-Vertragen* e nos países anglo-saxões *standard-contract*.

³⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.v. 38, p. 33-34.

³⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 35.

³⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. BESSA, Leonardo Roscoe. **Relações de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³⁴⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Les contrats du consommateur. **Le consommateur**. Journées Colombiennes. Bogotá: Bruylant et LB2V. Tome LVII, 2007. p. 60.

³⁴⁷ SALEILLES, Raymond. **De la déclaration de volonté. Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code Civil allemand**. F. Pichon, Successeur, Paris, 1901. p. 229-230. apud VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 58.

³⁴⁸ PACHECO, José da Silva. Do contrato de adesão perante o novo código civil. **Adv. Advocacia dinâmica**: Boletim informativo semanal, n. 33, 2004. p. 483. LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 11, 2003. p. 89.

São, na verdade, contratos com conteúdo pré-fixado. Caracterizam-se pela ausência de uma fase pré-negocial no sentido de debate prévio à pactuação e pela limitação de um dos contratantes a simples adesão à vontade manifestada pelo outro.³⁴⁹ A única relação do aderente “com o contrato é a leitura das cláusulas já prontas, sem a chance de argumentação ou modificação.”³⁵⁰

A produção em massa, decorrente da revolução industrial, voltada para a satisfação das necessidades da sociedade de consumo que se formou a partir do século XIX, exigia um instrumento negocial capaz de garantir o menor tempo possível no momento da contratação, a fim de que o comerciante pudesse atender todos os consumidores que a ele se dirigissem.³⁵¹

“Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.”^{352 353}

No Brasil, também é chamado de “contrato por adesão”.³⁵⁴ Alguns tratam como sinônimo, outros os diferenciam, definindo o vocábulo “contrato de adesão” como sendo aquele que não poderia ser recusado pelo aderente, como o caso de bem essencial à vida digna (contrato de fornecimento de energia elétrica, por exemplo) e o “contrato por adesão” seria aquele que permite ao aderente aceitar ou não as cláusulas pré-estabelecidas.³⁵⁵ O que deve ficar claro é que não se trata de um tipo de contrato vinculado a certa atividade, mas sim de

³⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75-97.

³⁵⁰ LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 11, 2003. p. 88.

³⁵¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69.

³⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79-80.

³⁵³ Partindo desta idéia, Lanfredi apresenta as características principais dos contratos por adesão como sendo: “a) regras contratuais fixadas unicamente por uma parte; b) desequilíbrio entre proponente e proposto [...] d) oferta ao público em geral.”³⁵³ E nos casos de contratos de (e não por) adesão acrescenta-se: “c) essencialidade do objeto (inexiste opção de consumo)”. LANFREDI, Geraldo Ferreira. O contrato de adesão no âmbito da defesa dos direitos do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 181-184, 1998. p. 73.

³⁵⁴ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 57.

³⁵⁵ LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 11, 2003. p. 90-91.

uma “técnica de negociação”.³⁵⁶ Portanto, qualquer espécie de contrato pode ser celebrado nesta modalidade.

Este tipo de contrato já vem sendo amplamente utilizado e tende a ter sua aplicação cada vez mais frequente diante da padronização do comportamento dos grupos na sociedade de massa. No intuito de uniformizar, simplificar e agilizar as contratações numerosas e idênticas, aqueles que redigem os contratos acabam por impor suas vontades sobre aqueles que simplesmente aceitam a contratação, eliminando a livre discussão que precede a celebração dos pactos. Tal tipo de contrato é o exemplo mais claro de que no tráfico de massas, da concepção clássica de contrato, só sobrou o mecanismo, tendo sido esvaziado todo o seu conteúdo.³⁵⁷ Os métodos de contratação se alteram para estandardizar a contratação, tal como a produção e distribuição realizadas em grandes quantidades.³⁵⁸

As causas e a finalidade da disseminação na vida moderna dos contratos de adesão são diversas: vantagem para as empresas e para a vida económica na organização, racionalização e normalização da actividade contratual dirigida a um número elevado e indeterminado de clientes; intenção do emitente do impresso de contrato de, melhorando sua posição, transferir certos riscos para a outra parte; insuficiência dos tipos contratuais legalmente previstos para cobrir satisfatoriamente formas negociais recentemente surgidas na vida económica (“leasing” ou locação financeira, “factoring”, contratos bancários, instalação de máquinas automáticas, contratos com empresas imobiliárias, etc.).

São, todavia, evidentes os perigos de abuso desta figura dos contratos de adesão: restrição da liberdade factual de contratar do consumidor individual; alteração das soluções equilibradas – apesar de supletivas – consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual; possível “cartelização” integral de sectores económicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar excluiu-se do tráfico jurídico; criação por entidades privadas de regras que, de facto, se assemelham ao direito imperativo estadual.³⁵⁹

Pode-se, hodiernamente, perceber que mesmo o direito dispositivo tem ganhado contornos cogentes para o consumidor e o aderente em geral, notadamente em casos de bens existenciais.

³⁵⁶ LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 11, 2003. p. 91.

³⁵⁷ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 45.

³⁵⁸ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. 2001, p. 49. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004. p. 21-22.

³⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999. p. 101-102.

Parte da doutrina trata como sinônimo a expressão “condições gerais dos contratos”³⁶⁰, bem como a terminologia comumente usada pela doutrina portuguesa, “cláusulas contratuais gerais”, que se basearam na expressão alemã *allgemeine Geschäftsbedingungen* - *AGB*.³⁶¹ Contudo, Claudia Lima Marques alerta para a distinção entre estes institutos:

Assim, *condições gerais dos contratos* (CONDGs) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos. (...) A doutrina europeia atual continua a distinguir os contratos de adesão daqueles ‘concluídos com base em cláusulas contratuais gerais’, pois as CONDGs podem constituir uma parte externa ao contrato, um anexo, um cartaz afixado no estabelecimento, ou ao contrário, podem estar inseridas no texto do documento contratual, não importando sua extensão, o modo como estão escritas, a sua autoria ou a forma e tipo do contrato. (...) a distinção é importante, pois o contrato de adesão não contém apenas as CONDGs, podendo haver cláusulas negociadas.³⁶²

No que toca ao Direito do Consumidor, esta espécie de contratação já se tornou a regra, “transformando a autonomia privada em exceção”, fazendo com que o consumidor gradativamente perca sua capacidade de negociar.³⁶³ Isso explica e justifica a intervenção do Estado - dirigismo contratual – para frear este comportamento econômico, protegendo a parte mais fraca do tráfico de massas, compensando este movimento.³⁶⁴

As categorias jurídicas fundamentais reconhecidas pelo individualismo jurídico (família, propriedade e contrato) se submeteram às grandes transformações sociais e econômicas dos séculos XIX e XX, efeitos diretos de duas revoluções: a industrial e a informacional.

O desgaste do princípio contratual da autonomia da vontade em meio a uma sociedade na qual foi elaborado o contrato de adesão foi paulatino e notório. O valor fundamental da liberdade individual teve o seu alcance consideravelmente reduzido. O aderente tornou-se vulnerável e deixou de ter o poder de disposição sobre o conteúdo do negócio.³⁶⁵

³⁶⁰ LANFREDI, Geraldo Ferreira. O contrato de adesão no âmbito da defesa dos direitos do consumidor. *Justitia*, São Paulo, v. 181-184, 1998. p. 72.

³⁶¹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 58.

³⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 86-89.

³⁶³ LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. *Revista jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 6, n. 11, 2003. p. 87.

³⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. p. 41.

³⁶⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 43.

Mesmo antes do CDC, os contratos de adesão já provocavam dúvida na doutrina quanto à natureza jurídica deste ato, pois, sem determinação conjunta do conteúdo (suporte fático³⁶⁶), difícil falar-se em negócio jurídico bilateral. Na tentativa de superar este argumento, Haupt e Sibert, em suas obras já mencionadas sobre a relação contratual fática, criaram a *Zwei-Eben-Theorie*, a “teoria dos dois níveis”, a qual defendia que o suporte fático poderia decorrer, tanto da vontade, quanto de um fato.³⁶⁷ As críticas partiram de Lehman³⁶⁸.

“Hoje a doutrina, pois, aceita o caráter contratual dos contratos de adesão.”³⁶⁹ De todo modo, ainda que não sigam esta teoria, todos os que não retiram a natureza contratual dos contratos por adesão³⁷⁰ entendem que houve manifestação de vontade, na medida em que o aderente é livre para aceitar ou não as disposições pré-estabelecidas. Esta é a doutrina majoritária.³⁷¹

Adotando esta posição Pontes de Miranda aduz: “A afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade é falsa.” E depois de afirmar que sempre existiram as aceitações tácitas, pelo silêncio e que resultam de ato alheio diz: “O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade *já estava preestabelecido*”. Mais adiante complementa: “O que se diminuiu, ou se reduziu a quase nada, foi o laço consensualístico. [...] O que houve [...] foi a incursão da autonomia da vontade, [...] Não, porém, eliminação”.³⁷²

Há, ainda, uma terceira corrente que qualifica o contrato de adesão na teoria contratual clássica, mas pretende que sejam aplicadas regras diferentes, protetivas aos aderentes.³⁷³ Esta

³⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1-6.

³⁶⁷ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 26.

³⁶⁸ LEHMAN, Heinrich. **Faktische Vertragsverhältnisse** (Relações contratuais fáticas), *Tagung der Zivilrechtslehre*. (9-10 Okt. 1957). apud MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p.30. Bibliografia completa na p. 400.

³⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.

³⁷⁰ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 59.

³⁷¹ Guilherme Leoni fala até em “assunto pacífico”, embora muitos o contestem, com base em Saleilles, Jean Boulanger, Josserand, Demogue, entre outros. LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 11, 2003. p. 89.

³⁷² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38. p. 31 e p. 34.

³⁷³ PACHECO, José da Silva. Do contrato de adesão perante o novo código civil. **Adv. Advocacia dinâmica: Boletim informativo semanal**, n. 33, 2004. p. 482.

é a tendência uma vez que tal técnica de contratação “praticamente elimina a vontade real do consumidor”³⁷⁴, mas o art. 54 do CDC³⁷⁵ ainda o trata como contrato.³⁷⁶ Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “Depreende-se desse conceito legal que as cláusulas gerais do contrato de adesão podem ser estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor ou pela autoridade competente.”³⁷⁷

Assim, apesar de reconhecer um caráter contratual, a lei consumerista³⁷⁸ apresenta diversos mecanismos de defesa do consumidor, como, por exemplo, a previsão dos parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo, onde se faz a exigência de uma redação clara que facilite a compreensão do consumidor e de um destaque para as cláusulas que lhe sejam prejudiciais. Portanto, se o consumidor não pode alterar o conteúdo, ao menos deve compreendê-lo. A leitura conjunta com o art. 46 do CDC, que torna ineficaz a cláusula que desrespeite estes direitos, amplia ainda mais a proteção, bem como o artigo 47 que prevê a interpretação do contrato sempre mais favorável ao consumidor.³⁷⁹

Independentemente da corrente a ser adotada, não se pode entender que o aderente, em um contrato desta natureza, seja de fato tão livre quanto o sujeito de qualquer contrato, pois a simples liberdade de aceitar a celebração não é suficiente para se falar em liberdade contratual plena, eis que esta se expressa com a conjugação de dois elementos: “(a) pela decisão de celebrar ou não o contrato; e (b) pela configuração interna que se quer dar a avença, com a escolha de suas cláusulas”.³⁸⁰ Em um contrato de adesão, não se verifica a segunda expressão da liberdade. Isso é, configura-se a “liberdade de contratar” (“poder decisório de contratar ou não contratar”³⁸¹), mas não a “liberdade contratual” (“possibilidade, para os contratantes, de

³⁷⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 328.

³⁷⁵ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

³⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

³⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 153.

³⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 565-570.

³⁷⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 330 a 332.

³⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 18, set./dez. 2000. p. 12.

³⁸¹ WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 30.

estabelecer o conteúdo do contrato, ou seja, de impor ou aceitar determinados deveres e obrigações e de constituir certos direitos”³⁸²). Ausente, portanto, a chamada *Gestaltungsfreiheit*, isto é, a “liberdade de modelação ou liberdade de fixação ou liberdade de estipulação do conteúdo contratual”³⁸³.

Questionável até mesmo a validade deste contrato, se encarada a amplitude do alcance destas cláusulas, quando se reconhece que o empresário não é legitimado para editar normas jurídicas que, de tamanho alcance, são confundidas com normas legais³⁸⁴, pois é o que se deduz quando alguns contratos padronizados são firmados por um número de pessoas superior à população de muitos países.

Tanto que Haupt chega a afirmar que “um contrato cairia no vazio, porque não há mais nada a ajustar”³⁸⁵. De fato, tudo parece imposto ou pela lei que manifesta a vontade das pessoas jurídicas de direito público (Estado) ou por contratos de adesão que manifestam a vontade das pessoas jurídicas de direito privado (grandes empresas). Cabe ao cidadão/consumidor obediência e contribuição para o sistema.

O CDC já previa esta espécie de contratação³⁸⁶ nos artigos 18 § 2º, *in fine*, e 54 parágrafos.³⁸⁷ O CC de 2002 estabeleceu, nos artigos 423 e 424, as normas genéricas sobre o tema. A vulnerabilidade do aderente chegou até o CC no art. 423, que prevê a interpretação mais favorável ao aderente³⁸⁸, o mesmo ocorrendo no Código Civil francês, em artigo

³⁸² WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 30.

³⁸³ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 95.

³⁸⁴ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 23-24.

³⁸⁵ Haupt. **Über Faktische Vertragsverhältnisse**. p. 17 apud BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974. p. 24.

³⁸⁶ TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. **Esmape notícias**, Recife, n. 13, p. 18-23, dez. 2006. p. 18.

³⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

³⁸⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Les contrats du consommateur. **Le consommateur**. Journées Colombiennes. Bogotá: Bruylant et LB2V. Tome LVII, 2007. p. 62-63.

1.370.³⁸⁹ Ademais, o artigo 424 prevê como nula a renúncia do aderente a direito resultante da própria natureza do negócio jurídico que se celebra.³⁹⁰

O que se busca com estes dispositivos é a proteção daquele que aceita as cláusulas em bloco³⁹¹, bem como a imposição de um dever de transparência para aquele que elabora unilateralmente o contrato.³⁹² O credor deixa de ser “desenhado como aquele participe da relação jurídica que é titular de direitos e pretensões. Amenizou-se, é certo, a posição deste último, cometendo-se-lhe, também, deveres, em virtude da ordem de cooperação.”³⁹³

O Projeto de Lei n° 6.960/2002, conhecido como Projeto FiuZZa, pretendia alterar a redação do artigo 423, nos seguintes termos:

Art. 423. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1° - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo aderente.

§ 2° - As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente.³⁹⁴

Este projeto, no entanto, foi arquivado e tais alterações nunca foram implementadas.

A espécie de contratação baseada em modelos ou formulários é cada vez mais frequente a indicar a urgente superação dos dogmas voluntaristas e da visão clássica da autonomia privada, eis que as soluções apresentadas já não se aplicam aos problemas contemporâneos em que as operações são padronizadas e impessoais. Como falar em autonomia privada, presunção de racionalidade e consciência das consequências dos atos se o consumidor escolhe muito pouco destas consequências e no que pode manifestar sua vontade o faz sem maiores conhecimentos acerca da operação. Ou seja, na média, o consumidor não

³⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 655.

³⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 656.

³⁹¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 231.

³⁹² VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001. p. 60.

³⁹³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 120.

³⁹⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 6960/2002**. Autoria: Sen. Ricardo FiuZZa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 10 dez. 2004. p. 4.

entende o que está escrito no modelo de contrato e mesmo aqueles que o compreendem não podem alterá-lo. A padronização das operações leva o consumidor a confiar nas indicações do fornecedor para sair da loja com o produto que deseja. Não constrói o negócio, apenas obedece ao passo a passo para obter aquilo que crê necessário, baseado no marketing do próprio fornecedor que o induz até a loja com técnicas de persuasão. A autonomia privada perde espaço em um ambiente mecanizado onde o contratante aderente perderá a oportunidade de realizar a compra caso se negue a seguir os passos indicados pelo fornecedor. Por outro lado, ganha espaço a confiança, pois quando o consumidor assina o formulário e passa no guichê ao lado está apenas obedecendo às ordens do fornecedor, confiando plenamente neste.

4. LIMITAÇÃO À VONTADE RACIONAL³⁹⁵

Dizem que o homem é um animal racional. Tenho procurado a vida toda alguma evidência dessa afirmação. (Bertrand Russell)

Esta tese se opõe ao voluntarismo, isso é, excessiva importância dada à manifestação de vontade das partes para determinar as consequências dos atos jurídicos. Mas o que é a vontade?³⁹⁶ É o exercício do livre-arbítrio para definir nosso destino. Ainda assim ficam dúvidas sobre até que ponto somos capazes de definir nosso futuro, quão racionais são nossas escolhas e quão relevante isso deve ser quando da análise das consequências. Tais questões vão muito além da Ciência do Direito e permitem digressões metafísicas necessárias para refletir sobre o tema sob todos os ângulos.

4.1 A VONTADE NA NATUREZA

A filosofia é baseada na premissa de que, ao contrário dos outros animais, que agem por instinto, o ser humano é o único ser capaz de tomar decisões racionais.³⁹⁷ Essa pressuposição de que detemos a capacidade de alterar o futuro por meio das nossas intenções é o chamado “livre-arbítrio”, isto é, a liberdade de agir conforme nossa vontade.

Dizia Søren Kirkegaard, filósofo dinamarquês: “O supremo paradoxo de todo pensamento é tentar descobrir algo que o pensamento não pode pensar.” Ádua, portanto, a tarefa de analisar e desconstruir o livre-arbítrio, conceito tão arraigado ao pensamento atual que baseia toda sua lógica na capacidade humana de decidir seu futuro.

³⁹⁵ A expressão “volonté rationnelle” é de: CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.

³⁹⁶ “Ó vontade, mudança de cada necessidade, minha necessidade que afasta a carência.” NIETZSCHE, Friederich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução de Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 212.

³⁹⁷ La rationalisation n'est pas un phénomène propre uniquement à l'époque moderne, bien qu'il ait pris des proportions considérables depuis l'apparition des sciences expérimentales et mathématisables au lendemain immédiat de la Renaissance. La rationalité ne représente pas non plus un phénomène propre au droit, elle s'est développée dans l'ensemble des activités humaines. (A racionalização não é um fenômeno específico da era moderna, embora tenha tomado proporções consideráveis, desde o surgimento das ciências experimentais e matematizáveis subsequentes ao Renascimento. A racionalidade não representa mais um fenômeno próprio do direito, tem desenvolvido em todas as atividades humanas.) (Tradução do autor) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 173.

O filósofo grego Aristóteles foi o principal responsável por inserir a ideia de autodeterminação na cultura mundial.³⁹⁸ Tal noção de livre-arbítrio foi incorporada ao cristianismo e ao Direito Canônico por São Tomás de Aquino³⁹⁹, não sendo profundamente questionada pelos principais filósofos até os dias de hoje.

Santo Agostinho foi um dos primeiros filósofos a consolidar a noção de livre-arbítrio na obra *De Libero Arbitrio*, em 386 d.c. Defendia que Deus fez os homens livres para escolherem entre o caminho do bem ou do mal e que quem escolhia o mal não sabia usar sua liberdade de escolha.

Opondo-se a tal premissa, a ideia de destino normalmente restou relacionada a doutrinas religiosas ou crenças sobrenaturais, como o karma das filosofias orientais. Na religião ocidental, apenas o calvinismo se opôs, de certa forma, à tese do livre-arbítrio ao defender a ideia de predestinação, deturpando, contudo, esta noção ao afirmar que Deus daria o paraíso somente aos escolhidos.

O fatalismo, como ramo da filosofia que trouxe esta análise para uma perspectiva racional, também não dispõe de bases sólidas o suficiente para possibilitar a defesa desta posição a partir de um estudo com base na ciência. Apenas em 1677 o raciocínio tomou cunho científico, com a teoria filosófica denominada “Determinismo”. Tal corrente, proposta por Baruch Spinoza⁴⁰⁰, Friederich Nietzsche⁴⁰¹ e, mais atualmente, por Gilles Deleuze⁴⁰², defende

³⁹⁸ COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 10.

³⁹⁹ FABRO, Cornelio. **La nozione metafisica di partecipazione**: secondo S. Tommaso D’Aquino. 3. ed. Torino: Internazionale, 1963. p. 20.

⁴⁰⁰ Embora contemporâneo e admirador de Descartes, Spinoza se opõe diametralmente à sua tese da vontade livre apresentando argumentos que deram ensejo a uma nova perspectiva filosófica: “[...] pour réfuter Descartes, Spinoza se situe sur deux plans différents, qui s’accordent sans pourtant se recouvrir. 1° Pour détruire la volonté cartésienne comme faculté absolue et libre, il se situe sur le plan de l’Ame, mode existant dans la durée et nécessairement déterminé par la chaîne infinie des causes finies. 2° Pour détruire la distinction cartésienne entre l’entendement et la volonté, il se situe sur le plan de la nature de l’idée.” (para refutar Descartes, Spinoza se situa em dois níveis diferentes que concordam entre si, sem, no entanto, que se sobreponham. 1 ° Para destruir a vontade cartesiana como faculdade absoluta e livre, ele se situa no plano da alma, perfil existente ao longo do tempo e necessariamente determinado pela cadeia infinita de causas finitas. 2 ° Para destruir a distinção cartesiana entre compreensão e vontade, ele se situa no plano da natureza das ideias.) (Tradução do autor) GUEROULT, Martial. **Spinoza**. Paris: Aubier-Montaigne, 1974. p. 501.

⁴⁰¹ NIETZSCHE, Friederich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução de Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2012. NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

a ideia de que os acontecimentos resultam da causalidade, sem que o indivíduo tenha controle sobre eles. Isaac Newton, em 1687, apresentou indícios que amparam este raciocínio ao afirmar que o universo é regido por leis fixas; a incidência destas leis sobre o ser humano ficou evidente a partir de estudos sobre a influência do meio sobre o indivíduo, tal como os atos reflexos ou condicionados.⁴⁰³

Nietzsche, nesta esteira de pensamento afirma: “No princípio se encontra esta grande fatalidade, o erro de que a vontade é algo que age - de que a vontade é uma faculdade... Hoje sabemos que ela é apenas uma palavra.”⁴⁰⁴

Deleuze formula sua tese a partir de Nietzsche e Kierkegaard afirmando que todo o fato é único, sendo a “repetição” um conceito subjetivo formulado por quem busca semelhanças entre fatos necessariamente diferentes.⁴⁰⁵ Desta forma o filósofo francês desconstrói a imagem do pensamento que pressupõe a si próprio como gênese do ato de pensar. A unidade do Cogito de Descartes reconhece objetos como idênticos quando o simples transcurso do tempo o modifica. O mesmo se dá com o pensamento que se desenvolve a partir de conceitos formados pela ótica da semelhança de eventos resgatados pela memória que cria a ideia de repetição. Assim, é sempre pelo meio que se começa e isso vale para o pensamento, para a ideia, para a vontade e para o ato uma vez que estes não são originários, mas decorrentes.⁴⁰⁶

⁴⁰² DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Lisboa: Relógio d'Água, 2000.

⁴⁰³ Como o - superado, porém precursor - “Behaviorismo radical” apresentado por Burrhus F. Skinner, em 1953, baseada no proposto por John Broadus Watson, em 1913, que diz ser o homem influenciado pelo ambiente em que vive. TONON, Rafael. Você não está no comando. **Galileu**, São Paulo, n. 261, p. 45-51, abr. 2013. p. 48-49.

⁴⁰⁴ NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 38.

⁴⁰⁵ “Todas as identidades são apenas simuladas, produzidas como um ‘efeito’ óptico por um jogo mais profundo, que é o da diferença e repetição.” DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Lisboa: Relógio d'Água, 2000. p. 36.

⁴⁰⁶ “A repetição nada muda no objecto que se repete, mas muda alguma coisa no espírito que a contempla: esta célebre tese de Hume leva-nos ao âmago do problema. Como é que a repetição muda alguma coisa no caso ou no elemento que se repete, se, de direito, implica uma perfeita independência de cada apresentação? A regra de descontinuidade ou de instabilidade na repetição é assim formulada: um não aparece sem que o outro tenha desaparecido. Daí o estado da matéria como *mens momentanea*. Mas como seria possível dizer ‘o segundo’, ‘o terceiro’ e ‘é o mesmo’, se a repetição se desfaz à medida que se faz? Ela não tem em si. Em compensação, muda algo no espírito que a contempla. É esta a essência da modificação.” DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Lisboa: Relógio d'Água, 2000. p. 141.

Hodiernamente a filosofia metafísica tem perdido espaço no contexto geral das ciências⁴⁰⁷ e filósofos e neurocientistas que questionam a natureza da liberdade tomam como referência um exame de encefalograma - realizado em 1983 pelo fisiologista Benjamin Libet - no qual foi demonstrado que o córtex motor que determina os movimentos apresenta atividade cerca de 300 milissegundos antes de a pessoa sentir que tomou a decisão.⁴⁰⁸ A falha deste raciocínio, sob a ótica da filosofia determinista, está em crer que não decidimos porque nosso cérebro decide por nós, quando o próprio cérebro apenas reage ao tempo na natureza.

De qualquer forma, nenhuma dessas correntes influenciou significativamente o pensamento mundial, que continua baseado na premissa do livre-arbítrio, da vontade livre. Trata-se do corolário da autonomia privada que embasa toda a teoria contratual moderna, além, é claro, de servir de ideia central do liberalismo.

É possível questionar tais premissas por meio de um raciocínio mais abrangente.⁴⁰⁹ Tal abstração demanda um afastamento do observador, que deve analisar o mundo (inclusive o animal *homo sapiens*) como se dele não fizesse parte, em um exercício de estranhamento.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ A filosofia desde o início do século XX tem abandonado as proposições sobre o universo como um todo ou sistemas metafísicos abrangentes. Essa nova filosofia, conforme Russell, “acredita, com base na sua lógica, que não há razão para negar, aparentemente, a natureza gradativa e confusa do mundo. Não considera o mundo como ‘orgânico’, no sentido de que se qualquer parte for compreendida de modo adequado o todo poderá ser entendido. (...) A nova filosofia possuía originalmente três fontes principais: a teoria do conhecimento, a lógica e os princípios da matemática. Desde Kant, o saber tem sido concebido como uma interação, na qual algo conhecido foi modificado pelo entendimento que temos dele e, portanto, sempre teve determinadas características devidas a esse conhecimento” RUSSELL, Bertrand. **Ensaio céticos**. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p. 68.

⁴⁰⁸ TONON, Rafael. *Você não está no comando*. **Galileu**, São Paulo, n. 261, p. 45-51, abr. 2013.

⁴⁰⁹ A análise metafísica é tão abstrata que pode ser mal compreendida. O que se pretende é sugerir reflexões e não afirmar verdades. Em tom socrático reconheço nada saber e apenas proponho a reflexão acerca das certezas do atual estágio do conhecimento humano. Os riscos parecem fazer com que poucos estejam dispostos a refletir sobre suas convicções. O conforto de tornar verdade algumas certezas afasta a obra prima da filosofia: o questionamento. Há uma propensão natural em nos apegarmos ainda mais às convicções quando estas são postas em cheque. Hoje a maior parte do raciocínio humano consiste na busca por argumentos que comprovem o que cremos, quando o verdadeiro valor está em buscarmos, juntos, a verdade. Assim, primando pelo debate, que liberta o conhecimento aprisionado pelo estudo no pensamento, preferi submetê-lo às críticas. Subscrevo Decartes que, pouco antes de proferir a célebre e controversa frase “penso, logo existo” aduziu: “Não sei se devo falar das primeiras meditações que aí realizei, pois elas são tão metafísicas e tão pouco comuns que talvez não serão do gosto de todo mundo. Contudo, a fim de que se possa julgar se os fundamentos que admiti são bastante firmes, vejo-me de certo modo obrigado a falar delas.” DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alere: L&PM, 2013. p. 63. E, esperando que suas reflexões pudessem inspirar novas, conclui: “[...] cada um conforme sua inclinação e seu poder, com as experiências que seria preciso fazer, e comunicando também ao público tudo que aprendessem, a fim de que, começando os últimos onde os precedentes haviam terminado, e juntando assim as vidas e os trabalhos de muitos, fôssemos todos juntos bem mais longe do que cada um em particular poderia ir.” DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alere: L&PM, 2013. p. 92.

A premissa base das ciências modernas é a de que o homem define seu destino pelos seus atos, baseado na sua vontade livre. O fato, entretanto, é que só aquilo que está cientificamente comprovado corresponde à nossa capacidade de compreender e, portanto, de prever a reação das substâncias ao nosso redor, mas não a de alterá-las. É certo que podemos imaginar futuros possíveis, mas não que possamos modificar o futuro, pois quando temos contato com os fatos, eles já são o presente. Então, em que consistiria nosso livre-arbítrio?

Spinoza compara a crença humana no livre-arbítrio a uma pedra arremessada pensando que escolhe o caminho que percorre enquanto cruza o ar até o local onde cai. Na obra *Ética* diz: "[...] a mente é determinada a querer isto ou aquilo por uma causa que é determinada por sua vez por outra causa, e essa por outra e assim ao infinito"⁴¹¹, e mais adiante afirma "[...] os homens se consideram livres porque estão cômnicos das suas volições e desejos, mas são ignorantes das causas pelas quais são conduzidos a querer e desejar"⁴¹²

O ser humano analisa a matéria ao seu redor, por isso se crê especial, passando a ter a convicção de que podemos mudar, por meio do nosso desejo, uma reação da natureza, quando, em outra perspectiva, podemos dizer que esse mesmo desejo não passa de uma reação da própria natureza. Somos substâncias conscientes porque temos memória para rever o passado e raciocínio para prever o futuro, mas não há qualquer evidência de que podemos alterá-lo. O ser humano nega reconhecer-se como mais uma parte do todo porque sente a necessidade de estar no controle, por mais desolador que o seja, assim como a terra não é o centro do universo, também o ser humano não o é.

⁴¹⁰ Talvez seja mais fácil nos identificarmos com o que se parece mais com nossa morfologia, por isso podemos compreender que somos parte de um todo juntamente com os animais, mas mais do que isso, não somos diferentes daquilo que consideramos matéria inanimada, pois ela é assim classificada aos nossos olhos, sob nossa perspectiva. Sobre isso vale um estudo sobre a fenomenologia hegeliana (HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 1992), bem como sobre os ensinamentos de Edmund Husserl acerca do tema (HUSSLERL, Edmund. **Lições para uma fenomenologia da consciência interna do tempo**. trad. Pedro M. S. Alves. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1994). Por exemplo, se uma pedra parece parada para um observador na terra, para um observador na lua ela é parte de um planeta que se move constantemente, tudo parte de uma única natureza, fruto da incidência das mencionadas leis da química e da física sobre a matéria.

⁴¹¹ SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 36.

⁴¹² "Não há, na mente, nenhuma vontade absoluta ou livre: a mente é determinada a querer isto ou aquilo por uma causa que é, também ela, determinada por outra, e esta última, por sua vez, por outra, e assim até o infinito. [...] convém observar que, por vontade, compreendo a faculdade pela qual a mente afirma ou nega o que é verdadeiro ou o que é falso, e não o desejo pelo qual a mente apeetece ou rejeita as coisas." (SPINOZA, Benedictus de, **Ética**. trad. Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 87-88).

O antropocentrismo pode servir para a proteção de valores, bem como para a filosofia mais relacionada a fatores de convívio e pacificação social, tão importante quanto a filosofia ligada ao material, à física e às demais ciências exatas. Assim, o homem como centro, no sentido de dar-lhe importância central, é necessário, mas sob uma ótica natural, equivale à crença no geocentrismo. Tal como fez Copérnico, que não tirou a importância da terra ao defender o heliocentrismo, pode-se afirmar, sem afastar a grandiosidade humana, que, para a natureza, não somos mais do que um aglomerado de substâncias perfeitamente ordenadas pelas leis da física de modo a dar-nos capacidade de ter consciência de si e do restante da matéria a ponto de compreender o que somos.

A dificuldade em contestar o livre-arbítrio está na sensação de que o vivenciamos cotidianamente. Esta sensação, todavia, nada mais é do que nossa habilidade para prever o que provavelmente ocorrerá.⁴¹³ Assim, antecipamos mentalmente o que provavelmente irá acontecer, fazendo com que pensemos que nós fizemos acontecer o que naturalmente ocorreria. Nas palavras de Commons e Miller:

We all experience the sense of free will and so the idea that free will exists appears to be confirmed by our everyday experience. This sense seems to result from the fact that before we act we have the sense that we are about to act, and we usually even anticipate the action we are about to perform. Because of this, we think that these prior thoughts have caused our action. As we will discuss, this is an illusion, but one that is very hard to overcome.⁴¹⁴

Sob a perspectiva químico-biológica, também percebemos indícios de que talvez o ser humano não seja diferente das demais substâncias que formam nosso meio. Uma análise a partir da química indica que seres humanos são matéria, átomos ordenados que pertencem ao mundo. O “indivíduo”, no sentido de indivisível caiu por terra desde que o átomo (partícula elementar indivisível) de Demócrito se mostrou inatingível, demonstrando a conexão do todo

⁴¹³ “[...] la faculté de vouloir n’est pas distinct de la faculté de connaître” (a capacidade de querer não é diferente da capacidade de compreender) (Tradução do autor) GUEROULT, Martial. **Spinoza**. Paris: Aubier-Montaigne, 1974. p. 495.

⁴¹⁴ “Todos nós experienciamos a sensação de livre-arbítrio bem como a idéia de que existe livre-arbítrio parece ser confirmada por nossas experiências cotidianas. Este sentimento parece resultar do fato de que antes de agir, temos a sensação de que estamos prestes a agir, e nós, normalmente, até antecipamos a ação que estamos prestes a realizar. Devido a isso, acreditamos que esses pensamentos anteriores causaram a nossa ação. Como vamos debater, isso é uma ilusão, mas que é muito difícil de superar.” (Tradução do autor) COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 11.

que reage conjuntamente.⁴¹⁵ Assim, todas essas substâncias reagem de acordo com as leis da química e da física - inclusive leis que nosso conhecimento sequer desvendou uma vez que a ciência está em constante evolução. Tais reações envolvem desde elementos básicos até seres biológicos. Assim, pode-se deduzir que chamamos de irracional (porque natural) tanto o urso que ataca, quanto o tsunami que devasta, pois a natureza é uma só, o que se altera é como o observador recebe as reações por seus sentidos e quão capaz ele é de compreender as causas.

Então, o ser humano (parte desta mesma natureza) que toma uma decisão⁴¹⁶ também pode ser visto como uma substância que reage, afinal, somos em parte substância orgânica composta de átomos de carbono e água⁴¹⁷ em uma morfologia capaz de manter a vida em um determinado meio ambiente, e outra parte a influência do tempo sobre esta matéria, reagindo em uma sequência que podemos acompanhar pelos nossos sentidos desenvolvidos pela adaptação da matéria orgânica para ter consciência do seu meio, isso é, manter contato com o restante da matéria.

Não se trata de mera interpretação fisiológica que reduz a atividade psíquica a atividades automáticas, trata-se de considerar o pensamento e as decisões, conscientes ou não, como reação natural. Assim como podemos compreender uma reação química em uma substância mais simples (água descongelando, à medida que o tempo passa em determinadas condições de temperatura e pressão), se analisarmos a partir de princípios químico-biológicos, não teremos opção: reagiremos de acordo com as influências de nosso meio, conforme o que determinarem as leis da física que nos influenciarem. Afinal, se tudo tem uma causa, tudo é consequência.⁴¹⁸

⁴¹⁵ “O indivíduo, o ‘indivisível’, tal como o povo e o filósofo o entenderam até agora, é, no fim das contas, um erro: ele não é algo à parte, não é um átomo, não é um ‘elo da corrente’, não é algo meramente herdado de outrora - ele é a linha humana inteira que chega até ele e inclusive o ultrapassa.” NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 101. Ou seja, a condição finita do homem o faz buscar fronteiras neste mundo a partir de seus sentidos, também finitos e limitados, mas o fato é que a divisão, classificação, diferença e semelhança, são tão somente perspectivas humanas do todo o qual integra.

⁴¹⁶ Pratica um crime através de sua conduta consciente, por exemplo.

⁴¹⁷ Para ser mais preciso 55% de água (em um adulto de 70 quilos isso representa 38,5 litros), 23% de carbono (16 quilos), 2,6% de nitrogênio (2,22 litros), 1,4 % de cálcio (1 quilo), 0,83% de fósforo (580 gramas), 0,27% de cloro e sódio (195 gramas), 0,2% de enxofre (140 gramas), 0,2% de potássio (140 gramas) e 0,009% de metais (6 gramas). (VERSIGNASSI, Alexandre et. al. Os ingredientes do seu corpo. **Superinteressante**, São Paulo, n, 284, p. 50-51, nov. 2010).

⁴¹⁸ “De uma causa data e determinada segue-se necessariamente um efeito; e, inversamente, se não existe nenhuma causa determinada, é impossível que se siga um efeito.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 14. “Deve-se observar que, para cada coisa existente, há necessariamente alguma causa precisa pela qual ela existe.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de

Sob uma perspectiva mais materialista, somos compostos, uma parte por fatores constitucionais (transmitidos de geração em geração pelo DNA) e outra parte pelo modo com que essa composição física reage a todas as vivências a que é submetida, isso é, a reação que nossas experiências⁴¹⁹ causam em nós mesmos.⁴²⁰ O resultado é um ser único, eis que nenhum outro possui sua composição, nem viveu os mesmos fatos a partir de seu ponto de vista.⁴²¹ Portanto, o ser (humano) dará respostas únicas para cada situação, obedecendo à sua composição físico-química na forma em que ela se encontra pelo resultado de suas experiências.⁴²² “Seu cérebro possui uma programação que mistura herança genética e experiências vividas. Isso é o que embasaria suas decisões, tomadas de forma automática.”⁴²³ o que permitiria concluir que um ser humano com aquela composição sempre agirá daquela forma naquela situação (condições para a reação).⁴²⁴ Nos dizeres do personagem de Oscar Wilde, Lorde Henry: “Você e eu somos o que somos e seremos o que temos de ser”.⁴²⁵ Assim como podemos prever a mecânica dos fluidos, se compreendêssemos a composição exata do ser humano e quais suas reações, preveríamos as condutas humanas⁴²⁶. Afinal, como matéria não agimos, apenas reagimos, tal qual todo o restante do universo que compomos.

Esse estado de coisas, portanto, em conjunto com a consciência daquela liberdade autêntica própria à vontade enquanto coisa em si fora da aparição gera a aparência ilusória de que até mesmo o ato singular da vontade não dependeria de nada e de que seria livre, isto é, infundamentado; enquanto na verdade, estando dado o caráter e reconhecido o motivo, este ocorre com a mesma rígida necessidade das mudanças cujas leis são ensinadas pela mecânica, deixando-se, fossem apenas conhecidos com

Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 17. “por estarem conscientes de suas volições e de seus apetites, os homens se crêem livres, mas nem em sonho pensam nas causas que os dispõe a ter essas vontades e esses apetites, porque as ignoram. [...] as causas finais não passam de ficções humanas.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 42-43.

⁴¹⁹ Note-se que utilizamos a nomenclatura “experiência” para qualquer reação da matéria à ação do tempo, isto é, tanto para análise de substâncias químicas em laboratório quanto para vivências, bem como nos valem da expressão “reação” em ambas as situações.

⁴²⁰ “O homem é o homem e suas circunstâncias”, afirmava o filósofo espanhol José Ortega y Gasset.

⁴²¹ “Cada um de nós é uma narrativa singular, construída de modo contínuo e inconsciente, por, através e em nós”, observava Oliver Sacks.

⁴²² Experiências estas que podem tornar a causar modificações no indivíduo pela memória.

⁴²³ TONON, Rafael. Você não está no comando. **Galileu**, São Paulo, n. 261, p. 45-51, abr. 2013. p. 49.

⁴²⁴ Em célebre frase, Sigmund Freud, precursor da compreensão do inconsciente como motivador das atitudes aduz: “você não é o senhor da sua vida, mas sim, vítima dos seus atos”.

⁴²⁵ WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. trad. Marina Guaspari. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998. p. 212.

⁴²⁶ Evidentemente isso nunca seria possível uma vez que a complexidade da “substância ser humano” é tão grande que foge à nossa capacidade intelectual compreendê-lo a ponto de prever sem dúvidas sua reação. Da mesma forma, por exemplo, que nem sempre acertamos a previsão do clima, por melhores que sejam os equipamentos meteorológicos, sendo que tais reações são muito mais simples do que as do ser humano.

precisão o caráter e o motivo, para utilizar a expressão de Kant, calcular com a mesma segurança de um eclipse lunar, (...).⁴²⁷

Assim, pessoas nascem e morrem e suas matérias orgânicas deixam de sê-lo, decompondo-se e unindo-se ao restante da matéria⁴²⁸, e ainda assim negamos que somos apenas mais uma parte do todo⁴²⁹, reagindo de acordo com esse todo, porque queremos crer que somos superiores⁴³⁰ ao restante da matéria⁴³¹, “escolhidos” com inteligência para desafiar as leis da física e da química e mudar o futuro, porque somos mais evoluídos no sentido da consciência de si e do mundo do que os demais animais. Isso pode justificar a crença no livre-arbítrio, mas se opõe à sua existência material.

⁴²⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a vontade na natureza**. trad. Gabriel V. Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 134.

⁴²⁸ O que há muito é reconhecido como na célebre passagem bíblica: *pulvis es et in pulverem reverteris* (és pó e a ele voltarás).

⁴²⁹ “É impossível que o homem não seja uma parte da natureza e que não siga a ordem comum desta.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 205. “Não pode ocorrer que o homem não seja uma parte da natureza, e que não possa sofrer outras mudanças que não aquelas que podem ser compreendidas exclusivamente por meio de sua própria natureza e das quais é causa adequada.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 161. “considero os afetos humanos e suas propriedades da mesma maneira que as demais coisas naturais. E certamente os afetos humanos, se é que não indicam a potência e a engenhosidade humana, indicam, no mínimo, a potência e a engenhosidade da natureza, não menos que muitas outras coisas que nos causam admiração e em cuja contemplação nos deleitamos.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 193.

⁴³⁰ “Depois de terem se persuadido de que tudo que ocorre é em função deles, os homens foram levados a julgar que o aspecto mais importante, em qualquer coisa, é a que lhes é mais útil, assim como foram levados a ter como superiores aquelas coisas que lhes afetavam mais favoravelmente. Como consequência, tiveram que formar certas noções para explicar a natureza das coisas, tais como as de bem, mal, ordenação, confusão, calor, frio, beleza, feiúra, etc., e, por se julgarem livres, foi que nasceram noções tais como louvor e desaprovação, pecado e mérito.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 45. “Os que escreveram sobre os afetos e o modo de vida dos homens parecem, em sua maioria, ter tratado não de coisas naturais, que seguem as leis comuns da natureza, mas de coisas que estão fora dela. Ou melhor, parecem conceber o homem na natureza como um império num império. Pois acreditam que, em vez de seguir a ordem da natureza, o homem a perturba, que ele tem uma potência absoluta sobre suas próprias ações, e que não é determinado por nada mais além de si próprio. Além disso, atribuem a causa da impotência e da inconstância não à potência comum da natureza, mas a não sei qual defeito da natureza humana, a qual, assim, deploram ridicularizam, desprezam ou, mais freqüentemente, abominam. [...] Nada se produz na natureza que se possa atribuir a um defeito próprio dela, pois a natureza é sempre a mesma, e uma só e a mesma, em toda parte, sua virtude e potência de agir. Isto é, as leis e as regras da natureza, de acordo com as quais todas as coisas se produzem e mudam de forma, são sempre as mesmas em toda parte. Conseqüentemente, não deve, igualmente, haver mais do que uma só e mesma maneira de compreender a natureza das coisas, quaisquer que sejam elas: por meio das leis e regras universais da natureza. É por isso que os afetos do ódio, da ira, da inveja, etc., considerados em si mesmos, seguem-se da mesma necessidade e da mesma virtude da natureza das quais se seguem as outras coisas singulares. SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 97-98.

⁴³¹ Como referido, não se está criticando a noção de que os seres humanos seriam mais importantes do que o restante da matéria. O homem como centro foi uma conquista fundamental do humanismo e do iluminismo que nos levaram a valorização da vida humana, esta que deve ser protegida acima de qualquer outro fenômeno na natureza, mas é necessária como valor, isto é, como conceito, não como fato natural.

Evidentemente a manifestação de vontade é causa de muitos efeitos e, por isso, sempre que alguém pratica um crime, por exemplo, sua intenção provoca uma reação na natureza tendo a prática delituosa como efeito.⁴³² Portanto não se pode negar que a manifestação de vontade seja causa de uma consequência, a dúvida está no livre controle sobre o surgimento desta causa quando ela também é uma consequência.⁴³³

A física também nos conduz a tais conclusões.⁴³⁴ Os ensinamentos de Albert Einstein sobre o tempo são, hoje, os que apresentam melhor material para as afirmações deterministas, ainda que tenha ele se dedicado muito mais à física do que à filosofia metafísica. Demonstrou que o tempo não é mais do que a distância entre observador e observado. Segundo a teoria da relatividade de Einstein⁴³⁵, qualquer matéria que chegue à velocidade da luz faria com que,

⁴³² “Já demos a resposta ao indicarmos as três fontes donde provém nosso sofrimento: o poder superior da natureza, a fragilidade de nosso próprio corpo e a deficiência das disposições que regulam os relacionamentos dos seres humanos na família, no Estado e na sociedade. Quanto às duas primeiras, nosso juízo não pode hesitar por muito tempo; somos forçados a reconhecer essas fontes de sofrimento e a nos resignarmos com a sua inevitabilidade. Jamais dominaremos a natureza completamente, e nosso organismo, ele próprio uma parte dessa natureza, sempre será uma formação transitória, limitada em sua adaptação e em sua operação. Desse conhecimento não se deriva nenhum efeito paralisante; ao contrário, ele indica a direção de nossa atividade. Se não podemos suprimir todo o sofrimento, podemos pelo menos suprimir uma parte dele, mitigando a outra; uma experiência de milhares de anos nos convenceu disso. Em relação à terceira fonte de sofrimento, a social, nos comportamos de outra maneira. De modo algum queremos admiti-la, não conseguimos entender por que as disposições que nós mesmos criamos não deveriam antes representar proteção e benefício para todos nós. Contudo, quando refletimos sobre o quanto fomos malsucedidos justamente na proteção contra essa parcela de sofrimento, desperta a suspeita de que também por trás disso poderia haver uma porção de natureza invencível - neste caso, nossa própria constituição psíquica.” FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 80-81.

⁴³³ “Se Prometeu quisesse repreender suas criaturas imperfeitas por suas ações, estas responderiam, com toda razão: ‘Nós sempre só pudemos agir segundo o que éramos: pois da constituição flui o agir. Se nosso agir foi ruim, isso se deveu à nossa constituição; ela é obra tua: pune-te a ti próprio.’” SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a vontade na natureza**. trad. Gabriel V. Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 211.

⁴³⁴ Apesar de boa parte dos físicos quânticos acreditarem na existência do livre-arbítrio por meio da chamada “causalidade descendente”, é possível fazer uma leitura diversa.

⁴³⁵ “Embora a matemática pura estivesse mais preocupada do que qualquer outra ciência com o início da nova filosofia, a influência mais importante nos dias atuais é a da física. Isso ocorreu em particular pelo trabalho de Einstein, que alterou de modo fundamental nossas noções de espaço, tempo e matéria. Este não é o lugar para uma explicação sobre a teoria da relatividade, porém umas poucas palavras sobre algumas de suas consequências filosóficas são inevitáveis.

Dois itens especialmente importantes na teoria da relatividade, do ponto de vista filosófico, são: (1) de que não existe um tempo único que abrange tudo e no qual todos os eventos do universo tem lugar; (2) de que a parte convencional ou subjetiva em nossa observação dos fenômenos físicos, embora bem maior do que se supunha antes, pode ser eliminada por meio de determinado método matemático conhecido como cálculo tensorial. Não direi nada sobre este último tópico, pois é intolerantemente técnico.

Ao considerar o tempo, deve-se ter em mente, para começar, que não estamos lidando com uma especulação filosófica, mas com uma teoria necessária aos resultados experimentais e incorporada às formulas matemáticas. Existe o mesmo tipo de diferença entre os dois tal como entre as teorias de Montesquieu e a Constituição americana. O que emerge é: enquanto os eventos que acontecem a certa parte da matéria têm uma ordem de tempo definida do ponto de vista do observador que compartilha seu movimento, os eventos que acontecem a pedaços de matéria em lugares diferentes nem sempre têm uma ordem de tempo definida. Para ser preciso: se um sinal luminoso é enviado da Terra para o Sol, e refletido de volta para a Terra, retornará à Terra dezesseis

para aquela matéria, o tempo não passasse. O tempo, ao atingir essa aceleração, para. A velocidade da luz é a maior velocidade com que o homem pode ter contato pelos seus sentidos⁴³⁶, mas isso não quer dizer que seja a mais alta velocidade que uma matéria poderia

minutos depois de ter sido enviado. Os eventos que ocorrem na Terra durante esses dezesseis minutos não são anteriores nem posteriores à chegada do sinal luminoso ao Sol. Se imaginarmos observadores que se movem por todos os caminhos possíveis em relação à Terra e ao Sol, verificando os eventos na Terra durante esses dezesseis minutos, e também a chegada do sinal luminoso ao Sol; se presumirmos que todos esses observadores levam em consideração a velocidade da luz e empregam cronômetros precisos; então alguns desses observadores julgarão qualquer evento sucedido na Terra durante esses dezesseis minutos como sendo anterior à chegada do sinal luminoso ao Sol, alguns o julgarão simultâneos e outros posteriores. Todos estão igualmente certos e errados. Do ponto de vista impessoal da física, os eventos na Terra durante esses dezesseis minutos não são nem anteriores nem posteriores à chegada do sinal luminoso ao Sol, nem mesmo simultâneos. Não podemos dizer que o evento A em um pedaço de matéria é definitivamente anterior ao evento B em outro, a menos que a luz possa viajar de A a B, começando quando o evento anterior acontece (segundo o tempo de A), e chegando antes de o evento posterior ocorrer (segundo o tempo de B). Caso contrário, a aparente ordem de tempo dos dois eventos varia segundo o observador e não representará, portanto, qualquer fato físico. (...)

Tomemos a noção de 'progresso': se a ordem de tempo for arbitrária, haverá progresso ou retrocesso segundo a convenção adotada na mensuração do tempo. A noção de distância no espaço está, é claro, também afetada: dois observadores que empregam todos os dispositivos possíveis para garantir a precisão chegam a diferentes estimativas da distância entre dois lugares se os observadores estiverem em movimento relativo rápido. É óbvio que a própria idéia de distância tornou-se vaga porque a distância deve ser medida entre coisas materiais e não entre pontos de espaço vazio (que são ficções); e deve ser a distância em determinado tempo, pois essa distância entre dois corpos quaisquer muda continuamente; e um determinado tempo é uma noção subjetiva, dependendo do deslocamento do observador. Não mais podemos falar de um corpo em um dado tempo, mas falar apenas de um evento. Entre dois eventos existe, de modo bastante independente de qualquer observador, uma certa relação chamada de 'intervalo'. Esse intervalo será analisado distintamente por diferentes observadores em um componente espacial e um temporal, mas essa análise não possui validade objetiva. O intervalo é um fato físico objetivo, porém sua separação nos elementos espacial e temporal não é.

É óbvio que nossa antiga e confortável noção de 'matéria sólida' não pode perdurar. o pedaço de matéria nada é senão uma série de eventos que obedece à certas leis. A concepção de matéria surgiu em uma época em que os filósofos não tinham dúvidas sobre a validade da concepção de 'substância'. A matéria era a substância no espaço e no tempo; a mente a substância que estava só no tempo. A noção de substância tornou-se mais vaga na metafísica no decorrer dos anos, porém sobreviveu na física porque era inócua – até a relatividade ser inventada. Um pedaço de matéria, que tomávamos como uma entidade persistente única, é na verdade uma cadeia de entidades, como os objetos aparentemente contínuos em um filme. E não há razão pela qual não possamos dizer o mesmo quanto à mente: o ego persistente parece tão fictício quanto o átomo permanente. Ambos são apenas uma cadeia de eventos que têm certas relações interessantes uns com os outros." RUSSELL, Bertrand. **Ensaio célticos**. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p. 71-75.

⁴³⁶ Afinal nossos sentidos só percebem, só têm consciência da matéria, se cada um deles fracionar as informações de modo adequado ao tempo, pois se enxergarmos, ouvirmos ou tocarmos, passado, presente e futuro juntos não conseguiremos interagir com o mundo, tal qual se enxergássemos as moléculas do ar, por exemplo, eis que nada mais poderia ser visto. A prova disso está na diferença de nossa capacidade de absorver a luz e o som, pois a velocidade da luz é maior do que a do som e uma vez que nosso sentido da visão é mais apurado do que o da audição, vemos os fogos de artifício estourar primeiro e só depois os ouvimos. Portanto o que nós sentimos (vemos, ouvimos, etc.) será sempre o passado porque até chegar a informação à nós, o fato já aconteceu. Tudo o que considerarmos presente, será, na verdade passado. Quando olho para o sol, o vejo como estava há oito minutos. Quando vejo algo a um metro de distância, vejo, na verdade, aquilo há uma micro fração de segundo (1/299.792.458 segundo), como um delay. Como poderíamos alterar o futuro se nem mesmo temos acesso ao presente das coisas que nos cercam, pois assistimos o passado e por isso estamos sempre um passo atrás dos acontecimentos. Sempre haverá uma distância entre observador e observado para permitir a interação, mas esta distância faz com que tenhamos contato unicamente com o passado. Assim podemos perceber a alteração da matéria a nossa volta que possui uma escala de tamanho no espaço perceptível aos nossos sentidos. Precisamos ter contato com a matéria desta forma sequencial que o tempo permite para podermos perceber e interagir com o mundo, mas a matriz espaço-tempo não necessariamente segue a nossa velocidade máxima, a velocidade da luz (299.792.458 m/s). Por isso o sentir do passar do tempo seria, em uma analogia, uma espécie de sentido extra que dá suporte aos demais, eis que é o meio pelos qual podemos sentir o restante da matéria.

alcançar no universo. Portanto, se pudéssemos acelerar uma partícula acima da velocidade da luz, ela iria para o futuro. Assim, por exemplo, se tivéssemos uma lanterna (uma caneta laser usada pelos professores, por exemplo) que emitisse partículas a uma velocidade superior à da luz - e não na velocidade da luz, como o fazem as atuais - o ponto de luz na parede para onde o laser é apontado apareceria antes mesmo de o indivíduo apertar o botão para acendê-lo. E não há como “enganar” a luz e deixar de apertar o botão após ela acender na parede, pois se o indivíduo não apertasse o botão no futuro (uma vez que abortou o acendimento), a luz não teria acendido, afinal, ela é só uma reprodução do que foi feito no passado.⁴³⁷ Se a ameaça de ligar o botão acendesse a luz, mesmo com a interrupção do movimento, haveria uma alteração da lei da ação e reação da física⁴³⁸ porque a luz acendeu sem que o botão fosse apertado.⁴³⁹ Então, as coisas não se realizam porque nós as quisemos, mas nós as quisemos porque se realizariam. Nossas ações são reações ao futuro que tem de acontecer.

A realidade independente da ótica humana é, também, independente do tempo que só existe entre dois pontos, um que subjetivamente percebe o objeto e outro que serve de objeto. Por isso o tempo é relativo porque depende da posição do observador com relação ao observado, no entanto só existe uma sucessão de eventos sob a perspectiva dotada de uma visão retrospectiva. O fluxo do tempo é percebido subjetivamente por quem busca um

⁴³⁷ Claro que esta experiência é pensada em tese, uma vez que na prática, boa parte dos físicos diria que isso seria impossível, pois essa aceleração tornaria a massa desta partícula infinita fazendo com que ela se transformasse, conseqüentemente, em um buraco negro, atraindo para si tudo o que há no universo, já que na velocidade da luz tudo vira energia pura. Mas para nosso raciocínio a experiência é válida.

⁴³⁸ Ampliando um pouco o conceito da terceira lei de Newton.

⁴³⁹ Se quisermos ir mais longe, podemos perceber que se ocorresse o acendimento da luz, independente de uma ação no passado, estaríamos diante do cruzamento de universos paralelos, pois se há livre-arbítrio faz sentido a “teoria dos universos paralelos” apresentada no ano de 1954 como “Interpretação de muitos mundos” (IMM) por Hugh Everett, por ocasião de sua candidatura ao doutorado na Universidade de Princeton. Não se está discordando que possa haver estes universos, mas é pouco provável que possamos nos mudar de um universo para outro a partir de nossas decisões. Mesmo porque não teríamos como definir quem são estes seres com essa capacidade. Somente humanos? Animais também mudam de universo a cada decisão? Vegetais podem decidir? Se não, por que, se eles são seres vivos tanto quanto os outros animais? E mais, tais universos seriam infinitos, já que o espaço não tem limites de escala. O universo é infinito tanto para o maior, pois o espaço sideral não termina (o universo inteiro pode estar inserido em um mero elétron para um observador imenso) quanto para o menor, pois não existe partícula fundamental (Uma determinada partícula que venha a ser considerada por nós como um elétron pode abrigar um universo inteiro). Por isso, se houvesse diversos mundos com diferentes futuros aguardando nossas decisões para nos provocar reações, pode haver um universo praticamente idêntico, diferindo-se unicamente porque há uma molécula a menos em um lugar qualquer deste novo universo. Ou seja, qualquer micro alteração, até as que os seres humanos sequer tenham como perceber, provocaria o surgimento de outro universo. Pouco provável, mas ainda assim, mesmo que se sustente esta ideia, se de fato houvesse estes universos, vivemos em apenas um deles não sendo viável o cruzamento simplesmente pela vontade de um indivíduo, como se pudesse alterar o curso de sua vida “pulando” de um universo para outro, impedindo o futuro daquele primeiro de acontecer. De qualquer forma não é crível que se possa influenciar na reação das coisas que compõe o universo desta forma, mesmo porque, como dito, isso alteraria as leis da física.

“telos”⁴⁴⁰, um destino em curso linear, tal qual nos apresenta a memória no que se refere ao que já nos foi revelado para cognição.⁴⁴¹

Assim como só há um passado, só há um futuro, porque as outras possibilidades do futuro são mera imaginação⁴⁴², hipóteses que não se concretizaram no plano dos fatos, apenas no das ideias.⁴⁴³ Por isso “determinante” não é sinônimo de “determinar”. A vontade é determinante no sentido de imprescindível para a concretização de fatos, mas não determina, porque os eventos estão determinados, ainda que só os percebamos depois que o fato chegou até nós.⁴⁴⁴

Para o ser humano que compõe a natureza como um todo e percebe os eventos cronologicamente, a vontade existe porque o futuro sempre lhe será incerto, do contrário, será presente. Assim, ainda que compreenda o passado e deduza o futuro, e mesmo participe das mudanças naquilo em que é causa, desconhece as razões de seus atos e não muda a natureza, mas faz parte dela. A percepção do tempo é subjetiva porque depende da relação entre

⁴⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 48.

⁴⁴¹ “O fundamento do tempo é a memória. (...) No momento em que ela se funda sobre o hábito, a memória deve ser fundada por uma outra síntese passiva, distinta do hábito. E a síntese passiva do hábito remete a esta síntese passiva mais profunda que é da memória: Habitús e Mnemosina, ou a aliança do céu e da terra. (...) Ora, o antigo presente não é representado no actual sem que o actual seja representado nesta representação. É essencial à representatividade. O antigo e o actual presentes não são, pois, como dois instantes sucessivos na linha do tempo, mas o actual comporta necessariamente uma dimensão a mais pela qual ele representa o antigo e na qual ele também se representa a si próprio. O actual presente não é tratado como o objecto futuro de uma lembrança, mas como o que se reflecte ao mesmo tempo em que forma a lembrança do antigo presente. Portanto, a síntese activa tem dois aspectos correlativos, conquanto não-simétricos: reprodução e reflexão, rememoração e reconhecimento, memória e entendimento.” DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Lisboa: Relógio d’Água, 2000. p. 155-157.

⁴⁴² “S’il n’y a pas de volonté, mais des volitions singulières il reste observe encore le Scolie, que la volonté n’est qu’une idée générale, c’est-à-dire l’un de ces universaux qui naissent de l’impression de l’imagination.” (Se não há vontade, mas ainda há volições particulares, Scolia observa que a vontade é apenas uma ideia geral, isto é, uma dessas noções universais decorrentes de uma impressão da imaginação.) (GUEROULT, Martial. **Spinoza**. Paris: Aubier-Montaigne, 1974. p. 495).

⁴⁴³ Também disso decorre a conclusão de que presente, passado e futuro não existem, tudo já aconteceu, ou como disse Einstein em uma carta de 1955, “A distinção entre passado, presente e futuro é apenas uma ilusão teimosamente persistente”. Sobre o tema vale mencionar uma passagem de Santo Agostinho quando diz: “De que modo existem, pois, esses dois tempos, o passado e o futuro, uma vez que, por um lado, o passado já não existe, por outro, o futuro ainda não existe? Quanto ao presente, se fosse sempre presente, e não passasse a passado, já não seria tempo, mas eternidade. Logo, se o presente, para ser tempo, só passa a existir porque se torna passado, como é que dizemos que existe também este, cuja causa de existir é aquela porque não existirá, ou seja, não podemos dizer com verdade que o tempo existe senão porque ele tende para o não existir?” AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de Arnaldo do Espírito Santo, João Beato e Maria Cristina de Castro Maia de Souza Pimentel. Lisboa: Imprensa Nacional, 2001. Livro XI. p. 300.

⁴⁴⁴ “A vontade [...] requer uma causa pela qual seja determinada a existir e operar. Portanto, ela não pode ser chamada causa livre, mas unicamente necessária ou coagida. C.Q.D.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 36 -37.

observador e observado, assim, para quem faz parte desta relação, a vontade existe, mas objetivamente, ela é uma reação natural.⁴⁴⁵

Deste modo, as noções de causa e consequência estão presentes em todo evento, sendo o nexos de causalidade entre eles o modo pelo qual pautamos todo nosso raciocínio. Não podemos esquecer, entretanto, que também nossos movimentos obedecem a esta conexão causal. As brilhantes palavras de Arthur Schopenhauer assim o confirmam:

Restou-nos apenas o esquema de causa e efeito: reconhecemos isto como causa, aquilo como efeito. (...) Finalmente, portanto, entre os entes racionais, o motivo já

⁴⁴⁵ Não existe partícula fundamental porque na natureza tudo é fracionável ao menos por dois e isso torna o mundo polarizado. Deve haver espaço entre observador e observado para que o tempo possa passar entre eles. Assim só temos contato com aquilo que existe no espectro tempo-espaço, e para existir, deve sempre haver distância entre suas partículas para que haja espaço por onde o tempo possa correr. Portanto, o número 1 não existe na natureza. O tempo só existe entre dois pontos, por isso tudo pode ser dividido não havendo uma partícula fundamental. O universo é infinito para o menor e para o maior. O tempo para quem observa (relativo porque subjetivo) é a velocidade com que o observado chega até os sentidos do observador. Além do tempo, também o tamanho (espaço) é relativo e infinito, pois algo que é grande ou pequeno, o é em relação à outra coisa. Algo é maior ou menor que alguém dependendo da massa e da distância que há entre eles. Não há maior e menor na natureza, há maior e menor para mim, sob meu ponto de vista. Por isso, se eu vejo um ponto aparentemente indivisível, basta me aproximar deste ponto que ele virará um círculo e eu poderei dividi-lo em dois até o infinito. E se não há limite de aproximação, também não há, na natureza, a medida de tamanho e a divisão se torna multiplicação se eu dividir e aproximar infinitamente. Eis a relatividade do tempo e do espaço. Por isso não há “menor partícula”, nem “menor fração de tempo”, o que há são faixas perceptíveis. É por isso que o mundo não é simétrico, porque não segue esta matemática presente no cérebro humano que considera o indivíduo, o indivisível. “[...] ente, coisa, algo. Esses termos surgem porque o corpo humano, por ser limitado, é capaz de formar, em si próprio, distinta e simultaneamente, apenas um número preciso de imagens. Se esse número é ultrapassado, tais imagens começam a se confundir. E se é largamente ultrapassado, todas as imagens se confundirão inteiramente entre si. Sendo assim, é evidente que a mente humana poderá imaginar, distinta e simultaneamente, tantos corpos quantas são as imagens que podem ser simultaneamente formadas no seu próprio corpo. Ora, no momento em que as imagens se confundem inteiramente no corpo, a mente imaginará todos os corpos também confusamente e sem qualquer distinção, agrupando-os, como se de um único atributo se tratasse, a saber, o atributo do ente, coisa, etc.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 80.

Mas o fato é que se tanto o tempo como o espaço são infinitamente fracionáveis, jamais teremos contato com o presente. O que chamamos de presente, é, na verdade o passado percebido de acordo com a distância e o sentido utilizado. Isso vale para o pensamento e a imaginação, pois quando vislumbramos o pensamento, o processo químico biológico que deu ensejo a ele também já aconteceu. Quando percebemos que tomamos a decisão, ela já foi tomada, pois os sentidos remetem as informações depois que a reação entre as substâncias já ocorreu. Nada é indivisível porque tudo reage conjuntamente, mas só percebemos o que já ocorreu, portanto, quando a escolha é tomada, tu ainda não tomaste consciência dela.

Assim, aparentemente a substância primordial que constitui o universo, tão buscada pelos filósofos pré-socráticos, não é a água de Tales de Mileto, o fogo de Heráclito, ou ar de Anaximenes, mas sim o infinito, como apontado por Anaximandro. Tudo, tanto tempo como espaço, é divisível ao infinito porque se determina pela distância entre pontos que jamais se tocam. Entretanto, este é um conceito que nunca será bem compreendido pelo homem porque ele faz parte do espectro tempo-espaço e acompanha a finitude das coisas a sua volta. Assim não compreendemos o mundo porque a mente humana não compreende adequadamente o que é o infinito que é inconcebível para um ser que não é eterno. Nos dizeres de Spinoza: “A medida que a mente concebe a existência presente do seu corpo, ela concebe a duração, que pode ser determinada pelo tempo, e apenas sob essa condição tem o poder de conceber as coisas em relação com o tempo. A eternidade não pode, entretanto, ser explicada pela duração.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 230.

não é nem mais presente, intuitivo, dado, real, mas um mero conceito que tem sua existência atual apenas no cérebro do agente, sendo, no entanto, extraído a partir de muitas intuições distintas, da experiência de anos passados, ou também transmitido por meio de palavras. A segregação entre causa e efeito tornou-se tão desmedida, tendo o efeito crescido tão intensamente em relação a causa, que agora parece ao entendimento cru que não está dada mais nenhuma causa, que o ato da vontade não depende de nada, que ele seria infundado, ou seja, livre. Justamente por isso interpretamos os movimentos de nossos corpos, quando observamos refletidamente de fora, como algo que ocorre sem causa, quer dizer, como um verdadeiro milagre. (...) ali onde pensamentos lutam com pensamentos e o pensamento vencedor, enquanto motivo mais forte, põe o homem em movimento, movimento este que não ocorre com menos necessidade do que aquele da esfera impelida pelo choque.⁴⁴⁶

No mesmo sentido, afirma Nietzsche:

O erro de uma causalidade falsa. Em todas as épocas se acreditou saber o que é uma causa: de onde, porém, tomamos nosso saber, mais precisamente, nossa crença de que sabemos alguma coisa quanto a isso? De âmbito dos célebres “fatos interiores”, dos quais nenhum provou ser fatural até aqui. Acreditávamos que nós próprios éramos causais no ato de vontade; achávamos, pelo menos, poder *surpreender* a causalidade *no ato*. Do mesmo modo, não se duvidava de que todos os *antecedentia* de uma ação, as suas causas, devessem ser buscados na consciência e nela se encontrassem quando procurados - como “motivos”: afinal, do contrário não se seria livre *para* praticá-la, não se seria responsável *por* ela. Enfim, quem teria contestado que um pensamento é causado? Que o eu causa o pensamento? Desses três “fatos interiores” que pareciam garantir a causalidade, o primeiro e mais persuasivo é o da *vontade como causa*; a concepção de uma consciência (“espírito”) como causa e, mais tarde, também a do eu (do “sujeito”) como causa são apenas produtos posteriores, surgidos depois que a causalidade estava estabelecida pela vontade como dada, como *empíria*. Entrementes, pensávamos melhor. Hoje não acreditamos mais em uma só palavra disso tudo. O “mundo interior” está repleto de miragens e fogos-fátuos: um deles é a vontade. Ela não move mais nada e, por conseguinte, também não explica mais nada - meramente acompanha os processos, e também pode se ausentar. O chamado “motivo”: outro erro. Um mero fenômeno superficial da consciência, um acessório do ato, que antes oculta do que mostra os *antecedentia* de um ato. (...) A mais antiga e mais prolongada psicologia estava obrando aí, e ela não fez outra coisa: para ela, todo acontecimento era um agir, todo agir era consequência de uma vontade, o mundo se transformou para ela numa multiplicidade de agentes, um agente (um “sujeito”) foi imputado a todos os acontecimentos.⁴⁴⁷

O engano está em crer que onde há vontade não há causalidade. Contudo este raciocínio que entende ser a vontade - e o próprio pensamento - parte da natureza, encontra dificuldade em ser adotado pela cultura moderna. Isso porque o livre-arbítrio tornou-se premissa para a aplicação prática da ética e da moral.

O erro do livre-arbítrio. Hoje não temos mais qualquer compaixão pelo conceito de “livre-arbítrio”: sabemos muito bem o que ele é - o mais infame truque de teólogos

⁴⁴⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a vontade na natureza**. trad. Gabriel V. Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 145-150.

⁴⁴⁷ NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 51-52

que há, cuja finalidade é tornar a humanidade “responsável” no sentido deles, ou seja, *torná-la dependente deles...* Trato aqui apenas da psicologia de toda responsabilização. - Em todo lugar onde se procura responsabilidades, costuma ser o instinto de *querer punir e julgar* que está a procura delas. O devir foi despido de sua inocência quando se busca explicar pela vontade, pelas intenções ou por atos de responsabilidade alguma maneira de ser: a doutrina da vontade foi inventada essencialmente com a finalidade de punir, ou seja, de *querer encontrar culpados*. Toda a psicologia antiga à psicologia da vontade, pressupõe que seus autores, os sacerdotes à testa das antigas comunidades, queriam se arrogar o *direito* de infligir punições - ou queriam arrogar esse direito a Deus... Os homens foram imaginados “livres” para que pudessem ser condenados, punidos - para que pudessem se tornar *culpados*: em consequência, toda ação *teve de* ser imaginada como querida e sua origem como presente na consciência (o que transformou a *mais radical* falsificação *in psychologicis* em princípio da própria psicologia...). Hoje, quando começamos a nos mover na direção *contrária*, quando nós, imoralistas, procuramos com todas as forças eliminar do mundo sobretudo os conceitos de culpa e de castigo, quando procuramos limpar deles a psicologia, a história, a natureza, as instituições e sanções sociais, não há, aos nossos olhos, antagonismo mais radical do que o dos teólogos, que, com a noção de “ordem moral do mundo”, continuam a empestar a inocência do devir por meio da “punição” e da “culpa”. O cristianismo é uma metafísica de carrasco... (...) *Ninguém* é responsável por existir, por ser constituído desta ou daquela forma, por estar nessas circunstâncias, nesse ambiente.⁴⁴⁸

Liberdade e imputabilidade são os pilares de toda ética, afinal sem a capacidade de mudar o próprio futuro (livre-arbítrio), não há como justificar a compensação de certas atitudes e a reprimenda de outras. Seria o fim da responsabilização. Não é o que se pretende com tal constatação, a inexistência do livre-arbítrio na natureza não impede que utilizemos a ideia como valor, pois ele pode e deve existir enquanto conceito subjetivo, isto é, criado pelo homem para permitir o curso da vida, porque outros conceitos subjetivos abstratos partem, inclusive, dessa mesma lógica e tampouco são naturais, mas elaborados pela mente do homem e, ainda assim, são cruciais para o convívio em sociedade, como a “justiça”⁴⁴⁹, por exemplo, tão necessária à pacificação social.⁴⁵⁰ Nem os conceitos de bem e mal⁴⁵¹, de certo e errado⁴⁵²,

⁴⁴⁸ NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 57-59.

⁴⁴⁹ Heráclito, filósofo grego pré-socrático, partindo de uma ideia de Deus como natureza, aponta para a subjetividade da ideia de justo: “uma opinião expressa por Heráclito, ao afirmar que a justiça e a injustiça são feitas pelo homem e Deus não se importa com nenhuma das duas.” DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 41. Isso é afirmado também por filósofos posteriores como Spinoza: “ninguém, no estado natural, é dono de algo por consenso, nem há, na natureza, nada que se possa dizer que é deste homem e não daquele. Em vez disso, tudo é de todos, não se podendo, pois, conceber, no estado natural, nenhuma disposição para conceder a cada um o que é seu ou para despojá-lo do que lhe pertence, isto é, no estado natural, não há nada que se faça que se possa chamar de justo ou injusto.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 182.

⁴⁵⁰ Como bem alertava John Rawls, “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

⁴⁵¹ “[...] je ne désire pas une chose parce que je la juge bonne, mais je la juge bonne parce que je la désire; mon aversion pour la chose ne vient pas de ce que je la juge mauvaise, mais je la juge mauvaise parce que je l’ai en aversion.” (eu não desejo uma coisa porque eu a julgo boa, mas eu a julgo boa porque a desejo, minha aversão

de belo e feio⁴⁵³ ou, mesmo de perfeito e imperfeito⁴⁵⁴ estão na natureza, mas se passou a depender deles para manutenção da vida em sociedade. Isso exige que a humanidade

pela coisa não vem do fato de julgá-la má, mas eu a julgo má, porque tenho aversão a ela.) (Tradução do autor) (GUEROULT, Martial. **Spinoza**. Paris: Aubier-Montaigne, 1974. p. 494).

⁴⁵² “Consideremos ainda, por fim, que ingenuidade é dizer: ‘O homem *deveria* ser assim e assim!’. A realidade nos mostra uma riqueza encantadora de tipos, a exuberância de um pródigo jogo de formas, de uma pródiga mudança de formas: e vem um miserável moralista indolente e diz: ‘Não! O homem deve ser *diferente*?... Ele sabe, inclusive, como o homem deveria ser, esse coitado e carola; ele pinta o próprio retrato na parede e diz: ‘*Ecce homo!*’ (Eis o homem!)... Porém, mesmo quando o moralista se dirige apenas ao indivíduo e lhe diz: ‘*Tu* deverias ser assim e assim!’, ele não deixa de ser ridículo. O indivíduo, visto de todos os lados, é um fragmento de *fatum* (destino), é uma lei a mais, uma necessidade a mais para tudo que vem e será. Dizer-lhe que ‘se modifique’ significa exigir que tudo se modifique, mesmo o que passou. E, realmente, houve moralistas conseqüentes que desejavam que o homem fosse diferente, a saber, virtuoso, que desejavam que fosse segundo a imagem deles, a saber, carola: para isso *negaram* o mundo! Uma loucura nada pequena! Uma espécie de imodéstia nada modesta! A moral, na medida em que *condena* em si, e *não* por considerações atenções e determinações da vida, é um erro específico pelo qual não se deve ter compaixão, uma *idiossincrasia de degenerados* que provocou danos indizíveis! Nós, imoralistas, abrimos nosso coração, ao contrário, para toda espécie de compreensão, apreensão, *aprovação*. Não negamos facilmente, procuramos nossa honra no fato de sermos *afirmadores*.” NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 47-48. E mais adiante conclui: “É conhecida a exigência que faço ao filósofo de que se coloque *além* do bem e do mal - de que tenha *abaixo* de si a ilusão do juízo moral. (...) *não existem quaisquer fatos morais*.” NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 60. Este tema também abordado por Nietzsche em diversas passagens de sua obra mais célebre. NIETZSCHE, Friederich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução de Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2012.

⁴⁵³ “O homem acredita que o mundo está cumulado de beleza - *esquece* que ele próprio é a causa disso. Somente ele lhe presenteou a beleza, ah, apenas uma beleza muito humana, demasiado humana. (...) o mundo estaria realmente embelezado pelo fato de logo o homem considerá-lo belo? Ele o *humanizou*: isso é tudo. Mas nada, absolutamente nada, nos garante que logo o homem seja o modelo do belo. (...) Nada é belo, apenas o homem é belo: sobre essa ingenuidade repousa toda estética, ela é sua *primeira* verdade. Acrescentamos de imediato a segunda: nada é feio, a não ser o homem que *degenera* - com isso estão demarcadas as fronteiras do reino do juízo estético. - De uma perspectiva fisiológica, tudo o que é feio enfraquece e entristece o homem. Lembra-lhe declínio, perigo, impotência; ele realmente perde força na sua presença. (...) Todo indício de esgotamento, de gravidade, de velhice, de cansaço, toda espécie de ausência de liberdade sob a forma de convulsão, de paralisia, sobretudo o cheiro, a cor e a forma da dissolução, da decomposição, ainda que, na sua derradeira rarefação, transformada em símbolo - tudo isso produz a mesma reação, o juízo de valor ‘feio’.” NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 91-92.

⁴⁵⁴ “Quem decidiu fazer alguma coisa e a concluiu, dirá que ela está perfeita, e não apenas ele, mas também qualquer um que soubesse o que autor tinha em mente e qual era o objetivo de sua obra ou que acreditasse sabê-lo. Por exemplo, se alguém observa uma obra (que suponho estar ainda inconclusa) e sabe que o objetivo do seu autor é o de edificar uma casa, dirá que a casa é imperfeita e, contrariamente, dirá que é perfeita se perceber que a obra atingir o fim que seu autor havia decidido atribuir-lhe. Mas se alguém observa uma obra que não se parece com nada que tenha visto e, além disso, não está ciente da ideia do artífice, não saberá, certamente, se a obra é perfeita ou imperfeita. Este parece ter sido o significado original desses vocábulos. Mas, desde que os homens começaram a formar ideias universais e a inventar modelos de casas, edifícios, torres, etc., e a dar preferência a certos modelos em detrimento de outros, o que resultou foi que cada um chamou de perfeito aquilo que via estar de acordo com a ideia universal que tinha formado das coisas do mesmo gênero, e chamou de imperfeito aquilo que via estar menos de acordo com o modelo que tinha concebido, ainda que, na opinião do artífice, a obra estivesse plenamente concluída. E não parece haver outra razão para chamar, vulgarmente, de perfeitas ou imperfeitas também as coisas da natureza, isto é, as que não são feitas pela mão humana. Pois os homens têm o hábito de formar ideias universais tanto das coisas naturais quanto das artificiais, ideias que tomam como modelos das coisas, e acreditam que a natureza (que pensa nada fazer senão em função de algum fim) observa essas ideias e as estabelece para si própria como modelos. Quando, pois vêem que na natureza ocorre algo que esteja menos de acordo com o que concebem como modelo das coisas desse gênero, acreditam que a própria natureza fracassou ou errou e que deixou essa coisa imperfeita. Veremos, assim, que, mais por preconceito do que por um verdadeiro conhecimento delas, os homens adquiriram o hábito de chamar de perfeitas ou de imperfeitas as coisas naturais. [...] Quanto à causa que chamam final, não se trata senão do próprio apetite

mantenha sua crença na existência do livre-arbítrio, mas como conceito axiológico e não algo natural. Da mesma forma não é razoável concluir que se deva ser um mero espectador da própria vida, afinal querer e buscar a realização de algo é uma causa necessária para que aconteça no futuro. Embora pré-determinada, a vontade existe porque alguns eventos só acontecerão se alguém fizer e esse alguém só fará se quiser. Muitos fatos dependem do surgimento de vontade em um ser humano para que possam acontecer.⁴⁵⁵ Portanto, a ausência de livre-arbítrio na natureza não impede o ser humano de conduzir sua vida normalmente assim como a ausência do conceito de justiça não nos impede de buscá-la. Ou seja, mesmo considerando que os fatos inexoravelmente acontecerão como devam acontecer, há que se manter a noção de livre-arbítrio enquanto conceito abstrato. O livre-arbítrio necessita existir para podermos considerar que determinados fatos sejam atos e, devido a isso, façamos justiça, mas nem o justo, nem o livre existem fora do ser humano.

Com efeito, a vontade existe e provoca mudanças, os fatores que determinam a vontade é que jamais serão plenamente identificados ou mesmo inteligíveis. De qualquer forma, existindo ou não o livre-arbítrio na natureza, para o Direito, temos que partir da premissa da autodeterminação para fins de regulação e pacificação social. Isso porque a

humano, enquanto considerado como princípio ou causa primeira de alguma coisa. [...] É por isso que a habitação, enquanto considerada uma causa final, nada mais é do que este apetite singular, que, na realidade, é uma causa eficiente, mas que é considerada como primeira, porque, em geral, os homens desconhecem as causas de seus apetites. Pois, como já disse muitas vezes, os homens estão, de fato, conscientes de suas ações e de seus apetites, mas desconhecem as causas pelas quais são determinados a apetecer algo. [...] Portanto, a perfeição e a imperfeição são, na realidade, apenas modos de pensar, isto é, noções que temos o hábito de inventar, por compararmos entre si indivíduos da mesma espécie ou do mesmo gênero. Foi por esta razão que disse, anteriormente, que por realidade e perfeição compreendia a mesma coisa. Pois temos o hábito de reduzir todos os indivíduos da natureza a um único gênero, que dizemos ser o gênero supremo, ou seja, à noção de ente, que pertence, sem exceção, a todos os indivíduos da natureza. [...] Com efeito, não pertence à natureza de alguma coisa senão aquilo que se segue da necessidade da natureza de sua causa eficiente. E tudo o que se segue da necessidade da causa eficiente acontece necessariamente. Quanto ao bem e ao mal, também não designam nada de positivo a respeito das coisas, consideradas em si mesmas, e nada mais são do que modos do pensar ou de noções, que formamos por compararmos as coisas entre si. [...] Entretanto, mesmo assim, devemos ainda conservar esses vocábulos. Pois, como desejamos formar uma ideia de homem que seja visto como um modelo da natureza humana, nos será útil conservar esses vocábulos no sentido que mencionei.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 155-157.

⁴⁵⁵ A liberdade é a consciência do limite, por isso mesmo sem ter livre-arbítrio tenho liberdade porque não tenho ciência do que vai acontecer e jamais terei, do contrário deixaria de ser futuro e passaria a ser presente. “Diz-se livre a coisa que existe exclusivamente pela necessidade de sua natureza e que por si só é determinada a agir. E diz-se necessária, ou melhor, coagida, aquela coisa que é determinada por outra a existir e a operar de maneira definida e determinada.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 13.

vontade forma o indivíduo que a manifesta, atribui-lhe características únicas que lhe servem de essência e, por isso, ninguém é absolutamente igual.⁴⁵⁶

Nos dizeres de Isaac B. Siger, “Temos que acreditar no livre-arbítrio, não temos escolha.” Mesmo porque, ainda que o futuro seja determinado, sempre será desconhecido pela ótica subjetiva limitada aos sentidos, pois a compreensão será posterior ao evento. Este subjetivismo é fruto da dualidade do mundo (observador e observado) que necessariamente se revela para um sujeito único, isto é, sob uma ótica só dele, um ponto de vista. Neste sentido é a representação de Schopenhauer⁴⁵⁷: “todo objeto do conhecimento é um objeto para um sujeito, sendo impossível conhecê-lo puramente e em si. Todo conhecimento está atado a essa dualidade sujeito-objeto, e qualquer tentativa de conhecer este último tal qual ele é em si, fora dessa relação com o sujeito, está fadado ao fracasso: o mundo é minha representação”⁴⁵⁸

Desse modo, a chamada verdade objetiva (realidade)⁴⁵⁹ é sempre pré-determinada, enquanto a verdade subjetiva (certeza), jamais o será.⁴⁶⁰ É este desconhecimento do futuro que faz nascer o livre-arbítrio, por isso ele deve existir enquanto valor, ainda que inexista como fato natural.⁴⁶¹

Por isso as capacidades sensorial, cognitiva, mnemônica, etc. do ser humano ditam os limites do mundo ao qual tem contato permitindo que chegue à certeza, mas jamais à verdade.⁴⁶² O conhecimento será sempre finito, pois limitado às capacidades do homem,

⁴⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. trad. Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo castigat mores, 2001.

⁴⁵⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴⁵⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a vontade na natureza**. trad. Gabriel V. Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 16.

⁴⁵⁹ Interessante a leitura do capítulo “Como o ‘mundo verdadeiro’ acabou se tornando uma fábula” de NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 40-41.

⁴⁶⁰ “Um espaço dinâmico deve ser definido do ponto de vista de um observador ligado a este espaço e não de uma posição exterior.” DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Lisboa: Relógio d’Água, 2000. p. 78.

⁴⁶¹ “No Estado, [...] o homem é reconhecido e tratado como ser racional, como livre, como pessoa; e o singular, por sua parte, se torna digno desse reconhecimento porque ele, com a superação da naturalidade de sua autoconsciência, obedece a um universal, à vontade sendo em si e para si, à *lei*, ou seja, se porta em relação a outros de uma maneira universalmente válida, reconhece-os como ele próprio quer valer – como livre, como pessoa.” Hegel em *Encyclopaedia* apud DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 281.

⁴⁶² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

sendo impossível atingir a onisciência quando tudo que é conhecido será sempre um ponto de vista.⁴⁶³

A ignorância do futuro é o que faz triunfar a filosofia humanista para tratar das relações humanas, em detrimento do materialismo que serve para explicar as coisas sob a perspectiva das pessoas, mas não as pessoas.⁴⁶⁴ A percepção desse subjetivismo ensejou as doutrinas existencialistas de Sartre e Heidegger que negam o determinismo entre os homens porque a existência precede a essência, eis a liberdade nos atos humanos. “O homem está condenado a ser livre.”⁴⁶⁵

Para nosso estudo nem precisamos ir tão longe. Importa, aqui, questionar a potencialidade de nossa racionalidade diante das limitações das razões assimiladas pelo cérebro humano. Há que se compreender que a capacidade intelectual do ser humano, apesar de superior à dos demais animais, é limitada tanto pela nossa cognição - pois nosso conhecimento é restrito àquilo que tivemos contato pelo aprendizado - quanto pela memória, pois ainda que compreendamos um conteúdo, nem tudo será resgatado na hora da tomada de decisões.

Ademais, sequer temos consciência da amplitude de nossa consciência, pois “nosso inconsciente capta os dados incompletos fornecidos por nossos sentidos, completa o que está faltando e passa essa percepção à nossa mente consciente. Quando olhamos uma cena, achamos que vemos uma imagem nítida e bem-definida, como uma fotografia, mas na verdade vemos apenas uma pequena porção da imagem com clareza, e nosso cérebro subliminar pinta o resto.”⁴⁶⁶ “A memória e a percepção conscientes realizam seus milagres com uma forte dependência do inconsciente.”⁴⁶⁷

⁴⁶³ HUSSERL, Edmund. **Lições para uma fenomenologia da consciência interna do tempo**. trad. Pedro M. S. Alves. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1994.

⁴⁶⁴ FERRY, Luc. **Aprender a viver: filosofia para os novos tempos**. trad. Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 203.

⁴⁶⁵ SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. trad. João Batista Kreuch. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 24.

⁴⁶⁶ MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 93.

⁴⁶⁷ MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 94.

Assim o julgamento dos indivíduos na tentativa de determinar o futuro é sempre passível de erro. Trata-se de um cálculo de previsão (ao qual se pretende chegar com a decisão) a partir do resgate de conhecimento em nossa memória⁴⁶⁸, que também funciona por meio de uma percepção linear do tempo e que é preenchida com a imaginação sempre que lhe faltam dados objetivos obtidos quando do evento lembrado.⁴⁶⁹

Com efeito, a capacidade intelectual de compreender as reações das coisas nos dá a capacidade de, por assim dizer, prever o futuro, tal como fazemos ao atravessar uma rua. Entretanto, também o cão que atravessa a rua prevê o futuro ao compreender certas consequências, mas nem por isso é considerado um ser racional, pois a capacidade de antever também é uma reação. É evidente que nossa capacidade de compreender e prever o futuro é muito superior à dos outros animais, mas será tão desenvolvida quanto imaginamos?

4.2 RACIONALIDADE HUMANA

⁴⁶⁸ “Comprendemos, assim, claramente, o que é a memória. Não é, com efeito, senão uma certa concatenação de ideias, as quais envolvem a natureza das coisas exteriores ao corpo humano, e que se faz, na mente, segundo a ordem e a concatenação das afecções do corpo humano. Em primeiro lugar, digo apenas que é uma concatenação de ideias, as quais envolvem a natureza das coisas exteriores ao corpo humano, e não porque é uma concatenação de ideias, as quais explicam a natureza dessas coisas. Pois, trata-se, na realidade, das ideias que se faz segundo a ordem do intelecto, ordem pela qual a mente percebe as coisas por suas causas primeiras, e que é a mesma em todos os homens. Comprendemos, assim, claramente, por que a mente passa imediatamente do pensamento de uma coisa para o pensamento de uma outra que não tem com a primeira qualquer semelhança. Por exemplo, um romano passará imediatamente do pensamento da palavra *pomum* (maçã) para o pensamento de uma fruta, a qual não tem qualquer semelhança com o som assim articulado, nem qualquer coisa de comum com ele a não ser que o corpo desse homem foi, muitas vezes, afetado por essas duas coisas, isso é, esse homem ouviu, muitas vezes, a palavra *pomum*, ao mesmo tempo que via essa fruta. E, assim, cada um passará de um pensamento a outro, dependendo de como o hábito tiver ordenado, em seu corpo, as imagens das coisas. Com efeito, um soldado, por exemplo, ao ver os rastros de um cavalo sobre a areia passará imediatamente do pensamento do cavalo para o pensamento do cavaleiro e, depois, para o pensamento da guerra, etc. Já um agricultor passará do pensamento do cavalo para o pensamento do arado, do campo, etc. E, assim, cada um, dependendo de como se habituou a unir e concatenar as imagens das coisas, passará de um certo pensamento a este ou àquele outro.” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 69-71.

⁴⁶⁹ “Como um sistema de memória que descarta tanto nossa experiência pode ter sobrevivido aos rigores da evolução? Embora a memória humana esteja sujeita a distorções na reconstrução de lembranças, se essas distorções subliminares se mostrassem graves para a sobrevivência de nossos ancestrais, nosso sistema de memória, ou talvez a nossa espécie, não teria sobrevivido. Ainda que o sistema de memória esteja longe da perfeição, na maior parte das situações funciona exatamente como exige a evolução: é o suficiente.” MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 76.

O conhecimento de algumas reações naturais - transmitido pela linguagem⁴⁷⁰ de geração a geração - fez evoluir nosso intelecto, permitindo-nos fazer determinadas previsões. Usamos a razão para, com base na memória, analisar os dados colhidos pelos sentidos e buscar uma explicação para as causas, conforme já alertava o princípio da razão suficiente de Leibniz, o qual afirmava ser este um comportamento inerente à racionalidade humana.⁴⁷¹ E este apego à lógica racional para buscar todas as respostas está na gênese da filosofia e é bastante latente em Sócrates.⁴⁷²

Entretanto, desde Immanuel Kant passou-se a questionar a possibilidade de concretizar a razão pura⁴⁷³, isenta de demais fatores, uma vez que esta análise esvazia o conteúdo da ação humana que não se limita à razão, estando sujeita aos mais variados fatores capazes de influenciar a decisão.

Kant foi capaz de sintetizar as ideias de racionalistas como René Descartes,⁴⁷⁴ que buscavam a verdade por meio da análise lógica, e dos empiristas como John Locke,⁴⁷⁵ que buscavam evidências pela observação e experiência. Estudar o estudo é tentar conhecer o conhecimento e esta é, todavia, uma tarefa bastante complexa. Nos dizeres de Locke: “O entendimento, como o olho, que nos faz ver e perceber todas as outras coisas, não se observa a si mesmo; requer arte e esforço situá-lo a distância e fazê-lo seu próprio objeto.”⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. trad. Marcos G. Montagnoli e Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

⁴⁷¹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011. p. 190-194.

⁴⁷² Nietzsche critica o “fanatismo” pela razão de Sócrates quando alerta: “O fanatismo com que toda reflexão grega se lança sobre a racionalidade revela uma situação de emergência: as pessoas estavam em perigo e só tinham uma alternativa: ou sucumbir, ou - ser *absurdamente racionais*. (...) Razão = virtude = felicidade significa apenas: é preciso imitar Sócrates e produzir uma *luz diurna* permanente contra os desejos sombrios - a luz diurna da razão. É preciso ser sagaz, lúcido e claro a todo custo: qualquer concessão aos instintos, ao inconsciente, conduz *para baixo*...” NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 32.

⁴⁷³ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011. p. 211-214.

⁴⁷⁴ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

⁴⁷⁵ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

⁴⁷⁶ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 29.

Para justificar a importância central do homem, Kant⁴⁷⁷ criou a ideia de dignidade da pessoa humana que o diferenciaria dos demais entes naturais. Entendia o célebre filósofo alemão que o animal está submetido às leis naturais e necessárias de causa e efeito, propostas por Newton, porque reagem unicamente por instinto, enquanto o homem pode ultrapassar sua condição natural ascendendo a uma “segunda natureza”.⁴⁷⁸ Assim, o ser humano poderia, por seu intelecto, superar a natureza. Essa superioridade humana que torna os homens capazes de livremente controlar e modificar a própria natureza⁴⁷⁹ conferiria dignidade ao homem. Embora o conceito de dignidade da pessoa humana seja, provavelmente, o mais importante nas ciências sociais e jurídicas que não se limitam às ciências naturais, o fato é que paradoxalmente não há provas científico-rationais dessa capacidade atribuída unicamente aos homens de superar sua própria natureza. Nas palavras de Adorno e Horkheimer:

Na história europeia, a Ideia do homem exprime-se na maneira pela qual ele é distinguido do animal. A ausência da razão no animal prova a dignidade do homem. Essa oposição foi matraqueada com tanta insistência e unanimidade pelos predecessores do pensamento burguês, os antigos judeus, os estóicos e os Padres da Igreja e, depois, pela Idade Média afora e os Tempos Modernos adentro, que ela passou a pertencer ao patrimônio básico da antropologia ocidental. Ainda hoje ela é reconhecida. Os behavioristas só aparentemente a esqueceram. O facto de que aplicam aos homens as mesmas fórmulas e resultados que eles, desencadeados, arrancam a animais indefesos em seus atrozes laboratórios de fisiologia confirma essa diferença de maneira particularmente refinada. A conclusão que tiram dos corpos mutilados dos animais não se ajusta ao animal em liberdade, mas ao homem atual. Ele prova, ao violentar o animal, que ele e só ele em toda a criação funciona voluntariamente de maneira tão mecânica, cega e automática como as convulsões da vítima encadeada, das quais se utiliza o especialista. O professor na mesa de dissecação define-as cientificamente como reflexos, o arúspice no altar proclamava-as como sinais de seus deuses. O homem possui a razão, que procede impiedosamente; o animal, do qual ele tira a conclusão sanguinolenta, só tem o pavor irracional, o instinto da fuga que lhe é vedada.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

⁴⁷⁸ RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: MELGARÉ, Plínio; ALMEIDA FILHO, Agassiz. (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30.

⁴⁷⁹ Rousseau ratifica este raciocínio em trecho de sua obra onde afirma: “Não vejo em todo animal senão uma máquina engenhosa, à qual a natureza deu sentidos para prover-se, ela mesma, e para se preservar, até certo ponto, de tudo o que tende a destruí-la ou perturbá-la. Percebo precisamente as mesmas coisas na máquina humana, com a diferença de que só a natureza faz tudo nas operações do animal, ao passo que o homem concorre para as suas na qualidade de agente livre. Um escolhe ou rejeita por instinto, o outro por um ato de liberdade, o que faz com que o animal não possa afastar-se da regra que lhe é prescrita, mesmo quando lhe fosse vantajoso fazê-lo, e que o homem dela se afaste freqüentemente em seu prejuízo.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. trad. Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo castigat mores, 2001. p. 54 e 55.

⁴⁸⁰ ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. 1947. Disponível em: <<http://antivalor.vilabol.uol.com.br>>. Acesso em: 27 jan. 2014. p. 115.

Sem dúvida o homem é o ser mais bem sucedido em sua capacidade de adaptar o meio à sua forma, em vez de adaptar sua forma ao meio como o faz a evolução biológica.⁴⁸¹ Faz isso movido por sua vontade. Entretanto, na esteira do pensamento Arthur Schopenhauer, esta vontade antecede até mesmo a cognição: “Este intelecto é o secundário, o *posterius* do organismo e, enquanto mera função cerebral, condicionado por este. A vontade, por outro lado, é primária, é o *prius* do organismo, sendo este condicionado por ela. Pois a vontade é a essência em si que aparece como um tal corpo orgânico unicamente na representação (essa mera função cerebral).”⁴⁸²

Também Nietzsche critica a fé nos sentidos e o apego fanático à lógica racional:

E fora, sobretudo, com o corpo, essa deplorável idéia fixe dos sentidos! Esse corpo acometido por todos os erros de lógica existentes, refutado, até impossível, ainda que seja atrevido o bastante para se portar como se fosse real! (...) A “razão é a causa de falsearmos o testemunho dos sentidos. (...) A ciência que hoje possuímos vai exatamente tão longe quanto nos decidimos a aceitar o testemunho dos sentidos - tão longe quanto ainda aprendemos a aguçá-los, armá-los e pensá-los até o fim. O resto é aborto e ainda-não-ciência: quero dizer, metafísica, teologia, psicologia, teoria do conhecimento. Ou ciência formal, teoria dos signos: como a lógica e aquela lógica aplicada, a matemática. Nelas, a realidade absolutamente não aparece, nem sequer como problema; tampouco como pergunta acerca do valor que, afinal, possui uma convenção de signos como a lógica.”⁴⁸³

É a partir do que sentimos que estabelecemos uma lógica a partir daquilo que a memória apresenta como causas e conseqüências. Um raciocínio a partir do reconhecimento de Hegel pode nos levar a pensar que reproduzimos atitudes que reconhecemos nos outros indivíduos, por isso um bebê tenta bater palmas ao ver um adulto fazendo o mesmo. Neste diapasão, o ser humano define quem ele é, imitando características que ele deseja possuir e aperfeiçoando-as à sua maneira (adequando-as). Não apenas seres humanos fazem isso, diria Pavlov, mas, em animais, chamamos isso de instinto.

A propósito, é explorando esta característica humana que os publicitários promovem um produto associando-o a um personagem famoso, ressaltando que “fulano” possui aquele produto e, por isso, “você” também deve desejá-lo. “A necessidade de imitação que o

⁴⁸¹ DARWIN, Charles. **A origem das espécies por meio da seleção natural**. trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Editora Escala, 2009.

⁴⁸² SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a vontade na natureza**. trad. Gabriel V. Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 66.

⁴⁸³ NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 35-36.

consumidor sente é esse desejo infantil, condicionado por todos os aspectos de sua despossessão fundamental. Segundo os termos que Gabel aplica em outro nível patológico, ‘a necessidade anormal de representação compensa aqui o sentimento torturante de estar à margem da existência’.⁴⁸⁴ Mas se um adulto racional é induzido, sua vontade não é mais relevante quanto os demais estímulos externos que acompanham a manifestação volitiva. O chamado “consumo conspícuo”⁴⁸⁵ demonstra que o comportamento humano atende mais a estímulos externos do que a uma vontade independente.

Prova disso são os indivíduos absolutamente racionais que, no entanto, gastam fortunas em um produto, seduzidos pela propaganda e pelo marketing, em virtude do que Marx chamou de “fetichismo de mercadoria.”⁴⁸⁶ Trata-se da diferença entre o custo de produção de um produto e o valor cobrado na sua venda.⁴⁸⁷ Pagam pelo símbolo que o produto representa naquela sociedade,⁴⁸⁸ agindo tal qual o bebê que reconhece determinado símbolo e o repete. Não é um comportamento irracional, pois tem uma lógica e um propósito: ser identificado por aqueles que comungam dos mesmos valores.⁴⁸⁹

O vocábulo “Símbolo” tem sua origem etimológica nas expressões gregas *sym* (juntar, unir) e *balein* (em direção a um objetivo, uma meta). Portanto, na Grécia antiga, representava o ato de unir dois pedaços de uma moeda partida quando da separação de duas pessoas, assim, quando uma delas pretendia mandar uma mensagem para a outra, remetia sua metade pelo

⁴⁸⁴ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 140-141.

⁴⁸⁵ VEBLÉN, Thorstein B. **A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições**. São Paulo: Pioneira, 1965.

⁴⁸⁶ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Apresentação de Jacob Gorender; Coordenação e revisão de Paul Singer; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. XXXVII.

⁴⁸⁷ “O princípio do fetichismo da mercadoria, a dominação da sociedade por ‘coisas suprassensíveis embora sensíveis’, se realiza completamente no espetáculo, no qual o mundo sensível é substituído por uma seleção de imagens que existe acima dele, e que ao mesmo tempo se fez reconhecer como o sensível por excelência.” DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 28.

⁴⁸⁸ VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 20.

⁴⁸⁹ “‘Minha mãe é professora de uma escola primária’, disse Corinne a um entrevistador, ‘e quando ela pergunta aos meninos o que eles querem ser quando crescer, eles respondem: ‘Não sei, só quero ser famoso’.’ Nesses sonhos ‘ser famoso’ não significa nada mais (mas também nada menos!) do que aparecer nas primeiras páginas de milhares de revistas e em milhões de telas, ser visto, notado, comentado e, portanto, presumivelmente *desejado* por muitos – assim como sapatos, saias ou acessórios exibidos nas revistas luxuosas e nas telas de TV, e por isso vistos, notados, comentados, desejados... ‘Há mais coisas na vida além da mídia’, observa Germaine Greer, ‘mas não muito... Na era da informação, a invisibilidade é equivalente à morte.’” BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 21.

mensageiro para que o remetente confirmasse a autoria do recado juntando as duas metades da moeda.

Desse modo, em termos psicanalíticos, a palavra passou a significar a união de algo conhecido (consciente) a algo desconhecido (inconsciente).⁴⁹⁰ “Assim, o símbolo sempre contém um aspecto irracional e tem um enorme poder de mobilização. O símbolo pode provocar grandes transformações de caráter estruturante para a consciência, mas também conflitos étnicos e religiosos. Podemos perceber o símbolo em formas concretas, como bandeiras, slogans e hinos, (...)”.⁴⁹¹ Isso se aplica ao objeto do consumo que, nesta sociedade de consumidores representa, mais do que sua utilidade, a identidade de quem o adquire. Transmite uma mensagem inconsciente aos demais e por isso ganha importância central na vida do sujeito.

A “coisificação” do ser humano é um fenômeno próprio deste modelo social e econômico centrado no consumo que transforma tudo, inclusive pessoas, em mercadoria.⁴⁹²

O estudo do comportamento humano a partir de sua forma de pensar encontra respostas na psicologia comportamental, na ciência com raízes no estruturalismo de Wundt e nas respostas pragmáticas do funcionalismo e que se desenvolveu após o associacionismo.⁴⁹³ Essas ciências desenvolveram-se muito após o surgimento das ideias de condicionamento decorrentes das experiências com cães realizadas por Ivan Pavlov.

Ao estudar a produção de saliva em cachorros expostos a diferentes alimentos, o filósofo russo percebeu que, com o tempo, não mais a apresentação da comida aos cães lhes causava salivação, mas também o som dos passos dos funcionários que se dirigiam ao canil

⁴⁹⁰ RAMOS, Denise Gimenez; MACHADO JR., Pericles Pinheiro. Individuação e subjetivação: os conceitos junguianos de inconsciente coletivo e arquétipo mostram o caráter universal das imagens e dinâmicas do inconsciente que representam modos de estruturação da subjetividade no processo de individuação. In: PINTO, Manuel da Costa (Org.); **O Livro de ouro da psicanálise: o pensamento de Freud, Jung, Melanie Klein, Lacan, Winnicott e outros**; 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. p. 185.

⁴⁹¹ RAMOS, Denise Gimenez; MACHADO JR., Pericles Pinheiro. Individuação e subjetivação: os conceitos junguianos de inconsciente coletivo e arquétipo mostram o caráter universal das imagens e dinâmicas do inconsciente que representam modos de estruturação da subjetividade no processo de individuação. In: PINTO, Manuel da Costa (Org.); **O Livro de ouro da psicanálise: o pensamento de Freud, Jung, Melanie Klein, Lacan, Winnicott e outros**; 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. p. 185.

⁴⁹² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

⁴⁹³ STARNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. trad. Anna Maria Dalle Luche, Roberto Galman; revisão técnica José Mauro Nunes. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 4-7.

para alimentá-los. Passou, então, a alimentar os cães sempre ao som de uma determinada campainha, e após repetidas vezes, a salivação, que seria uma reação que deveria ocorrer apenas quando o alimento era colocado em sua boca para facilitar a digestão, passou a ocorrer com o simples som daquela mesma campainha. Assim, os animais ofereciam respostas comportamentais ao meio, como reflexos incondicionados, fruto da repetição (experiências resgatadas pela memória), sendo possível criar ou remover respostas fisiológicas e psicológicas em animais e, portanto, também em seres humanos.

Na construção do Behaviorismo, Thorndike trouxe contribuições importantes em seus estudos com gatos. Descreveu o comportamento dos felinos submetidos a testes em jaulas denominadas “caixas-de-problemas”. “As portas de alguma destas caixas só podiam ser abertas puxando-se um cordão ou um nó, que estavam no interior, ou mediante pressão sobre uma alavanca. O animal em experiência, habitualmente faminto, tinha de libertar-se da prisão em que fôra colocado.”⁴⁹⁴ Depois de submetido várias vezes ao mesmo teste, as cobaias passavam a demonstrar mais eficiência na solução do problema, demonstrando a aprendizagem por experiência dos animais. “Pouco a pouco, de uma a outra experiência, tornavam-se cada vez mais objetivados os movimentos do animal: todos os movimentos desnecessários são refeados. Sobre apenas um grupo de movimentos que conduzem ao êxito.”⁴⁹⁵

As experiências com animais permitiram elaborar a teoria de provas e erros, logo superada pelo behaviorismo que foi além, estudando o que se passava na mente dos testados e não apenas seus movimentos e reações. O behaviorismo proposto por John Broadus Watson, em 1913, com a publicação do artigo “Psychology as the Behaviorist Views It”, e que depois ganhou diversos desdobramentos, passou a basear-se neste estudo para afirmar que o ser humano aprende essencialmente por meio da imitação, da observação e da reprodução dos comportamentos dos outros, e que nossas ações são meras respostas ao ambiente externo. Críticas como as da psicologia da Gestalt - que acusaram o Behavioral de estudar comportamentos isolados ignorando o todo - têm transformado estes estudos.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ PUCHKIN, V. N., **Heurística**: a ciência do pensamento criador. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 25.

⁴⁹⁵ PUCHKIN, V. N., **Heurística**: a ciência do pensamento criador. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 25.

⁴⁹⁶ STARNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. trad. Anna Maria Dalle Luche, Roberto Galman; revisão técnica José Mauro Nunes. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 8-9.

O maior problema do Behaviorismo de Watson está na insistente tentativa de aplicar conclusões metafísicas à ética e ao julgamento do comportamento humano. Nos dizeres de Bertrand Russell: “a metafísica jamais terá consequências éticas, exceto em virtude de sua falsidade: se fosse verdade os atos que define como pecado seriam impossíveis. Aplicando essas observações ao behaviorismo, deduzo que se – e até o ponto em que – tem consequências éticas, ele deve ser falso, enquanto que, ao contrário, se for verdadeiro, não pode ter relação com a conduta.

Também a *heurística* - expressão de Arquimedes ao se referir à forma como se opera o raciocínio humano – desenvolveu estudos nesta área. Sob a definição do doutrinador soviético Puchkin, a “Heurística é a ciência que estuda as constantes da atividade do pensamento criador.”⁴⁹⁷ Trata-se de um ramo do conhecimento entre a lógica, a psicologia e a filosofia que estuda o modo como se processa o raciocínio criador, isto é, o pensamento.

As pesquisas mais atuais passaram a considerar que “as pessoas respondem aos inventivos por diversos motivos (racionais ou não), que efetivamente deveriam ser os pontos de estudo. Assim, englobar-se-ia toda a gama de motivos e circunstâncias que envolvem as respostas aos incentivos, mesmo as instintivas, por exemplo.”⁴⁹⁸ Estes novos estudos já passam a conceber as limitações a racionalidade pura. “Essas limitações têm sido estudadas pela Psicologia Cognitiva, cujos aportes ingressaram na Ciência Econômica, gerando um sub-ramo denominado de Economia Comportamental.”⁴⁹⁹

Hoje a psicologia cognitiva busca responder como o homem compreende o mundo e de que modo reage a ele buscando adaptá-lo a si. Na sociedade de consumo, tal conhecimento do comportamento serve também à manipulação do comportamento dos outros na busca de resultados econômicos.

⁴⁹⁷ PUCHKIN, V. N., **Heurística**: a ciência do pensamento criador. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 8.

⁴⁹⁸ OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160.

⁴⁹⁹ OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 168.

Assim como transformou lobos em poodles, o homem manipula e controla o meio para obter aquilo que almeja, e hoje, o foco é vender. Experiências assim são realizadas cotidianamente com seres humanos em Shopping Centers. Aromas, sons, cores e luzes hipnotizam o consumidor levado a consumir por fatores que em nada se relacionam com a racionalidade da escolha. Por exemplo, lojas americanas passaram a expelir oxigênio por suas tubulações de ar após a constatação por cientistas da Universidade de Harvard de que, em ambientes onde há mais oxigênio e, conseqüentemente, maior sensação de bem-estar, os consumidores compram mais. Mesmo o cheiro de carro novo é artificial e visa gerar prazer em quem adquire um veículo, produzindo futuras compras por reflexo condicionado. Isto é, os carros novos não apresentam aquele aroma característico porque são novos, mas sim porque o fabricante gerou uma fragrância em laboratório. Carros esportivos remetem ao aroma de borracha, carros de luxo, ao de couro.⁵⁰⁰

Como os indivíduos, as massas (grupos de seres) têm suas reações próprias, ainda menos comprometidas com a razão, tal como o comportamento de rebanho.⁵⁰¹ E esse comportamento de massas promove decisões da maioria que têm grande relevância para as nações. Estes mesmos seres manipuláveis decidem conjuntamente, desde a moda, até os governantes.

Evidentemente a razão existe, do contrário se estaria desprezando a própria ciência equivalendo-a a explicações irracionais.⁵⁰² A questão é o quanto ela é limitada diante das forças naturais, considerando que somos parte desta natureza. Conforme a Psicologia, somos o reflexo de nossas experiências, notadamente as vividas durante nosso período de formação. Assim, uma ação realizada na infância pode provocar uma reação (personalidade) na vida adulta, levando-nos a ter determinado comportamento. E não há como dizer que tal comportamento provocado pelo inconsciente possa ser definido como racional.

⁵⁰⁰ PEREIRA, Camila; TODESCHINI, Marcos. Anatomia do consumo. **Revista Veja**, São Paulo, 17 dez. 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/171208/p_090.shtml>. Acesso em: 16 jan. 2009.

⁵⁰¹ Bauman comenta esta transição afirmando que a sociedade líquido-moderna de consumidores tende a substituir o grupo (coordenado, onde cada membro assume uma função) pelo enxame (aglomerado de indivíduos que apenas segue a maioria). “O poder de sedução dos alvos mutáveis é suficiente para coordenar seus movimentos”, isto é, a manipulação das técnicas de mercado não se dá somente no plano individual, mas também induz comportamentos de massa. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 99-101.

⁵⁰² RUSSELL, Bertrand. **Ensaios céticos**. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p. 37-53.

Hodiernamente, as atitudes humanas são julgadas com base na ideia de que usamos a vontade consciente em todas as decisões. Contudo, ao olvidar estes ensinamentos das outras áreas do conhecimento, condenamos atitudes que dificilmente foram efetivamente queridas pelos indivíduos, correspondendo mais a reações a determinadas substâncias que compõem nosso corpo (e cérebro) e nossas experiências.

Essa noção de que o ser humano controla suas atitudes é tão forte que o próprio indivíduo que se comporte movido pelo inconsciente, quando perguntado, pode acreditar que efetivamente quis algo. Não temos plena consciência de que reagimos ao nosso inconsciente.⁵⁰³

A verdade é que o Direito, como ciência, tem percebido a necessidade de ponderar a influência da vontade. O liberalismo⁵⁰⁴ e o positivismo kantiano⁵⁰⁵ influenciaram em muito o pensamento jurídico e têm impedido o necessário debate sobre a efetiva capacidade de autodeterminação do ser humano.

⁵⁰³ Vejamos um suicida, por exemplo. Dificil compreender como uma vontade livre e racional levaria um indivíduo a ceifar a própria existência, sendo mais provável que as causas desta reação sejam ainda desconhecidas em nosso estágio evolutivo do pensamento impedindo-nos de compreender as verdadeiras razões, e então buscamos culpados. O mesmo pode-se pensar de alguns criminosos, pois em uma sociedade que reprime e pune quem pratica um crime, dificilmente alguém desejaria ser um criminoso abominado pelos demais, como um pedófilo, por exemplo. Sem dúvida, se questionado, este dirá que gostaria (desejo) de não o ser, tanto para obter uma aceitação na sociedade, quanto para não correr o risco de ser severamente punido. Afinal, embora seja, efetivamente, um ser abominável para nossa cultura, ele próprio sofre com estas decisões. Não se está, com isso, a defender uma desresponsabilização, mas apontando para o fato de que a vontade nem sempre coordena os atos dos seres humanos.

⁵⁰⁴ “A integridade será alcançada somente quando nossa dependência do mundo externo for dialeticamente negada; em outras palavras, quando a humanidade sentir-se em casa em seu meio ambiente. Mas a filosofia liberal, em sua tentativa de glorificar o indivíduo, nega nossa dependência do mundo e, com uma autocerteza arrogante, artificialmente apaga os traços de alteridade e imagina o Eu como idêntico a si mesmo. [...] Este tipo de certeza não reflexiva, visível em crenças religiosas e em ontologias liberais, é extremamente vã e, ao mesmo tempo, totalmente fútil. O delírio da identidade própria constitui um paliativo apenas para o reconhecimento doloroso, porém inescapável, de que dependemos do Outro e somos determinados pelo mundo exterior.” DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 276-277.

⁵⁰⁵ Nas palavras de Jürgen Habermas: A noção de “autonomia” de Kant é essencialmente diferente da noção de liberdade subjetiva empirista. A diferença entre *Willkür* e *Freier Wille* pode ser explicada em função das espécies de razões pelas quais nossa vontade se “deixa” determinar. No caso da liberdade subjetiva, a vontade é determinada por máximas de prudência, pelas preferências ou motivos racionais, digamos, que uma determinada pessoa tem. Nesse caso, o ato da liberdade surge como parte da consciência de um único sujeito. No caso da autonomia, porém, a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização. A vontade de uma pessoa é determinada por motivos que deveriam igualmente ser levados em conta por todas as outras pessoas (na medida em que são vistas como membros da comunidade moral). HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Organização e introdução de Patrick Savidan; Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 12.

O Direito parece reconhecer que a vontade, enquanto tentativa de mudar o futuro pela tomada de decisões, não pode ser tida como o único fator a ser considerado em um contrato, quer porque as circunstâncias fáticas podem alterar-se, quer porque, em certas situações, a vontade foi induzida por quem detém o conhecimento de ciências que analisam padrões comportamentais.

A referida psicologia cognitiva é a área do conhecimento que melhor tem tratado esta questão da falibilidade das decisões. Um estudo desenvolvido pela Harvard Medical School demonstra, a partir de pesquisas baseadas em Piaget, que entre as idades de três e quatro anos - chamado de estágio pré-operacional - as crianças desenvolvem naturalmente a “belief-desire theory of mind”. Essa teoria entende que as crenças e os desejos são as causas do comportamento das pessoas. Conforme os autores, em muitas culturas, tais “theorys of mind” (ou “folk psychologies”) são bastante incentivadas pelos pais que costumam discutir motivos e intenções, sendo que “an important part of this theory of mind is a sense of free will”⁵⁰⁶

O texto aduz que é muito forte a tendência de fazer julgamentos atribuindo estados mentais a nós mesmos e aos outros. Esse comportamento foi comprovado por uma pesquisa que divulgou um filme no qual simples formas como triângulos e quadrados moviam-se na tela. Quando perguntados sobre o que haviam visto, a maioria das pessoas atribuiu motivos e intenções às formas inanimadas, comportamento que demonstra a tendência natural das pessoas em tentar explicar o comportamento alheio e comprova que tais explicações não são necessariamente precisas. É quase inevitável não ligar experiências sensoriais a estados mentais. E, assim, concluem: “The key aspect of many of the folk psychological beliefs is that people freely plan their actions, and that their intention or wish to obtain something is in fact what leads to the action. This is the notion of free will.”⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ “Uma parte importante da teoria da mente é o senso de livre-arbítrio.” (Tradução do autor) COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 9.

⁵⁰⁷ “Um aspecto fundamental para muitas das crenças da “folk psychology” é o fato de que as pessoas livremente planejam seus atos e que suas intenções ou desejos de obter algo, são, na verdade, o que os leva a praticar a ação. Esta é a noção de livre-arbítrio.” (Tradução do autor) COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 10.

Tal noção de livre-arbítrio, como bem afirmam os autores, seria a crença de que somos absolutamente independentes.⁵⁰⁸ A ilusão, entretanto, decorre da filosofia, da religião e do direito ocidentais, já que não há comprovação da existência do livre-arbítrio fora da mente humana. Desde a Segunda Guerra Mundial, diversas áreas da ciência têm demonstrado que o comportamento é influenciado por inúmeros fatores, tais como sua história passada, acontecimentos atuais do seu meio e fatores contextuais mais amplos.⁵⁰⁹

Enquanto isso, todo o sistema legal é baseado nesse dever de sermos adultos conscientes, com um comportamento pré-determinado por nossa capacidade de tomar decisões racionais. Excluídos dessa obrigação apenas alguns grupos, como os menores de idade, os deficientes mentais ou os legalmente insanos, considerados incapazes de tomar uma decisão verdadeiramente livre, tudo embasado na tradição da “rational-choice theory”, originalmente vinda da economia. Commons e Miller explicam que essa teoria baseia-se na ideia de que “people not only understood all the options that they had, but once presented with them, they would rationally make the choice that produced the best outcome for them.”⁵¹⁰ Ignora-se, no entanto, que as decisões e julgamentos são provocados por fatores sociais e culturais.⁵¹¹

⁵⁰⁸ “The sense of free Will is like an independent self - a god within us” (o senso de livre-arbítrio é como uma auto independência – um Deus dentro de nós) (Tradução do autor) COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 12.

⁵⁰⁹ COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 12.

⁵¹⁰ as pessoas não apenas entendem todas as opções que têm, como, uma vez que estas sejam apresentadas, elas iriam fazer a escolha racional que produza o melhor resultado para eles. (Tradução do autor) COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 14.

⁵¹¹ “[...] tendo reconhecido que os que têm sentimentos muito contrários aos nossos nem por isso são bárbaros nem selvagens, mas que muitos usam, tanto ou mais do que nós, a razão; e tendo considerado o quanto um mesmo homem, com seu mesmo espírito, criado desde a infância entre franceses ou alemães, torna-se diferente do que seria se tivesse vivido sempre entre chineses ou canibais, e de que maneira, até nas modas de nossas roupas, a mesma coisa que nos agradou dez anos atrás, e que nos agrada talvez daqui dez anos, nos parece agora extravagante ou ridícula: de modo que é bem mais o costume e o exemplo que nos persuadem do que qualquer conhecimento certo, e que, no entanto, a pluralidade das vozes não é uma prova que valha para as verdades um pouco difíceis de descobrir, porque é bem mais provável que um homem sozinho as encontre do que um povo inteiro; [...]” DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alere: L&PM, 2013. p. 47-48.

Mais adiante, o texto apresenta o Model of Hierarchical Complexity⁵¹², para explicar o comportamento criminoso. Afirmam que o desenvolvimento mental se dá por fases e que o domínio de determinadas tarefas evolui separadamente, sendo perfeitamente possível que uma pessoa resolva tarefas, em algumas áreas, como alguém em fase adulta, mas como criança em outras.⁵¹³

O modelo econômico clássico baseia-se na simples ideia de que é da natureza humana tomar decisões certas para nós mesmos. A crítica à presunção de racionalidade desde Kant⁵¹⁴ tem ensejado amplas pesquisas que têm demonstrado a influência de diversos fatores irracionais que nos afetam a cada decisão, desde o subconsciente até fatores externos que nos induzem a não seguir a plena racionalidade.⁵¹⁵ Como bem demonstra Dan Ariely, “nossos comportamentos irracionais não são aleatórios nem destituídos de sentido. São sistemáticos e, já que o repetimos incessantemente, previsíveis.”⁵¹⁶ Os novos estudos econômicos já passaram a levar em conta tais fatores comportamentais.

No que tange às Ciências Jurídicas, um dos principais ramos a compreender o alcance desta doutrina é a “Law and economics” que tem aprofundado o estudo da psicologia cognitiva e da racionalidade limitada. Isso porque os estudos jurídicos comumente partem da ideia de que é papel do Direito a análise sob a perspectiva do “mundo do dever ser”, pautando o que é certo e errado e muitas vezes analisando valores dando um viés moral para as conclusões. Já a Economia é capaz de abstrair a ponto de estudar as implicações da moral na prática, no “mundo do ser”. Assim, a área do Direito mais próxima da Economia passou a estudar com maior ênfase o comportamento em detrimento do estudo voltado à transformação no sentido de alcançar a idealidade. Nos dizeres dos autores de Freakonomics: “o moralismo

⁵¹² COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 19-26.

⁵¹³ COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007. p. 20.

⁵¹⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

⁵¹⁵ “Concluo, portanto, que a lógica deve ser ministrada nas escolas com o propósito de ensinar as pessoas a não raciocinar. Porque, se raciocinarem, certamente o farão de forma equivocada.” RUSSELL, Bertrand. *Ensaios céuticos*. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p. 93.

⁵¹⁶ ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional*: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. VII.

representa a forma como as pessoas gostariam que o mundo funcionasse, enquanto a economia representa a forma como ele *realmente* funciona.”⁵¹⁷

O Direito deve regular a Economia e, para isso, deve partir da premissa de que nem sempre os consumidores são plenamente racionais em suas escolhas.

Modern legal scholars frequently and increasingly base their analyses not on neoclassical economics’ assumption of rationality, but on the assumption that individuals are subject to a number of systematic behavioral biases. This assumption is itself grounded largely in a substantial experimental literature documenting bounded rationality, errors in judgment, and non-standard preferences.⁵¹⁸

Um dos principais autores a fazer tal análise é Cass R. Sunstein.⁵¹⁹ O referido doutrinador baseia sua coletânea de artigos na ideia da “bounded rationality”, inicialmente introduzida por Herber Simon, que nada mais é do que a noção de que “human cognitive abilities are not infinite”, limitação que decorre do fato de que “We have limited computational skills and seriously flawed memories”.⁵²⁰

Para lidar com tais limitações biológicas, bem como com as de tempo, adotamos atalhos mentais e regras de decisão que permitem que façamos escolhas.⁵²¹ Mesmo com esses

⁵¹⁷ LEVITT, Steven. D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: o lado oculto de tudo que nos afeta. trad. Regina Lyra; revisão técnica Ronaldo Fiani. 1 ed. 8ª reimpressão, rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 13.

⁵¹⁸ “Juristas modernos cada vez mais freqüentemente baseiam suas análises não no pressuposto da racionalidade da economia neoclássica, mas no pressuposto de que os indivíduos estão sujeitos a uma série de tendências comportamentais sistemáticas. Esta própria suposição é fundamentada, em grande parte, por uma considerável literatura experimental documentando a racionalidade limitada, os erros de julgamento e as preferências fora do padrão.” (Tradução do autor) WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 471.

⁵¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000.

⁵²⁰ “A cognição humana não é infinita” e “Nós temos habilidades computacionais limitadas e uma memória com graves falhas” (Tradução do autor) JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 14.

⁵²¹ “Cognitive Conservatism and Decision Simplification. A well-documented tendency of people who must operate in noisy informational environments is to adopt heuristic forms of thought. Busy executives process extraordinarily large amounts of information in both making decisions and deciding what matters deserve further time and attention. Such processing must necessarily be simplified, sometimes oversimplified, to make the information manageable, lest the executive be overwhelmed by data and paralyzed by ambiguity.” Isso é: “Conservadorismo Cognitivo e Simplificação da Decisão. Uma bem-documentada tendência das pessoas que tem de agir em ambientes informacionais ruidosos é a adoção de formas de pensamento heurístico. Executivos ocupados processam extraordinariamente grandes quantidades de informação em tomadas de decisões e decidem que assuntos merecem mais tempo e atenção. Esse processamento deve ser necessariamente simplificado, às vezes supersimplificado (simplista), para tornar as informações gerenciáveis, para que o executivo não seja esmagado por dados e paralisado pela ambigüidade.” (Tradução do autor) LANGEVOORT, Donald C. Organized Illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause others social harms) In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 147.

recursos, e muitas vezes por causa deles, o comportamento humano destoa daquele padrão pregado pelo modelo da racionalidade ilimitada à espera de que todos ajam de acordo com o que, para a maioria, parece ser o mais benéfico para o agente e o mais correto para o todo.⁵²² Ocorre que “human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests”.⁵²³ Assim, verifica-se também limitação no poder de escolha, ou nas palavras do autor, “bounded willpower”.

Na mesma obra, Donald C. Langevoort afirma que a racionalidade “is ‘bounded’ (that is, that they do not have perfect information or unlimited time, skill, and attention)”⁵²⁴, e acrescenta, adentrando ao tema de seu artigo, o caso dos diretores, gerentes e outros administradores de empresas, somando-se a estes fatores limitadores da racionalidade, o fato de que “these agents have self – interests that differ from those of their firms’ owners”.⁵²⁵ Também o meio organizacional e social influenciará na tomada de decisão, determinando o que será antecipado e levado em consideração na avaliação do rumo a ser tomado e o que será ignorado.⁵²⁶ No estudo do Direito Contratual, tais compreensões determinaram a necessidade de conferir maior relevância à confiança nos fatores externos, em detrimento da autonomia privada.

Nicole Chardin⁵²⁷ trata das limitações à autonomia privada e ao autocontrole. A autora explica que a autonomia da vontade é um princípio político oriundo de uma construção filosófica.

⁵²² JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 14.

⁵²³ “os seres humanos muitas vezes praticam ações que sabem estar em conflito com seus próprios interesses a longo prazo” (Tradução do autor) JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 15.

⁵²⁴ “é ‘limitada’ (isto é, que eles não têm informação perfeita ou tempo ilimitado, habilidade e atenção)” (Tradução do autor) LANGEVOORT, Donald C. Organized Illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause others social harms) In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 144.

⁵²⁵ “estes agentes têm interesses próprios que diferem dos de proprietários de suas empresas.” (Tradução do autor) LANGEVOORT, Donald C. Organized Illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause others social harms) In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 144.

⁵²⁶ LANGEVOORT, Donald C. Organized Illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause others social harms) In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 146.

⁵²⁷ CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.

La deuxième précision tient au fait qu'historiquement l'autonomie de la volonté est un principe politique. Elle est une illustration d'un débat politique où le thème essentiel est l'intervention ou la non-intervention de l'Etat. [...] Mais l'autonomie de la volonté est avant tout – et c'est ce qui nous intéressera ici – une construction philosophique.⁵²⁸

A doutrinadora francesa faz brilhante explicação sobre as limitações à capacidade de manifestação volitiva racional, notadamente em uma sociedade como a atual em que há uma abismal diferença informacional entre as pessoas, tanto físicas, quanto jurídicas, afirmando que indivíduos são levados a contratar induzidos por fatores externos enquanto creem estar agindo com autodeterminação. Defende a divisão entre mente habitual – responsável pela criação do automatismo – e mente executiva – capaz de racionalizar. A vontade só estaria presente quando não há automatismo, nem simples impulso (ato reflexo, impensado) e nem influência de fatores externos⁵²⁹. Isso é o que levaria à racionalidade que seria a maximização da utilidade.

A principal teoria apontada nesta obra é a “*théorie de la décision*”, também surgida na Segunda Guerra Mundial, elaborada por universitários anglo-saxões das áreas da matemática e estatística que perceberam a importância de elaborar técnicas de decisão. Afirma a teoria que o ser humano tem dificuldades de ver-se livre das contingências psicológicas, aproximando muito o ato voluntário do involuntário.⁵³⁰ O fato é que, independente da teoria adotada, hoje é cediço que as manifestações de vontade encontram graves obstáculos a ponto de ser possível questionar a racionalidade das táticas de decisão cotidianamente utilizadas.

A tomada de decisão, muitas vezes, não segue a perfeita racionalidade porque é limitada pelo conhecimento daquele que toma a decisão e manifesta sua vontade neste sentido. A incerteza e o risco levam ao julgamento, baseado em probabilidades ancoradas nos

⁵²⁸ A segunda desvantagem é que, historicamente, a autonomia da vontade é um princípio político. Ela é uma ilustração de um debate político, onde o tema principal é a intervenção ou não-intervenção do Estado. [...] Mas a autonomia da vontade é acima de tudo - e é isso que nos interessa aqui - uma construção filosófica. (Tradução do autor) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.p. 12.

⁵²⁹ ou “*forces externes*” para utilizar o termo de Nicole Chardin que vai além ao analisar a influência do marketing e da publicidade sobre os consumidores afirma que “Une manipulation mentale des individus les force à ces contrats de consommation. Ces forces sociales ont pour résultat la lobotomie du consommateur.” (Uma manipulação mental dos indivíduos os força a esses contratos de consumo. Essas forças sociais têm como resultado a lobotomia do consumidor.) (Tradução do autor) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.p. 37.

⁵³⁰ CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 69-70.

saberes pré-constituídos do decisor, que vai se valer das chamadas heurísticas⁵³¹ para reduzir o tempo e a complexidade da decisão que deve ser tomada naquele instante. Não só não há como fazer um estudo aprofundado a cada escolha feita na vida do indivíduo, como em muitas situações a própria capacidade mental humana encontra limitações.

Diante de situações nas quais o custo de uma decisão exata é elevado em relação aos benefícios imediatos esperados, as pessoas costumam fazer uma “avaliação subjetiva de probabilidade” usando atalhos mentais para decidir por aproximação. Estes atalhos mentais são denominados na doutrina econômica como heurísticas. Esta forma de agir pode denotar uma conduta racional de simplificação, como exposto acima, ou pode ter como causa o fato de que as pessoas não possuem a informação ou o treinamento necessário para decidir da forma correta.⁵³²

O que a Psicologia Cognitiva chama de *juízo* é a avaliação das alternativas e a escolha com base nas denominadas *ancoragem* e *ajustamento*, *disponibilidade* e *representatividade*. Ocorre que, em muitos casos, as certezas que servem de premissa para a decisão ou não estão corretas, ou estão incompletas.

Segundo Maule e Hodgkinson (2002), o ponto de partida para as teorias sobre juízo e tomada de decisão é o fato de que as pessoas têm capacidade limitada para o trabalho mental. Para lidar com um mundo complexo e marcado por rápidas mudanças, as pessoas desenvolveram modos simples de raciocinar. No que tange ao juízo e tomada de decisão, as heurísticas assumem o papel de simplificar o processamento cognitivo que envolve julgar alternativas sob incerteza.

Plous (1993) chama a atenção para o fato de que os decisores não têm domínio da racionalidade, como propõe a teoria da escolha racional advinda das Ciências Econômicas. Essa impossibilidade de domínio da racionalidade se deve ao fato de que as informações sobre as alternativas de dada tarefa decisória são frequentemente perdidas ou incertas. Além disso, a percepção é seletiva e a memória é sujeita a vieses, bem como os resultados atribuídos às alternativas podem ser erroneamente considerados, e a comparação de todas as opções seria possível somente com auxílios de memória, tendo em vista a enorme demanda mnemônica exigida para essa tarefa.

Nesse sentido, o presente artigo explora questões como as seguintes: Como as pessoas formulam pensamentos e posicionamentos como “Eu penso que...” ou “As chances são...”? O que determina essas crenças? Como os decisores estimam probabilidades de fatos incertos e valores de quantidades incertas?⁵³³

⁵³¹ Não como ciência que estuda o raciocínio criador, mas como forma de pensamento com o propósito de solucionar as questões que se apresentam ao indivíduo, isto é, atalhos mentais que são resgatados quando do raciocínio. “Para poder descobrir a essência desta noção, é preciso considerar que o próprio termo ‘Heurística’ é aplicado a fenômenos de duplo sentido. Primordialmente, podemos definir a heurística como a atividade humana que leva à solução de um problema atípico. Em seguida, podemos considerar como heurísticos os específicos meios elaborados pelo homem no decorrer da solução de certos problemas que, mais ou menos conscientemente, são transferidos para outros problemas.” PUCHKIN, V. N., **Heurística: a ciência do pensamento criador**. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 18.

⁵³² FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1. p. 109-121, jan./jun. 2012. p. 110.

⁵³³ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no juízo e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 182-183.

O ajustamento insuficiente decorre das imperfeições próprias da recuperação de informações. Quando ela é feita de modo a recuperar dados que formem uma premissa errada, o uso da heurística levará a uma decisão errada. Assim, “De acordo com Tversky e Kahneman (1974), em algumas situações, a facilidade com que um determinado fato é lembrado ou imaginado pelo indivíduo pode determinar uma hiper ou subestimação da probabilidade ou frequência desse evento ocorrer. Dessa forma, as pessoas julgam essa probabilidade pela facilidade de evocar exemplos em suas memórias.”⁵³⁴

Essas probabilidades subjetivas têm função determinante nas tomadas de decisão, eis que as pessoas costumam valer-se das heurísticas em detrimento das leis de chance. Pode-se afirmar que “[...] essa substituição das leis de probabilidade por heurísticas é percebida pelo indivíduo como confiável e segura, uma vez que leva a estimativas razoáveis em muitas situações. Esse fato favorece o uso sistemático desses atalhos cognitivos, dificultando, conseqüentemente, sua futura eliminação.”⁵³⁵ A supressão da lógica leva a uma limitação da racionalidade crônica, pois algumas vezes o resultado da escolha por meio das heurísticas pode levar a resultados satisfatórios fazendo com que o indivíduo retorne a esses atalhos mentais, quando da tomada de novas decisões.

Estes fatores que determinam as decisões podem ser estudados individualmente. A “ancoragem” baseia-se na noção de meio-termo,⁵³⁶ pois em uma decisão, partimos de dois extremos que consideramos prováveis e optamos pelo que mais se aproxime de nossa informação âncora⁵³⁷, isto é, um valor que julgamos indicar o norte para a opção “correta”.⁵³⁸

⁵³⁴ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 184.

⁵³⁵ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 186.

⁵³⁶ No segundo capítulo de seu livro, Dan Ariely explica o modo pelo qual se manipula facilmente a lei da oferta e da procura criando valores âncora que induzem consumidores a crer no alto valor de um determinado produto. ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 19-39.

⁵³⁷ “Anchoring. Often people make probability judgments on the basis of an initial value, or ‘anchor’, for which they make insufficient adjustments.”, isto é, “Ancoragem. Muitas vezes as pessoas fazem julgamentos de probabilidade, com base em um valor inicial, ou “âncora”, para o qual fazem ajustes insuficientes” (Tradução do autor) SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 5.

⁵³⁸ STARNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. trad. Anna Maria Dalle Luche, Roberto Galman; revisão técnica José Mauro Nunes. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 441.

Em diversos estudos, o processo de ancoragem é iniciado com a solicitação explícita para que as pessoas comparem o valor da âncora com o valor alvo. Por exemplo, em um clássico estudo de Tversky e Kahneman (1974), foi solicitado que as pessoas estimassem a porcentagem de países africanos nas Nações Unidas e o grupo que recebeu o número 10 como âncora inicial (obtido por meio de uma “roda da fortuna”) estimou em 25% em média, enquanto que o grupo que recebeu o número 65 como valor inicial teve uma estimativa média de 45%. [...] A ancoragem ocorre, também, quando o indivíduo baseia sua estimativa no resultado de um cálculo incompleto. Em outro estudo de Tversky e Kahneman (1974), foi solicitado que um grupo de alunos fizessem uma estimativa, dentro de cinco segundos, do produto de $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$, enquanto que outro grupo deveria estimar, no mesmo intervalo de tempo, o produto de $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$. A média estimada na primeira seqüência foi 2.250, enquanto a média estimada para a segunda foi 512. O resultado dos primeiros passos de multiplicação serviu como âncora para a estimativa final dos dois grupos. Embora a heurística de ancoragem e ajustamento possa ser frequentemente útil em julgamentos e decisões, uma vez que possibilita uma economia de tempo e não demanda tanto esforço cognitivo, também pode levar a vieses. O julgamento pode ser enviesado em direção a uma âncora irrelevante (como, por exemplo, um número arbitrário fornecido pelo pesquisador).⁵³⁹

Isso se deve muito à aversão a extremos que é intrínseca aos indivíduos, como se verifica do exemplo de Sustain: “When, for example, people are choosing between some small radio A and a midsized radio B, most may well chose A; but the introduction of a third, large radio C is likely to lead many people to choose B instead.”⁵⁴⁰

Na mesma obra, Mark Kelman, Yuval Rottenstreich e Amos Tversky apresentam artigo intitulado “Context-Dependence in Legal Decision Making”, onde expõem o seguinte exemplo bastante elucidativo:

Experimental studies also demonstrate contrast effects. Given the choice between \$6 and a Cross pen, only 36 percent of subjects choose the Cross pen. However, when given the choice between \$6, the Cross pen, and a less attractive pen, the percentage choosing the Cross pen rose to 46 percent (only 2 percent of subjects choose the other pen, confirming its inferiority).⁵⁴¹

⁵³⁹ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 183-184.

⁵⁴⁰ “Quando, por exemplo, as pessoas estão escolhendo entre um pequeno rádio A e um rádio de médio porte B, a maioria pode muito bem escolher o A, mas a introdução de um terceiro rádio grande, C, provavelmente levará muito mais pessoas a escolher o B.” (Tradução do autor) SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 3.

⁵⁴¹ Estudos experimentais também demonstram efeitos de contraste. Dada a escolha entre US 6,00 e uma caneta Cross, apenas 36 por cento dos indivíduos escolhem a caneta Cross. No entanto, quando dada a escolha entre US 6,00, a caneta Cross, e uma caneta menos atraente, o percentual de escolha da caneta Cross subiu para 46 por cento (apenas 2 por cento dos indivíduos escolhem a outra caneta, confirmando sua inferioridade). (Tradução do autor) KELMAN, Mark et. al. Context-depending in legal decision making. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 62.

Portanto, quando o sujeito raciocina a respeito de algo novo, instintivamente passa a compará-lo à algo semelhante conforme as categorias já conhecidas. “A ‘âncora’ é o elemento já ‘conhecido’ que passa a influenciar o novo, o que pode se dar segundo alguns ajustes.”⁵⁴²

A “disponibilidade” é a capacidade de evocar exemplos em nossa memória.⁵⁴³ Nos dizeres de Sternberg, é a “presença de informação armazenada na memória de longo prazo”.⁵⁴⁴ Assim, tudo o que já aconteceu com (ou próximo a) alguém tende a ter um nível de ancoragem exagerado quando do cálculo de probabilidade.

Experiências anteriores e informações acerca do fato são avaliadas de maneira vívida pela nossa mente, o que causa uma espécie de artifício cognitivo ou construção mental que chamamos de disponibilidade. A disponibilidade é um dos fenômenos mais frequentes das heurísticas. Assim, se pedirmos para um grupo de pessoas estimar o grau de violência de sua cidade, por exemplo, muito provavelmente, as pessoas que já tiverem sido assaltadas, que já passaram por algum evento relacionado à violência urbana ou mesmo que tenham assistido a uma reportagem televisiva sobre o assunto irão avaliar o risco de agressão como sendo mais intenso do que aquelas que não tiveram nenhum tipo de experiência negativa nesse sentido.⁵⁴⁵

Deste modo, a proximidade de um evento tende a supervalorizar a recorrência deste. “Um erro judicial que o afete vai minar sua fé no sistema de justiça mais do que um incidente similar sobre o qual você tenha lido num jornal.”⁵⁴⁶

Já a “representatividade” baseia-se no senso de que tudo o que é similar trará resultados próximos.⁵⁴⁷ Um acontecimento passado é tido como uma pista sobre o que pode ocorrer no futuro. Um exemplo de uso incorreto deste meio é quando se deixa de observar se aquilo que causa a similitude efetivamente se relaciona com o que gera o aumento da probabilidade daquele acontecimento em si. Assim, quando alguém ganha um pequeno

⁵⁴² OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 174.

⁵⁴³ “Availability. People tend to think that risks are more serious when an incident is readily called to mind or ‘available’” (Disponibilidade. As pessoas tendem a pensar que os riscos são mais graves quando um incidente prontamente é lembrado pela mente ou está ‘disponível’) (Tradução do autor) SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 5.

⁵⁴⁴ STARNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. trad. Anna Maria Dalle Luche, Roberto Galman; revisão técnica José Mauro Nunes. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 521.

⁵⁴⁵ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 185.

⁵⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 167.

⁵⁴⁷ “[...] people often simplify their burdens by reasoning from past cases”, isto é, “pessoas geralmente simplificam seus encargos por meio de um raciocínio a partir de casos passados.” (Tradução do autor) SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 5.

prêmio em uma rifa, tende a se considerar com sorte, partindo para um jogo de loteria com prêmios maiores, crendo que sua probabilidade de êxito esteja em alta diante do ganho anterior. A verdade é que, matematicamente, a cada jogo suas chances recomeçam sem qualquer influência do jogo anterior, por mais que ambos sejam jogos de azar bastante próximos.

De acordo com esse princípio heurístico, é conferida alta probabilidade de ocorrência a um evento quando esse é típico ou representativo de um tipo de situação. Essa representatividade, por sua vez, é determinada pela grande similaridade de um evento específico com a maioria dos outros de uma mesma classe. Em suma, a probabilidade de ocorrência de um evento é avaliada pelo nível no qual ele é similar às principais características do processo ou população a partir do qual ele foi originado.⁵⁴⁸

Ademais, muitas são as dificuldades de autocontrole, o que provoca decisões contrárias aos interesses do agente a longo prazo, mas comuns na prática. “Situação cotidiana dos seres humanos (e que direcionou muitas das críticas contra o modelo racional) é a da dificuldade de autocontrole das pessoas - de cumprir metas e os desejos -, que envolve muitas das vezes um retardamento (ou simplesmente inércia) no agir.”⁵⁴⁹ O estudo do comportamento deve considerar esta tendência de adiamento de atos (fazer ou deixar de fazer) necessários porém indesejados.

Outro fator importante é a sensação de otimismo⁵⁵⁰ intrínseca ao ser humano.⁵⁵¹ Se uma visão panglossiana pode trazer benefícios, também pode gerar graves prejuízos, uma vez que leva o sujeito a agir de modo a descomprometê-lo com um cuidado maior na tomada de decisões.⁵⁵² Este “pensamento positivo” acarreta a falsa impressão de controle.⁵⁵³

⁵⁴⁸ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 186.

⁵⁴⁹ OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 186.

⁵⁵⁰ LANGEVOORT, Donald C. Organized Illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause others social harms) In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 149.

⁵⁵¹ “por natureza, somos constituídos de maneira a acreditarmos facilmente nas coisas que esperamos e, dificilmente, nas que tememos, e a estimá-las, respectivamente, acima ou abaixo do justo. É essa a origem das superstições que, em toda parte, afligem os homens” SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013. p. 130.

⁵⁵² “Professor Oren Bar-Gill, for example, argues that consumers consistently underestimate their future borrowing due to a hodgepodge of behavioral biases such as imperfect self-control, hyperbolic discounting, piecemeal borrowing, and systematically underestimating the probability of negative consequences (e.g. that they will be unable to pay their debt or will simply forget that their bill is due).” (O Professor Oren Bar-Gill, por exemplo, argumenta que os consumidores consistentemente subestimam seu endividamento futuro devido a uma miscelânea de tendências comportamentais, tais como autocontrole imperfeito, os descontos hiperbólicos, os

Mesmo pessoas bastante informadas, com amplo estudo e de alto nível cultural possuem esta tendência que comumente é vista como algo benéfico ao indivíduo.⁵⁵⁴

Em estudo sobre a falência, Ron Harris e Einat Albin definem o otimismo como “the belief people have that negative life events that could influence their ability to repay the loan will not happen to them.”⁵⁵⁵ Para os autores, este sentimento provoca previsão exagerada de eventos positivos e do controle, em caso de eventos negativos, bem como o desprezo, a rejeição à ocorrência destes eventos negativos. Isto é, “The under-prediction of negative events and the over-prediction of positive events, or the over-appreciation of control over negative events, fits the causes of bankruptcy remarkably well.”⁵⁵⁶

Afirma Jason Kilborn: cientistas que estudam o comportamento humano concluíram que a superconfiança está presente na maioria dos indivíduos que sistematicamente avaliam o risco de determinada situação, baseados em dados disponíveis através da memória.⁵⁵⁷

A ponderação entre o benefício momentâneo e o risco de fracasso é feita de modo inexato, avaliando sua suscetibilidade ao risco por meio do otimismo.⁵⁵⁸ Esse comportamento

empréstimos parcelados, e sistematicamente subestima a probabilidade de consequências negativas (por exemplo, que eles serão incapazes de pagar suas dívidas ou irão simplesmente esquecer que sua conta é devida.) (Tradução do autor) WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 475.

⁵⁵³ HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising: Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges. *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁵⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral law and economics*. New York: Cambridge University, 2000. p. 4.

⁵⁵⁵ “a crença que as pessoas têm de que acontecimentos negativos na vida que podem influenciar a sua capacidade para reembolsar o empréstimo não vão acontecer com elas” (Tradução do autor) HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising: Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges. *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. p. 7.

⁵⁵⁶ A sub-predição de eventos negativos e o excesso de previsão de eventos positivos, ou a supervalorização do controle sobre eventos negativos, se encaixa notavelmente bem nas causas de falência. (Tradução do autor) HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising: Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges. *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. p. 3.

⁵⁵⁷ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 72-73.

⁵⁵⁸ “determinamos o tempo de existência das coisas exclusivamente pela imaginação, a qual não é afetada pela imagem de uma coisa futura da mesma maneira que pela imagem de uma coisa presente. Daí que o conhecimento verdadeiro que temos do bem e do mal só pode ser abstrato e universal; e que o juízo que fazemos sobre a ordem das coisas e a conexão das causas, para podermos determinar o que é, no presente, bom ou mau

é intrínseco ao ser humano que, segundo Kilborn, age de acordo com três fatores: frequência, novidade e importância. Por isso, se recentemente houve a queda de um avião, ainda que os riscos sejam os mesmos – ou até menores já que a atenção daqueles que trabalham com isso será redobrada – as pessoas tendem a não se utilizar deste meio de transporte por um tempo. E não há argumento racional - tal como comprovar matematicamente que a proporção de acidentes fatais no trânsito é maior - que altere o comportamento daquele indivíduo. Somente quando os meios de comunicação e as pessoas de seu convívio deixarem de comentar o assunto, sua avaliação do risco mudará.

A proximidade do evento danoso também é fator que muda o comportamento, como apontado pela “disponibilidade”. Portanto, enquanto não chegar ao seu conhecimento a ocorrência de um evento negativo próximo, subestimar o risco de sua ocorrência. Assim, ainda que diariamente a imprensa noticie o aumento no número de acidentes envolvendo motocicletas, enquanto um determinado motociclista não presenciar um acidente, não considerará os riscos que seu meio de transporte possui. Ainda que o fato de ter visualizado um acidente em nada tenha aumentado o risco de se acidentar.

A importância daquele determinado objeto também é componente alterador do comportamento. Por esse motivo, os fumantes desconsideram o risco de câncer pulmonar, já que um cigarro, naquele momento, não parece expressivo o suficiente para superar o prazer que ele causa ao fumante, fazendo com que, ao ponderar benefício e risco, o fumante opte pelo benefício. Assim, não se trata só de informação, o problema está na capacidade de processar essa informação quando somos movidos por outros mecanismos que não a razão, tal qual ocorre no consumo de produtos e serviços.⁵⁵⁹

No que tange ao consumo, somos bombardeados muito mais por informações a favor da compra do que contra. A imprensa, vez que outra, noticia uma crise de liquidez, aumento dos níveis de insolvência e casos de dramas pessoais de quem não consegue superar suas dívidas. Por outro lado, a publicidade injeta recordações no sentido de que se pode pagar

para nós, é mais imaginário do que real. Por isso, não é de admirar que o desejo que surge do conhecimento do bem e do mal, no que se refere ao futuro, possa ser muito facilmente refreado pelo desejo das coisas que são presentemente agradáveis.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013. p. 197.

⁵⁵⁹ JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University, 2000. p. 47.

determinado produto em suaves prestações, a começar em data muito distante, com liquidações imperdíveis, inculcando sensações de inexistência de perigo que são consideradas quando da análise dos riscos e consequências da compra.

Portanto, os cientistas citados por Kilborn confirmam o que é notório: os indivíduos supervalorizam benefícios e riscos imediatos e desvalorizam benefícios e riscos futuros. Ambos os sentimentos estão presentes em uma compra a prazo, pois se obtém a vantagem imediata (compre agora) com um custo futuro (pague depois). Faz-se necessária enorme força de vontade para abandonar uma atividade de risco que traz prazeres imediatos.⁵⁶⁰

Por isso Cláudia Lima Marques aduz:

[...] hoje as técnicas legislativas de proteção da “vontade” destes agentes econômicos na formação dos contratos, isto é, garantir uma *autonomia real da vontade do contratante mais fraco*. Esta “vontade” protegida pelo Direito é uma vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda no mercado de consumo, uma vontade racional, na bela expressão de Chardin (*volonté rationnelle*).⁵⁶¹

Há ainda outro viés nos julgamentos: a tendência a manter o *status quo*.⁵⁶² A própria ideia de justiça se baseia neste fundamento que vê na manutenção das coisas (como elas estão) um demonstrativo de equilíbrio. Assim, se alguém causa dano a outrem, deverá recompensar na medida do dano a fim de retornar ao *status quo ante*. Este raciocínio também é levado em conta quando da tomada de qualquer decisão, gerando tendência a não alteração das coisas até que haja uma justificativa razoável que leve à atitude diversa.

Também as influências sociais interferem na tomada de decisão. Conforme afirmado quando se mencionou o reconhecimento e reprodução de atos alheios, pessoas pautam suas atitudes a partir daquilo que absorvem dos outros indivíduos. Conforme Kilborn: “People

⁵⁶⁰ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 67-78.

⁵⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153.

⁵⁶² KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 4.

often think and do what (they think) other people think and do. Partly this is because when a person lacks much personal information, he will sensibly rely on the information of others. [...] And partly this is because of reputational influences.”⁵⁶³ Deste modo, sujeitos costumam se apegar a informações de outros indivíduos a quem consideram confiáveis, sem maiores verificações sobre a informação em si.

Com efeito, há que se levar em consideração, igualmente, a bondade como definidor de condutas, pois além da “bounded rationality” e da “bounded willpower”, Sunstein cita a “bounded self-interest”. Isso porque, quer por uma educação neste sentido, quer por influência social, ou mesmo por uma consciência voltada ao bem coletivo, determinadas pessoas agem visando aperfeiçoar a utilidade do resultado de suas decisões para os outros. Tal comportamento é comum quando se verificam laços afetivos – como entre familiares e amigos - mas também acontece para com desconhecidos. “They care, or act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances.”⁵⁶⁴ Isso pode alterar padrões de conduta esperados, pregados pelo modelo econômico de racionalidade por limitar a otimização da utilidade de sua decisão para si. Isso leva, igualmente, a outros padrões de conduta baseados na noção de justiça e que geralmente pautam os comportamentos, ainda que contrariem interesses pessoais. Mesmo porque, enquanto ser social, é natural que padrões de comportamento considerados positivos sejam reproduzidos no intuito de otimizar a vida em grandes massas.

Esquilos não estabelecem bases para curar a raiva, cobras não ajudam seus semelhantes a atravessar uma estrada, mas os seres humanos conferem grande importância à bondade. Os cientistas chegaram a descobrir que partes do nosso cérebro ligadas ao processo de recompensa são estimuladas quando participamos de atos de cooperação mútua, de forma que ser bondoso talvez represente uma recompensa em si. Muito antes de conseguirmos verbalizar atração ou repulsa, já nos sentimos atraídos pelo bondoso e repelidos pelo malvado.⁵⁶⁵

⁵⁶³ “Muitas vezes as pessoas pensam e fazem o que (acham) que outras pessoas pensam e fazem. Em parte, isso ocorre porque quando uma pessoa não tem muita informação pessoal, ele será sensivelmente levado a confiar nas informações dos outros. [...] e em parte isto é devido a influências de reputação” (Tradução do autor) KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 9.

⁵⁶⁴ “Eles se preocupam, ou agem como se realmente se preocupassem, com os outros, mesmo desconhecidos, em algumas circunstâncias.” (Tradução do autor) JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 16.

⁵⁶⁵ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 97.

Deste modo, pessoas sacrificam seu próprio bem-estar para ajudar aqueles considerados bons, tal qual pessoas sacrificam seu próprio bem-estar para punir indivíduos considerados maus. E quanto menor o sacrifício, mais efetiva será esta motivação no comportamento humano.⁵⁶⁶

Ullmann-Margalit e Sunstein também apresentam uma lista de padrões adotados pelos indivíduos que naturalmente carecem de tempo e conhecimento.⁵⁶⁷ Iniciam apontando para a “regra” (rule), assim como as presunções absolutas (presumptions). Trata-se de ideia pré-concebida, já tida como verdade pelo indivíduo, sendo aplicada como pressuposto de raciocínio. Isso ocorre comumente em casos de decisões repetitivas, em que a similitude de fatores leva o indivíduo a conferir igual tratamento. Há grande perigo em adotar uma regra sem maiores reflexões. Primeiro há o risco de falha na premissa, o que leva a uma conclusão falaciosa. Mas, além disso, há outro problema conhecido dos cientistas do Direito: a “atipicidade diacrônica”, isto é, o congelamento de um pressuposto que poderia estar inicialmente certo, mas que, com a alteração das circunstâncias fáticas, deixou de ser correto.

As leis são regras de conduta que costumam causar este problema, fazendo com que a hermenêutica jurisdicional tenha de adaptá-las ao caso concreto. Tais interpretações das regras por meio de princípios demandam uma ponderação que raramente é feita por aquele que precisa tomar a decisão imediatamente. Assim, a utilização de uma regra preconcebida, como sendo verdade absoluta, gera sofismas quando da tomada de decisão. Além disso, a aplicação inflexível da regra provoca a desconsideração de noções de adaptação ao caso concreto face à sua generalização. Muitas vezes presunções absolutas podem ser tidas como crenças, dada a certeza de sua veracidade pelo seu criador, tornando muito difícil que seja questionada ou refutada, por melhores que sejam os argumentos.

Há ainda os “standards” ou “padrões”, que também levam o indivíduo a considerar um comportamento como necessário, quando da interpretação das regras, provocando decisão baseada unicamente em um saber preconcebido como atalho mental para o julgamento.

⁵⁶⁶ JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 24.

⁵⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000. p. 188-190.

As rotinas (routines) são hábitos conscientes praticados pelos sujeitos na busca por previsibilidade do meio. O desejo pela antecipação mental do futuro acarreta tendência à repetição de atitudes, mesmo que estas não sejam tão benéficas. Assim, por exemplo, se alguém tem o hábito de trancar a porta do escritório sempre que sai, provavelmente trancará mesmo que pretenda voltar em pouco tempo. Ou então, digamos que alguém adote um determinado trajeto para ir de casa ao trabalho levando em conta apenas a beleza do caminho, em detrimento de outras formas de chegar ao mesmo destino de modo mais rápido. Após muito tempo repetindo o mesmo percurso, se um dia este indivíduo se atrasar e precisar chegar o mais rápido possível ao trabalho, provavelmente fará o mesmo percurso de sempre mudando apenas a velocidade empregada no deslocamento, em vez de adotar um dos outros caminhos mais curtos. Neste diapasão, por receio de fugir ao conhecido, pessoas seguem caminhos mais tortuosos ao invés daqueles que seriam os mais benéficos para a sua finalidade.

Essa atitude também pode ser vista no meio empresarial, quando empreendedores que repetem certas práticas por muitos anos negam-se a mudá-las, apesar de racionalmente perceber que novas práticas poderiam trazer ainda mais benefícios. A resistência a mudanças (noção do “sempre fiz assim”) acarreta apego a padrões que se transformam em dogmas absolutamente irracionais.

Os autores apontam também para os chamados “small steps”, ou “pequenos passos”, que são meios de simplificar julgamentos complexos, dividindo-os em pequenas decisões reversíveis. Esse é um método que aumenta a possibilidade de otimização da decisão final ao burlar a decisão imediata. O problema disso é que a demora na decisão também pode acarretar prejuízos, já que o ser humano tem tempo e cognição limitados.

O “picking” é a escolha a partir de um fator aleatório. A dificuldade de algumas decisões leva a soluções ilógicas para contornar a necessidade de julgamento por aquele que tem o dever de decidir. Exemplo disso são as resoluções envolvendo fatores decisórios irrelevantes, como “se chover, irei ao cinema”, ou o uso de uma moeda para “tirar na sorte” quando não há outra regra que auxilie na tomada de decisão.

Quando uma decisão deve ser tomada e não nos sentimos aptos para tanto, recorremos à delegação (delegation), transfere-se o dever a alguém supostamente mais preparado para tal. Confia-se a um familiar ou amigo a incumbência para determinar futuras atitudes. Mas não é apenas o receio de tomar decisões que provoca o uso deste recurso, uma vez que ele é comum em instituições onde há hierarquia entre indivíduos classificados gradativamente dos menos aos mais aptos, ficando estes com a autoridade para a definição das questões envolvendo seus subordinados. Assim, a decisão de um indivíduo sobre algo que lhe diz respeito pode encontrar limitações externas, como ordens superiores, comprometendo a racionalidade da escolha como decorrência da restrição à sua liberdade de escolha, isto é, não há como encontrar a maximização da utilidade (resultado da racionalidade na escolha) se alguém já ordenou que se faça de uma determinada forma.

A determinação da escolha em uma sociedade dinâmica acaba dependendo dos pré-conceitos para permitir uma decisão rápida e isso ocorre quanto às pessoas também, motivo pelo qual a discriminação, embora racionalmente combatida, se mantenha presente no inconsciente coletivo.

As expectativas também geram estereótipos. O estereótipo, afinal, é um modo de categorizar informações, na esperança de prever sensações. O cérebro não pode partir da estaca zero a cada nova situação. Ele precisa partir de algo que já tenha visto, por isso, os estereótipos não são intrinsecamente maus. Eles são atalhos em nossa eterna tentativa de compreender ambientes complicados. É por isso que temos a expectativa de que o idoso irá precisar de ajuda para usar o computador ou que o aluno de Harvard é inteligente.⁵⁶⁸

Assim, pressupomos certas características de alguém com base unicamente em indicadores externos altamente falíveis, mas quanto mais interagimos com os indivíduos e percebemos suas características singulares, mais abandonamos os estereótipos⁵⁶⁹, fruto de suposições oriundas de nossa tendência em categorizar e classificar tudo.

Isso também ocorre com a autoconfiança. Assim como o otimismo que distorce as leis da probabilidade para menosprezar riscos e supervalorizar benefícios no que toca a eventos aleatórios, a autoconfiança faz o mesmo em relação às características pessoais. “É verdade,

⁵⁶⁸ ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 135.

⁵⁶⁹ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 190.

nós superestimamos até nossa capacidade de resistir à nossa capacidade de superestimar nossa capacidade.”⁵⁷⁰

Desse modo, embora a busca racional pela verdade objetiva, nosso cérebro distorce os fatos sem que percebamos para chegar às conclusões que pretendemos. Investigamos, observamos, reunimos evidências e descobrimos padrões, mas ao mesmo tempo o cérebro, para raciocinar, busca antigas conclusões visando analisar os dados colhidos. Essa investigação é permanente, por isso colocamos à prova nossas conclusões, comparando-as com novos dados. Isso significa que o cérebro pode partir de evidências e chegar a conclusões, ou chegar a conclusões e buscar evidências que as comprovem. Ocorre que tal raciocínio esquece a natural propensão de ignorar ou menosprezar o que não se quer ver, assim, há uma tendência em nos agarrarmos a certas conclusões que nos parecem importantes e buscamos argumentos para comprová-las, portanto o “pensamento humano tende de forma consciente a partir da crença para a evidência, não vice-versa.”⁵⁷¹

Leonard Mlodinow, citando Johathan Haidt afirma que “há duas maneiras de chegar à verdade: a maneira do cientista e a do advogado. A mente humana foi projetada para ser tanto cientista quanto advogado, tanto um buscador consciente da verdade objetiva quanto um advogado inconsciente e apaixonado por aquilo em que *quer* acreditar. (...) Podemos dizer que o cérebro é um bom cientista, mas é um advogado absolutamente brilhante.”⁵⁷²

O próprio ato de confiar é, em si, baseado em premissas que orientam o cálculo de risco, abstraindo riscos significativos no intuito de permitir a relação. A irracionalidade do ato de confiar é destacado por Niklas Luhmann, quando comenta a confiança como redutor da complexidade.⁵⁷³ O autor chama atenção para a aceitação de representações e informações (acreditar, confiar verdadeiro) independente de maiores investigações e de quão terríveis podem ser as consequências, caso se mostrem inverídicas.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 235.

⁵⁷¹ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 237.

⁵⁷² MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 237.

⁵⁷³ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 27.

⁵⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 1.

É claro que, apesar dos erros a que tais atalhos podem levar, não há como dispensar as heurísticas ou outros meios de contornar a incerteza sem que a vida se resume a avaliar opções, até porque, por mais falha que seja, a memória pode auxiliar na escolha, principalmente no mundo moderno e acelerado em que julgamentos têm de ser tomados em segundos.

O que, contudo, torna perigoso o uso das heurísticas é a convicção absoluta em fatos muitas vezes errôneos. Assim, para o uso correto desses mecanismos, torna-se necessário, sempre que se estiver diante de uma decisão relevante ou complexa, ponderar os “achismos”, frutos de sugestões prévias com dados concretos e confiáveis, desconsiderando dados exageradamente altos ou baixos, provenientes de fontes não seguras (mesmo experiências próprias, pois se o indivíduo for a exceção, sua amostra não será confiável), similaridade equivocada entre eventos, etc., a fim de reduzir as limitações cognitivas do ser humano.

Todavia, não há como - e nem seria proveitoso - abandonar as heurísticas, pois é da natureza humana valer-se do passado para aperfeiçoar o presente.⁵⁷⁵ Não podemos olvidar, contudo, que muitas destas presunções e heurísticas não obedecem à perfeita racionalidade, pois a capacidade de pensar do ser humano não lhe confere possibilidade absoluta de previsão dos acontecimentos, ao contrário, nossos sentidos captam muito pouco e nossa lógica apenas compreende as reações mais básicas do meio. Daí a necessidade de recorrer a tantos métodos para chegar a uma conclusão. Mas se a capacidade humana de compreender o mundo é limitada, diante da falibilidade dos sentidos e da cognição⁵⁷⁶, também serão limitados os métodos heurísticos e as regras preestabelecidas utilizados para a tomada de decisões. Tomar consciência desta realidade é um grande passo na construção de um sistema de responsabilização mais justo.

É impossível indicar todas as formas utilizadas pelos indivíduos para pôr em prática a racionalidade vez que cada qual opta por adotar apenas alguns dentre os inúmeros fatores determinantes do comportamento na tomada de decisões, mas pode-se adiantar que dificilmente alguma heurística estará baseada em uma racionalidade perfeita, como querem as

⁵⁷⁵ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 187-188.

⁵⁷⁶ STANGROOM, Jeremy. **O enigma de Einstein**. Tradução de Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Marco Zero, 2009. Esta obra apresenta diversos enigmas que demonstram a falibilidade do raciocínio humano.

ciências modernas, pois as pessoas físicas nunca conseguirão abstrair fatores emocionais que limitam a decisão racional. Nicole Chardin define a vontade racional⁵⁷⁷ como “une forme d’action dont l’origine est une raison capable de dominer les impulsions, les passions, les affections, les automatismes divers, du réflexe, de l’instinct et de l’habitude”⁵⁷⁸ Ora, somente uma pessoa jurídica é capaz de afastar tais características tão humanas que nos desviam da plena racionalidade. Só uma pessoa jurídica não decide influenciada pelo impulso, pela paixão, pela emoção, pelo instinto, por mais pragmático e racional que um indivíduo possa ser.

Le principe juridique d’autonomie de la volonté a montré toutes ses imperfections quand il a été confronté aux contrats d’adhésion et plus spécifiquement aux contrats de consommation. En effet ces derniers sont plus emprunts de besoins, de désirs, que de volonté. Et ces besoins, ces désirs sont des forces qui pèsent sur le consommateur “hétéronome”.

Cette inadaptation de l’autonomie de la volonté juridique au consommateur est le révélateur de l’erreur de départ. Les juristes ont voulu voir dans tous les contrats l’existence d’une réaction passionnelle, imitative ou routinière.⁵⁷⁹

A própria Teoria da Escolha Racional⁵⁸⁰ que embasa as teorias econômicas considera “a existência de limites à racionalidade humana e o uso de artifícios decisórios.”⁵⁸¹ Deste modo, não se trata de concluir que o consumidor toma decisões irracionais, elas podem ser ditas racionais porque obedecem a uma lógica.⁵⁸² A questão central é que esta lógica é

⁵⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 779.

⁵⁷⁸ “uma forma de ação, cuja origem é uma razão capaz de dominar os impulsos, as paixões, os afetos, os automatismos diversos, do reflexo, do instinto e do hábito.” (Tradução do autor) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 60. Nota 40.

⁵⁷⁹ “O princípio jurídico da autonomia da vontade mostrou todas as suas imperfeições, quando foi confrontado com contratos de adesão e mais especificamente com os contratos de consumo. Na verdade, estes últimos são mais necessidades de crédito, desejos, vontade. E estas necessidades, estes desejos são forças que afetam o consumidor ‘heterônomo’.

Esta inadequação da autonomia da vontade jurídica para o consumidor é o revelador do erro inicial. Os juristas quiseram ver em todos os contratos a existência de uma reação emocional, imitativa ou de rotina.” (Tradução do autor) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 176-177.

⁵⁸⁰ FAURE, Michael G.; LUTH, Hanneke A.. Behavioural economics in unfair contract terms: cautions and considerations. **Journal of Consumer Policy**. 2011. p.337-338.

⁵⁸¹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de excelente pesquisa realizada sobre as informações dos rótulos capazes de induzir a escolha do consumidor. FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação. **Economic Analysis of Law Review**. EALR, v. 3, n. 1. p. 109-121, jan/jun. 2012.

⁵⁸² “o ideal de emancipação característico do projeto da modernidade e do Iluminismo ainda não se realizou; as promessas de liberdade e igualdade feitas desde então ainda não se cumpriram. Para que possam cumprir-se, o filósofo e sociólogo alemão propõe que comecemos por lançar sobre novos fundamentos toda a nossa compreensão da razão, do ser humano e da sociedade; pede, antes de mais nada, que deixemos de lado o paradigma da consciência e entendamos que a racionalidade não depende diretamente do sujeito, mas da intersubjetividade; que atrelemos, assim, o pensamento a uma lógica de descentralização em relação ao ego.”

previsível e passível de identificação e manipulação por quem detém as informações que sirvam de material para este cálculo. Assim, ainda que haja racionalidade em cada interação subjetiva de mercado, aquele que tem os dados adequados está sempre um passo à frente. Portanto, independente da escolha ser ou não racional, as decisões dos fornecedores, ao adotarem as técnicas de vendas, sempre serão mais pensadas do que a do consumidor que cotidianamente contrata com base em heurísticas, isso é, por meio de uma lógica facilmente identificável por aqueles que buscam meios eficientes de provocar o consumo. E tais técnicas de convencimento acabam por se tornar necessárias àqueles que se lançam em um mercado competitivo de economia liberal e globalizada, pois tudo o que gera lucro e não é proibido, torna-se obrigatório para a sobrevivência no mercado.⁵⁸³ E mais, esse estudo aprofundado do comportamento do consumidor permite identificar qual informação deve ser fornecida e de que modo deve ser fornecida para induzir e até provocar uma decisão.⁵⁸⁴ A assimetria de informação⁵⁸⁵ permite que aquele que vende selecione as informações que serão repassadas àquele que compra, fornecendo uma proposta em um formato que provoque a decisão de assumir a obrigação.

Não há como impedir o uso do conhecimento sobre o consumidor e as limitações cognitivas que o tornam suscetível a induções, portanto, a solução é considerar o mínimo possível as manifestações volitivas dos consumidores que lhes sejam prejudiciais, notadamente quando a sua vontade se limita à aceitação de condições desfavoráveis previamente fixadas pelo fornecedor em contratos de adesão.⁵⁸⁶ É pouco relevante o que o consumidor “quis” ao efetuar a operação de consumo, importa garantir que aquele que paga o custo da produção e não lucra com esta operação não venha a ser lesado.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Organização e introdução Patrick Savidan; Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. VIII. prefácio à edição francesa.

⁵⁸³ WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 485.

⁵⁸⁴ “the current bankruptcy filing explosion is better explained not by strategic borrowers exploiting unwitting lenders but by rational lenders exploiting predictable cognitive weaknesses in consumers.” (a atual explosão de pedidos de falência é mais bem explicada não por devedores estrategistas que exploram credores involuntários, mas por credores racionais que exploram as previsíveis fraquezas cognitivas dos consumidores.) (Tradução do autor) Block-Lieb & Janger apud WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, vo. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 485.

⁵⁸⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel. (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 121-130.

⁵⁸⁶ WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 493.

4.3 RELAÇÕES NEGOCIAIS DE CONSUMO

A minha vontade é forte, mas a minha disposição de obedecer-lhe é fraca.
(Carlos Drummond de Andrade)

A constante exposição de indivíduos às técnicas de incentivo ao consumo leva-nos a velar a heteronomia de forma a confundi-la com autonomia de vontade. O estudo da “manipulação” da vontade dos indivíduos chega a nível tão elevado enquanto ciência, que impede o Direito de atribuir atos exclusivamente a uma vontade espontânea, quando a vontade é sempre reflexo daquilo em que o emitente acredita, confia.

Na noção básica da visão de Adam Smith (...) a economia criou também a figura ilusória de que este ser livre e racional, que seria o consumidor, ao realizar seus desejos no mercado, seria ele, consumidor, o “rei” do mercado, aquele cuja vontade decidiria soberanamente a compra ou a recusa de compra de um produto. No Brasil, a tendência é também radicalizar esta visão econômica do homem, como sujeito de mercado livre, sem sequer considerar o *marketing*, os efeitos da publicidade e da moda, dos métodos agressivos e sentimentais de comercialização e de contratação, e chega-se mesmo a usar ainda esta expressão, que não deixa de ser uma falácia, de “rei do mercado” para os consumidores.

[...] Aquele que era considerado o centro, o “rei” do mercado, perdeu a centralidade, desconstruíram e manipularam sua vontade (ou desejos), sua liberdade de consumo é mera ilusão, este consumidor ideal tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem, no imaginário e no jogo coletivo e paradoxal do mercado de consumo e de *marketing* globalizado dos dias de hoje.⁵⁸⁷

O papel das ciências do vender (marketing, publicidade, etc.) é convencer-nos da necessidade de comprar mais, isso é, de assumir obrigações.⁵⁸⁸ E não pode ser diferente, pois

⁵⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43-44.

⁵⁸⁸ “Carros que desenvolvem tanta velocidade nas estradas que se tem a impressão de que foram abolidas as leis de trânsito; liquidações em shoppings com tão radical diminuição dos preços que antes eram cobrados que se fica imaginando o enorme ‘prejuízo’ que as lojas terão; promoções de grandes redes de supermercados que anunciam vender tudo abaixo do custo a ponto de imaginarmos a anulação dos princípios básicos da ciência econômica e a iminente falência destes grupos; cantores sertanejos proclamando a qualidade insuperável de móveis fabricados em escala industrial, levando-nos a supor que, agora sim, com esses produtos, a casa deles está bem mobiliada. Mais? Os exemplos de indigência mental mascarada ainda são muitos. Atores televisivos exaltando as vantagens de consórcios imobiliários e mostrando como só assim foi possível adquirirem a casa mostrada ao fundo e, felizmente, puderam ter ‘um teto’; heróis do esporte nacional recomendando o consumo de alguns complexos químicos para sustentar a saúde e a vitalidade exemplar; artistas da exibição erotizante sugerindo a obtenção de silhuetas similares às delas a partir do uso fugaz de aparelhos eletromecânicos e a ingestão de poções milagrosas; atores desejados e jovens recomendando beber, como eles, somente a cerveja que atrai todas as mulheres disponíveis, e insinuando serem todas (garrafas e mulheres) ‘one way’ etc. Precisas ter! Precisas comprar! Precisas experimentar! Precisas possuir! Precisas de tudo, a qualquer custo, de qualquer modo! Ora, promessas vãs, momentâneas alegrias, sentidos descartáveis; é o reino das aparências, o primado da reclusão em uma insaciável procura por uma resposta que está além do consumismo tresloucado. Doce mel, terrível veneno.”

cumprem seu papel necessário ao modelo econômico vigente, inclusive porque sempre desempenhou função relevante no comércio, afinal é natural que o fornecedor ressalte pontos positivos relacionados à compra do objeto da venda.

A esse respeito, é curioso notar que há tempos o Direito reconhece que é de se esperar, dentro de alguns limites, que o vendedor crie condições propícias para a venda, incluindo alguma imperfeição nas informações transmitidas a respeito do bem. Nas palavras de Moncada, ‘Há em todo o comércio um *mínimo de fraude*, de insinceridade egoísta, que é considerado *lícito*. Toda a propaganda e reclame comerciais assentam-se nessa base: a *inocente mentira* dos comerciantes! (...) Não esquecer que a palavra comerciante foi historicamente precedida pelas palavras *tratante* e *traficante* sem sentido pejorativo. Contudo, hoje já não se pode chamar isto a nenhum comerciante. Seria ofensivo. É este o chamado *dolus bonus*, caracterizado pelo emprego de razões e argumentos tendenciosos, mas sem a intenção *maléfica* de prejudicar.’⁵⁸⁹

Ainda que se admita essa necessária “falsidade”,⁵⁹⁰ a verdade é que são geradas expectativas nos consumidores, os quais são induzidos a compras irrefletidas - principalmente pela publicidade⁵⁹¹ -, por sua característica de comunicação de massa.⁵⁹² A propaganda é a alma do negócio e o negócio é a alma dessa sociedade de consumo.

O uso da tecnologia para atingir o maior número possível de consumidores tem levado à pasteurização da cultura em um ambiente globalizado e massificado, onde são oferecidas a um público mais amplo possível, sem qualquer fronteira, novidades de entretenimento que divirtam e deem prazer sem exigir qualquer formação ou erudição por parte do consumidor. A cultura como um todo se transforma em artigos de consumo de massa e, para isso, devem ser medíocres a ponto de serem acessíveis a todos, criando o que Vargas Llosa chama de “cultura

CORTELLA, Mario Sérgio. **Não nascemos prontos!**: provocações filosóficas. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 108-110.

⁵⁸⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel. (Org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 123.

⁵⁹⁰ “[...] resta indubitável que toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de ‘falsidade’, entendido tal vocábulo como uma afirmação, quicá eloqüente, mas incapaz de comprovação fática. Tal ocorre porque toda e qualquer mensagem publicitária possui, em maior ou menor grau, um certo exagero quanto às características do produto ou serviço anunciado, e coibir tal carga mínima seria o mesmo que inviabilizar toda a atividade publicitária no mercado.” SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 212.

⁵⁹¹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁹² SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 198-199.

do entretenimento”⁵⁹³ cujas imagens e sons prevalecem sobre as palavras ou ideias transmitidas.⁵⁹⁴

Para essa nova cultura são essenciais a produção industrial maciça e o sucesso comercial. A distinção entre preço e valor se apagou, ambos agora são um só, tendo o primeiro absorvido e anulado o segundo. É bom o que tem sucesso e é vendido; mau o que fracassa e não conquista o público. O único valor é comercial. O desaparecimento da velha cultura implicou o desaparecimento do velho conceito de valor. O único valor existente é agora o fixado pelo mercado.⁵⁹⁵

Essa evolução e massificação das técnicas empregadas criam, hoje, a falsa impressão de que contratamos por livre e espontânea vontade, quando somos bombardeados pela hipnótica mensagem de incentivo às compras estampadas em todos os lugares, desde rádios, televisões, e-mails, outdoors, jornais, revistas, e qualquer outro meio que as ciências identifiquem como sendo pontos de atenção do ser humano. Essa vontade de contratar oriunda da sedução do marketing leva à manifestação neste sentido em contratos cuja redação é imposta pelo fornecedor por meio de cláusulas pré-estipuladas. A vontade, que tradicionalmente compõe o cerne do negócio jurídico, parece ter menor importância para as formas modernas de contratação e deve sofrer mitigação frente aos novos princípios.

O fim da Segunda Guerra Mundial é o marco das transformações no comportamento social. O desenvolvimento tecnológico, a explosão demográfica, o êxodo rural, entre tantos outros fatores que mudaram as sociedades, impuseram que o Estado, pessoa jurídica responsável pelo bem-estar do cidadão, reduzisse a liberdade contratual⁵⁹⁶ tal como concebida

⁵⁹³ “O que quer dizer civilização do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. (...) Outro fator, não menos importante, para que essa realidade fosse forjada, foi a democratização da cultura. Trata-se de um fenômeno nascido de intenções altruístas. (...) Essa louvável filosofia teve o indesejado efeito de trivializar e mediocrizar a vida cultural, em que certa facilitação formal e superficialidade de conteúdo dos produtos culturais se justificavam em razão do propósito cívico de chegar à maioria. A quantidade em detrimento da qualidade. Esse critério, propenso às piores demagogias no âmbito político, provocou no âmbito cultural reverberações imprevistas, como o desaparecimento da alta cultura, obrigatoriamente minoritária em virtude da complexidade e às vezes do hermetismo de suas chaves e seus códigos e a massificação da própria idéia de cultura. (...) Por isso não é de se estranhar que a literatura mais representativa de nossa época seja a literatura *light*, leve, fácil, uma literatura que sem o menor rubor se propõe, acima de tudo e sobretudo (e quase exclusivamente), divertir.” VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 29-31.

⁵⁹⁴ VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 23-24.

⁵⁹⁵ VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 27.

⁵⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51-52.

no Estado liberal⁵⁹⁷, no intuito de proteger os vulneráveis dando efeito ao princípio da isonomia.

A nova teoria contratual⁵⁹⁸ e seus paradigmas inovadores vem para desmentir o mito de que “os homens são livres e iguais e, portanto, capazes de cuidar dos próprios interesses financeiros, de escolher adequadamente o parceiro contratual, bem como de definir o conteúdo do contrato”.⁵⁹⁹ A realidade é que “as pessoas são diferentes e os economicamente mais fortes impõem seus interesses nas mais diversas situações, principalmente no mercado de consumo”.⁶⁰⁰

O mercado hodierno não tem o intuito de produzir bens para serem utilizados, mas sim para serem comprados. Para o consumidor moderno, exposto a tantas técnicas de persuasão, a inutilidade do bem deixa de ser fator negativo na compra, tanto pela desnecessidade quanto pela dificuldade de uso, pois o objetivo da compra não é mais o produto, mas sim o próprio ato da compra que indica uma conquista, uma evolução no caminho da realização pessoal. A felicidade confundida com a acumulação compulsiva de significados concretiza o momento em que o consumidor/trabalhador entrega o fruto de seu labor em troca de uma ilusória “maximização da existência”⁶⁰¹.

Os centros urbanos estimulam a comparação e a competição e promovem acessibilidade aos mais diversos produtos e serviços, o que acaba por criar necessidades que antes não existiam. Tais necessidades têm duração previamente estipulada no intuito de tornar obsoletos os produtos, forçando os consumidores a se manter cativos. Trata-se da “obsolescência programada”⁶⁰² dos bens de consumo, isso é, o lançamento sazonal planejado de produtos no intuito de manter os indivíduos como consumidores, acrescentando-lhes funções, “designs” ou qualquer outra novidade que aparente otimização do produto e dificulte

⁵⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195.

⁵⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

⁵⁹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 316-317.

⁶⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 316-317.

⁶⁰¹ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 80.

⁶⁰² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 42.

o uso das versões anteriores. A identificação e a criação de necessidades atribuem novas condições à sobrevivência.

Nos dizeres de Guy Debord: “A abundância das mercadorias, isto é, da relação mercantil, já não pode ser senão a sobrevivência ampliada.”⁶⁰³ Isso porque com a revolução industrial, a mercadoria invade a vida social constituindo a economia política como “ciência dominante e ciência da dominação”.⁶⁰⁴

Na fase primitiva da acumulação capitalista, “a economia política só vê no proletário o operário”, que deve receber o mínimo indispensável para conservar sua força de trabalho; jamais o considera “em seus lazeres, em sua humanidade”. Esse ponto de vista da classe dominante se inverte assim que o grau de abundância atingido na produção das mercadorias exige uma colaboração a mais por parte do operário. Subitamente lavado do absoluto desprezo com que é tratado em todas as formas de organização e controle da produção, ele continua a existir fora dessa produção, aparentemente tratado como adulto, com uma amabilidade forçada, sob o disfarce de consumidor. Então, o humanismo da mercadoria se encarrega dos “lazer e da humanidade” do trabalhador, simplesmente porque agora a economia política pode e deve dominar essas esferas como economia política. Assim, a “negação total do homem” assumiu a totalidade da existência humana.

O espetáculo é uma premente Guerra do Ópio para fazer com que se aceite identificar bens a mercadorias; e conseguir que a satisfação com a sobrevivência aumente de acordo com as leis do próprio espetáculo. Mas, se a sobrevivência consumível é algo que deve aumentar sempre, é porque ela não para de conter em si a privação. Se não há nada além da sobrevivência ampliada, nada que possa frear seu crescimento, é porque essa sobrevivência não se situa além da privação: é a privação tornada mais rica.⁶⁰⁵

A sociedade de consumo como um todo se baseia na promessa de satisfazer todos os desejos humanos, mas a promessa só se mantém sedutora enquanto o desejo permanece insatisfeito.⁶⁰⁶ O consumidor não pode ficar plenamente satisfeito, pois a sua insatisfação (e consequente infelicidade) perpétua é o que mantém o sistema consumista. “O método explícito de atingir tal efeito é desperdiçar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores. (...) satisfazendo cada

⁶⁰³ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 30.

⁶⁰⁴ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 30.

⁶⁰⁵ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 31-32.

⁶⁰⁶ “(...) somos feitos de tal modo que apenas podemos gozar intensamente o contraste e somente muito pouco o estado.” FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 63.

necessidade/desejo/vontade de tal maneira que eles só podem dar origem a necessidades/desejos/vontades ainda mais novos.”⁶⁰⁷

A criação de necessidades para eternizar a insatisfação e provocar a busca pela felicidade em novos atos de consumo é o motor do sistema de mercado vigente que se tornou o modelo cultural hodierno.⁶⁰⁸ Este é um ponto que os mais geniais doutrinadores já vêm alertando há algum tempo.

Neste sentido, aduz Guy Debord:

O capital já não é o centro invisível que dirige o modo de produção: sua acumulação o estende até a periferia sob a forma de objetos sensíveis. Toda extensão da sociedade é o seu retrato. (...) Quando ela a substitui pela necessidade do desenvolvimento econômico infinito, só pode estar substituindo a satisfação das primeiras necessidades humanas, sumariamente reconhecidas, por uma fabricação ininterrupta de pseudonecessidades que se resumem na única pseudonecessidade de manutenção de seu reino.⁶⁰⁹

O autor complementa mais adiante:

⁶⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 64.

⁶⁰⁸ “Contam que Zeus, o senhor do Olimpo, gostava muito de Tântalo, um de seus filhos mortais, e às vezes lhe concedia o raríssimo privilégio de sentar a mesa com os deuses, comendo o que eles comiam e participando de suas conversas. No entanto, ele traía a confiança que nele depositavam, revelando a seus amigos mortais todos os segredos divinos que caíam em seus ouvidos. Quando Zeus soube disso, resolveu puni-lo de uma forma que se tornasse inesquecível para toda a humanidade, condenando-o a um castigo terrível: de pé, dentro de um pequeno poço de águas cristalinas que lhe chegavam até o queixo, Tântalo sofria uma sede eterna; quando tentava abaixar-se para beber, toda água desaparecia num rápido torvelinho, como se fosse drenada por um ralo invisível. Por sobre o poço, estendia-se a verde folhagem de árvores carregadas de frutos – peras, romãs, figos doces e gordas azeitonas -, que pendiam tentadoramente logo acima de sua cabeça. Contudo, se o infeliz fazia menção de erguer os braços para apanhá-las, soprava um vento forte que as jogava para o alto, para fora de seu alcance. Como não sou imortal, sei que não duraria muito debaixo de um castigo desses. Alimento, sono, abrigo e vestimenta são exigências básicas que me foram impostas desde que o bom pai Adão abandonou o Paraíso. Não tenho escolha: querendo ou não, preciso satisfazê-las para conservar a vida, porque são necessidades que eu herdei da natureza. Friso que são necessidades, não desejos. Estes somos nós que criamos, atribuindo às coisas e às pessoas um valor que não está nelas, mas que vem de nossa própria cabeça. Enquanto as necessidades não sempre as mesmas, os desejos variam de indivíduo para indivíduo, de cultura para cultura; além disso, eles são supérfluos, para o nosso corpo, embora sejam indispensáveis para nossa alma. Pois nosso mundo maluco criou milhões de Tântalos que vivem morrendo de sede, com a água diante dos olhos. O sistema, impiedoso, cria desejos para todos. Com a promessa de transformar a escassez em abundância, anuncia que, em breve, a mesa dos deuses, outrora privilégio dos que podiam pagar, está aberta ao povo. Este, esperando o banquete, vive mergulhado num mundo brilhante que parece estar ao alcance da mão, mas que foge como a sombra, quando se corre atrás dele. O pobre é esse Tântalo moderno, pois vive no suplício desta frustração essencial, humilhante e corrosiva; por um lado, é seduzido pelas ofertas cintilantes que fazem desfilar diante de seus olhos, enquanto, por outro, ele vai sendo mais e mais despossuído dos meios necessários para adquiri-las. Em matéria de castigo, nem Zeus chegaria tão longe.” MORENO, Cláudio. **Um rio que vem da Grécia**: crônicas do mundo antigo. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 67-69.

⁶⁰⁹ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 34-35.

Cada produto específico, que deve representar a esperança de um atalho fulgurante para enfim acender à terra prometida do consumo total, é apresentado cerimoniosamente como a singularidade decisiva. (...) O caráter prestigioso desse produto decorre apenas do fato de ele ter sido colocado por um momento no centro da vida social, como o mistério revelado da finalidade da produção. O objeto que era prestigioso no espetáculo torna-se vulgar no na hora em que entra na casa desse consumidor, ao mesmo tempo que na casa de todos os outros. Revela tarde demais sua pobreza essencial, que lhe vem naturalmente da miséria de sua produção. Mas já aparece um outro objeto que traz a justificativa do sistema e a exigência de ser reconhecido. (...)

Cada *nova mentira* da publicidade é também a *confissão* da mentira anterior. Cada queda de uma figura do poder totalitário revela a *comunidade ilusória* que a aprova unanimemente, e que não passava de um aglomerado de solidões sem ilusões.

O que o espetáculo oferece como perpétuo é fundado na mudança, e deve mudar com sua base.⁶¹⁰

Do mesmo modo, vale a transcrição das brilhantes colocações de Bauman:

Se a busca por realização deve prosseguir e se as novas promessas devem ser atraentes e cativantes, as promessas já feitas devem ser rotineiramente quebradas e as esperanças de realização frustradas com regularidade. Cada uma das promessas deve ser enganadora, ou ao menos exagerada. Do contrário, a busca acaba ou o ardor com que é feita (e também sua intensidade) caem abaixo do nível necessário para manter a circulação de mercadorias entre as linhas de montagem, as lojas e as latas de lixo. (...) É o excesso da soma total de promessas que neutraliza a frustração causada pelas imperfeições ou defeitos de cada uma delas e permite que a acumulação de experiências frustrantes não chegue a ponto de solapar a confiança na efetividade essencial dessa busca.

Além de ser um excesso e um desperdício econômico, o consumismo também é, por essa razão, uma economia do engano. Ele aposta na irracionalidade dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas; estimula emoções consumistas e não cultiva a razão. Tal como ocorre com o excesso e o desperdício, o engano não é um sinal de problema na economia de consumo. Pelo contrário, é sintoma de sua boa saúde e de que está firme sobre os trilhos, é a marca distintiva do único regime sob o qual a sociedade de consumidores é capaz de assegurar sua sobrevivência.⁶¹¹

Importante, também, a leitura da descrição da sociedade de consumo apresentada por Gilles Lipovetsky:

No cerne do novo arranjo do regime do tempo social, temos: (1) a passagem do capitalismo de produção para uma economia de consumo e de comunicação de massa; e (2) a substituição de uma sociedade rigorístico-disciplinar por uma “sociedade-moda” completamente reestruturada pelas técnicas do efêmero, da renovação e da sedução permanentes. Dos objetos industriais ao ócio, dos esportes aos passatempos, da publicidade à informação, da higiene à educação, da beleza à alimentação, em toda parte se exibem tanto na obsolescência acelerada dos modelos

⁶¹⁰ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 46-47.

⁶¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 63-65.

e produtos ofertados quanto os mecanismos da sedução (novidade, hiperescolha, self-service, mais bem-estar, humor, entretenimento, desvelo, erotismo, viagens, lazeres). O universo do consumo e da comunicação de massa aparece como um sonho jubiloso. Um mundo de sedução e de movimento incessante cujo modelo não é outro senão o sistema da moda. Tem-se não mais a repetição dos modelos do passado (como nas sociedades tradicionais), e sim o exato oposto, a novidade e a tentação sistemáticas como regra e como organização do presente. (...) Nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer. Consumir sem esperar; viajar; divertir-se; não renunciar a nada: as políticas do futuro radiante foram sucedidas pelo consumo como promessa de um futuro eufórico.⁶¹²

Tal insatisfação perpétua tem como conseqüência a aniquilação da liberdade do consumidor, pois conforme Bertrand Russell: “No sentido mais abstrato, ‘liberdade’ significa a ausência de obstáculos externos para a realização de desejos. Considerando este sentido abstrato, a liberdade pode ser expandida pela maximização do poder ou por desejos minimizados”.⁶¹³ Assim, o consumidor se vê psicologicamente preso à uma insatisfação, uma “camisa de força mental” que o leva a um círculo vicioso que extermina sua liberdade individual pela pressão social.

A partir das características demonstradas desta sociedade, os fornecedores passaram a valorizar estudos que estimulem as compras. O marketing, a publicidade e as demais “ciências do vender” têm como propósito induzir, ou, nas palavras de Ron Harris e Einat Albin⁶¹⁴, manipular o consumidor. Valem-se dos meios de comunicação de massa para transmitir a mensagem de que o consumidor deve adquirir o produto ou serviço por ele oferecido.⁶¹⁵ Ocorre que desde há muito se percebeu que a simples comunicação informativa⁶¹⁶ voltada a

⁶¹² LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 60-61.

⁶¹³ RUSSELL, Bertrand. **Ensaio céticos**. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014. p. 157-158.

⁶¹⁴ HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges. **Theoretical Inquires in Law**, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁶¹⁵ “O vazio deixado pelo desaparecimento da crítica possibilitou que, insensivelmente, a publicidade o preenchesse e se transformasse atualmente não só em parte constitutiva da vida cultural, como também em seu vetor determinante. A publicidade exerce influência decisiva sobre gostos, a sensibilidade, a imaginação e os costumes. A função antes desempenhada, nesse âmbito, por sistemas filosóficos, crenças religiosas, ideologias e doutrinas, bem como por aqueles mentores que na França eram conhecidos como os mandarins de uma época, hoje é exercida pelos anônimos “diretores de criação” das agências publicitárias.” VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 33.

⁶¹⁶ Citando Baudrillard, Vargas Llosa descreve com maestria a manipulação da informação na sociedade de consumo tecnológica: “A realidade real já não existe, foi substituída pela realidade virtual, criada pelas imagens da publicidade e pelos grandes meios audiovisuais. Há algo que conhecemos como o rótulo de ‘informação’, mas trata-se de um material que, na verdade desempenha função essencialmente oposta à de nos informar sobre o que

um convencimento puramente racional nem sempre é vantajosa para a venda. O apelo às emoções e ao inconsciente do consumidor produz melhores resultados. Por isso comumente os anúncios publicitários são carregados de emoções dramáticas ou humorísticas e também por isso os fornecedores associam o seu produto ao prazer, à ascensão social, etc., inculcando a mensagem de que o consumidor precisa realizar a compra. A argumentação racional nem sempre convence o consumidor, mas principalmente, impede a compra por impulso. Assim, quanto menos racionalidade houver, melhor para o vendedor, pois, por exemplo, se são “as últimas unidades”, a ansiedade de não conseguir o que o consumidor foi levado a crer que “precisa”, leva-o à compra irrefletida. Deste modo, técnicas de venda exploram o medo de perder oportunidades que dita um padrão comportamental. Induzir a uma compra com pressa levando o consumidor a crer que este é o modo de obter ganhos com a “promoção relâmpago” serve unicamente para provocar uma compra irrefletida.

O avanço da tecnologia permite aos fornecedores difundir, em larga escala, narrativas centradas na fantasia dos consumidores. Os mais variados meios de comunicação de massa servem de plataforma para iludir o consumidor através da exploração da sua emoção por meio de cores e movimentos agradáveis, ideias criativas que surpreendem para associar a compra ao prazer, à felicidade e à transformação da vida.

O modelo cultural da sociedade do consumo atribui contornos transcendentais ao ato de consumir, gerando um simulacro que pretende servir de sentido à própria vida. A busca por uma felicidade identificada com o bem-estar das compras quer servir de paraíso ilusório e propósito para todo o esforço cotidiano que é compensado e se justifica ao se atribuir caráter sacralizado ao consumo.

A filosofia, como poder do pensamento separado e pensamento do poder separado, jamais conseguiu, por si só, superar a teologia. O espetáculo é a reconstrução material da ilusão religiosa. A técnica espetacular não dissipou as nuvens religiosas

ocorre ao nosso redor. Ele suplanta e torna inútil o mundo real dos fatos e as ações objetivas: são versões clônicas destes, que chegam até nós por meio das telas da televisão, selecionadas e temperadas pelos comentários dos ilusionistas que são os profissionais dos meios de comunicação, versões que em nossa época ocupam o lugar daquilo que antes se conhecia como realidade histórica, conhecimento objetivo do desenvolvimento da sociedade. As ocorrências do mundo real já não podem ser objetivas; nascem minadas em sua verdade e consistência ontológica por esse vírus dissolvente que é sua projeção nas imagens manipuladas e falsificadas da realidade virtual, as únicas admissíveis e compreensíveis para uma humanidade domesticada pela fantasia midiática dentro da qual nascemos, vivemos e morremos (nem mais nem menos que os dinossauros de Spielberg).” VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 71.

em que os homens haviam colocado suas potencialidades, desligadas deles: ela apenas os ligou a uma base terrestre. Deste modo, é a vida mais terrestre que se torna opaca e irrespirável. Ela já não remete para o céu, mas abriga dentro de si, sua recusa absoluta, seu paraíso ilusório. O espetáculo é a realização técnica do exílio, para o além, das potencialidades do homem; a cisão consumada no interior do homem.⁶¹⁷

Essa é a mensagem espalhada na sociedade do espetáculo que pretende, cada vez mais, retirar o conteúdo racional do ato de consumo. Nos dizeres de Daniel Sica da Cunha, “a mass media e outros meios de manipulação do corpo social desmantelaram, empiricamente, o dogma da vontade.”⁶¹⁸

A chamada “antropologia do consumo” investiga, por meio de pesquisas elaboradas, como os consumidores fazem suas escolhas. Aparelhos sofisticados examinam o movimento do olho humano diante de uma prateleira, o tempo gasto, o que o seduz e, principalmente, como chegar às operações subconscientes que levem o consumidor à compra. Segundo estimativas, estamos expostos a trinta mil anúncios de televisão por ano, sendo enviados cerca de 7,3 bilhões de e-mails comerciais e *spams* por dia.⁶¹⁹

A escolha do consumidor é cada vez mais mitigada porque passou a ser facilmente manipulada eis que previsível diante da grande quantidade de informações que o fornecedor tem sobre o comportamento dos consumidores em geral e, na sociedade tecnológica, de informações sobre um consumidor específico que deliberadamente fornece seus dados e preferências na rede mundial de computadores. O Facebook nunca teve o propósito de ser um mero programa de interação social, sua função é coletar o maior número de dados dos consumidores para que as ofertas sejam direcionadas. Muitos aplicativos dos *smartphones* são gratuitos, pois o consumidor paga com suas informações. Não desembolsa valores efetivamente, mas permite o acesso ao seu comportamento na rede. Os fornecedores sempre investigaram a forma com que os consumidores fazem suas escolhas, mas em uma sociedade tecnológica isso gera um agravamento do déficit informacional do consumidor frente ao

⁶¹⁷ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 19.

⁶¹⁸ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶¹⁹ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário. p. 51.

fornecedor. Empresas de pesquisa especializadas analisam dados comportamentais⁶²⁰ como, por exemplo, o primeiro local para onde foca sua visualização, o tempo gasto na escolha, as preferências de determinados grupos, etc., descobrindo como induzi-lo a manter sua atenção, chegando às operações subconscientes que compõem o ato da compra.

Tudo vira motivo para a compra nesta cultura de celebração do consumo, quer como consolo quando se sente mal, quer como recompensa quando se sente bem, o que gera, na verdade, completa desnecessidade de motivo para o consumo, eis que o propósito não é a aquisição do produto, mas o ato da compra.

Nova relação com o tempo que é igualmente exemplificada pelas paixões consumistas. Ninguém duvida de que, em muitos casos, a febre de compras seja uma compensação, uma maneira de consolar-se das desventuras da existência, de preencher a vacuidade do presente e do futuro. A compulsão presentista do consumo mais o retraimento do horizonte temporal de nossas sociedades até constituem um sistema. Mas será que essa febre não é apenas escapista, diversão pascalina, fuga em face de um mundo desprovido de futuro imaginável e transformado em algo caótico e incerto? Na verdade, o que nutre a escala consumista é indubitavelmente tanto a angústia existencial quanto o prazer associado às mudanças, o desejo de intensificar e reintensificar o cotidiano. Talvez esteja aí o desejo fundamental do consumidor hipermoderno: renovar sua vivência do tempo, revivificá-lo por meio das novidades que se oferecem como simulacros de aventura. É preciso ver o hiperconsumo como uma cura de rejuvenescimento que se reinicia eternamente. Dessa maneira, o que nos define não é bem o “presente perpétuo” de que falava Orwell, mas antes um desejo de perpétua renovação do eu e do presente. Na fúria consumista, exprime-se a recusa ao tempo exaurido e repetitivo, um combate contra esse envelhecimento das sensações que acompanha a rotina diária. É menos a negação da morte e da finitude do que a angústia de fossilizar-se, de repetir, de não mais sentir. À pergunta “O que é modernidade?”, Kant respondia: superar a minoridade, tornar-se adulto. Na hipermodernidade, tudo se passa como se surgisse uma nova prioridade: ficar eternamente voltando à “juventude”. Nossa pulsão neofílica é, em primeiro lugar, um exorcismo do envelhecimento do viver subjetivo: o indivíduo desinstitucionalizado, volátil, hiperconsumista, é aquele que sonha assemelhar-se à uma fênix emocional.⁶²¹

Aliadas a isso, estão as mais diversas técnicas tais como: a disposição das prateleiras, as formas⁶²² e cores⁶²³ das embalagens e rótulos⁶²⁴, o aroma do ambiente⁶²⁵, a música

⁶²⁰ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário, p. 51.

⁶²¹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 79 a 80.

⁶²² Mesmo a fonte da letra influencia: “Nessa pesquisa, os participantes liam a receita de um prato japonês e depois tinham de avaliar a quantidade, o esforço e a habilidade que a receita exigiria, bem como a possibilidade de preparar o prato em casa. Os que tiveram de ler a receita numa letra difícil de decifrar consideraram a receita mais difícil e disseram que seria pouco provável preparar o prato em casa. Os pesquisadores repetiram o experimento, mostrando a outros sujeitos uma página descrevendo um exercício de rotina, em lugar de uma receita, e encontraram resultados similares: os sujeitos consideravam o exercício mais difícil e diziam que tinham menos probabilidade de acertar se as instruções estivessem impressas numa fonte difícil de ler. Os

apropriada⁶²⁶, o atendimento personalizado⁶²⁷, o conforto, a climatização com o propósito de criar o que Jean Baudrillard chamou de “primavera-perpétua,”⁶²⁸ correspondências personalizadas, brindes, inclusão da palavra “grátis” na oferta⁶²⁹, o merchandising, o *teaser*⁶³⁰, a publicidade com conteúdo emocional, entre outras armadilhas que têm como propósito tirar ao máximo a racionalidade da compra, pois um consumidor impulsivo é mais facilmente manipulável, uma vez que a persuasão racional não é o método mais eficaz para a venda.

The proposition that retailers attempt to influence consumers' shopping experiences, often with manufacturer cooperation and funding, is not controversial. Supermarkets

psicólogos chamam isso de “efeito fluência”. Se a *forma* for difícil de assimilar, isso afeta nosso julgamento quanto à *substância* da informação.” MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 29.

⁶²³ HELLER, Eva. **A psicologia das cores**: como as cores afetam a emoção e a razão. trad. Maria Lucia Lopes da Silva. São Paulo: Gustavo Gili, 2013.

⁶²⁴ O consumidor não tem conhecimento específico sobre o produto o que gera dificuldades para decidir qual possui maior nível de excelência e assim, se guia pela arte visual.

⁶²⁵ E até do próprio produto pode apresentar um aroma agradável: “No estudo sobre meias, os sujeitos examinaram quatro pares de meias de seda que, sem que soubessem, eram absolutamente idênticos, com a única diferença de terem sido levemente perfumados com aromas diferentes. Os sujeitos “não tiveram dificuldade em dizer qual par era melhor”, e afirmaram ter percebido diferenças de textura, trama, tato, brilho e peso. As meias com um aroma específico foram preferidas às outras, mas os sujeitos negaram ter usado o aroma como critério, e apenas seis dos 250 testados chegaram a notar que as meias estavam perfumadas.” MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 31-32.

⁶²⁶ “No estudo sobre vinhos, foram colocados quatro vinhos franceses e quatro alemães, dos mesmos tipos e com os mesmos preços, nas prateleiras de um supermercado da Inglaterra. Em dias alternados, tocavam-se canções francesas ou alemãs num aparelho de som no alto da prateleira onde estavam dispostas as garrafas. Nos dias em que tocava a música francesa, 77% dos vinhos comprados eram franceses, enquanto nos dias da música alemã, 73% dos vinhos eram alemães. Nitidamente, a música foi um fator crucial no tipo de vinho que os consumidores escolheram comprar. Mas, quando indagados se a música tinha influenciado sua escolha, só um comprador em cada sete respondeu que sim.” MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 31.

⁶²⁷ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário. p. 59.

⁶²⁸ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 25.

⁶²⁹ No terceiro capítulo de sua obra intitulado “o custo do custo zero: porque é comum pagarmos demais quando não pagamos nada”, Ariely demonstra o significativo incremento nas vendas de produtos que afirmam oferecer vantagens de graça. “O verdadeiro chamariz do grátis está vinculado a esse medo. Não existe possibilidade visível de perda quando escolhemos alguma coisa grátis (não precisamos pagar).” ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 41-53.

⁶³⁰ “The hallmark of behavioral accounts of borrowing behavior in the credit card market is that consumers are ‘seduced’ into a dangerous slide into debt by issuer competition on short-term features such as rewards programs and teaser rates. [...] zero annual fees, and reward programs are not signs of healthy competition in the credit card market, but traps for unwary consumers that justify paternalistic intervention.” (A marca registrada do comportamento em contas de empréstimos no mercado de cartões de crédito é que os consumidores são ‘seduzidos’ para um perigoso deslize às dívidas pela concorrência entre emissores de empréstimo a curto prazo, tais como programas de recompensa e taxas tentadoras. [...] Anuidades zero e programas de recompensa não são sinais de uma sã concorrência no mercado de cartões de crédito, mas armadilhas para os consumidores desavisados que justificam uma intervenção protetiva.) (Tradução do autor) WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 475-476.

compete for the favor of customers and to increase purchases by using music to influence the mood of shoppers, designing the store layout to maximize sales, by locating impulse items at the checkout counters, and by placing staple items on opposite ends of the store to increase total shopping time. Manufacturers also spend billions of dollars annually on point-of-purchase advertising and premium shelf space. Manufacturers and retailers analyze scanner data and use computer simulations to inform shelf space allocation decisions. The decision to place a particular brand of soda or breakfast cereal in the highly valuable eye-level real estate is not random, but the outcome of a complex decision-making process that is the outcome of the competitive process and designed to maximize profit.⁶³¹

Assim, no momento em que todos os fornecedores percebem que estes meios de explorar a emoção e o subconsciente em detrimento de uma escolha consciente facilitam a venda, tais meios se tornaram indispensáveis para a sobrevivência das empresas no mercado. Trata-se de uma corrida para a mitigação da racionalidade na manifestação de vontade do consumidor. Isso deve ser levado em consideração pela teoria contratual.

Na maioria das vezes o consumidor sequer percebe que seus atos são previsíveis e manipuláveis. Um estudo distribuiu pipocas boas e ruins de diferentes tamanhos e concluiu que mesmo aquelas que tinham um gosto propositalmente ruim eram mais consumidas do que as com sabor considerado bom se colocadas em pacotes maiores.

Usei aspas na palavra “decidir” porque ela costuma conotar uma ação consciente. É improvável que tais decisões se enquadrem nesta definição. Os sujeitos não disseram a si mesmos: “esta pipoca está com um gosto horrível, mas é muita, então eu vou me empanturrar”. Na verdade, pesquisas como essa confirmam o que os publicitários há muito desconfiavam – que “fatores ambientais”, como formato da embalagem, tamanho, porção e descrições no menu nos influenciam de modo inconsciente. O que mais surpreende é a magnitude do efeito – e da resistência das pessoas à ideia de que podem ter sido manipuladas. Mesmo reconhecendo às vezes que tais fatores podem influenciar outras pessoas, preferimos acreditar – erradamente – que eles não podem nos afetar.⁶³²

⁶³¹ “A afirmação de que os varejistas buscam influenciar as experiências de compras dos consumidores, muitas vezes com a cooperação do fabricante e de financiamentos, não é controverso. Supermercados competem por clientes e aumentam as compras utilizando a música para influenciar o humor dos consumidores, projetando o layout da loja para maximizar as vendas, localizando itens de impulso nos balcões de check-out, e colocando itens básicos em extremos opostos da loja para aumentar o tempo total de compras. Os fabricantes também gastam bilhões de dólares por ano em publicidade no ponto de compra e em espaço na prateleira superior. Fabricantes e varejistas analisam programas de coleta de dados e usam simulações de computador para basear as decisões sobre a alocação de espaço nas prateleiras. A decisão de colocar uma determinada marca de refrigerante ou de cereal matinal na altamente valiosa parte a altura do olho, não é aleatória, mas o resultado de um processo complexo de tomada de decisão, que é o resultado do processo competitivo e projetado para maximizar o lucro.” (Tradução do autor) WRIGHT, Joshua D. *Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective*. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007. p. 499.

⁶³² MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 28.

“O consumidor comum não é mais forte que Ulisses que se fez amarrar ao mastro de seu navio para não sucumbir ao canto das sereias. O charme da onipresente sereia publicitária é poderosíssimo.”⁶³³

O conhecimento das peculiaridades do raciocínio humano dá uma vantagem insuperável em relação ao consumidor persuadido. Quando a diferença informacional chega ao ponto em que um contratante sabe exatamente o que fazer para causar uma reação específica no outro contratante, não há como dizer que só a vontade compõe este negócio jurídico.

Na sociedade da informação, poucos têm conhecimento para processar todos esses dados com um fim. É ingênuo crer que maior liberdade de informação traria maior igualdade nas contratações ou maior autonomia ao consumidor.

O consumidor tem suas escolhas constantemente vigiadas e manipuladas por técnicas de marketing que esvaziam o conteúdo volitivo das contratações consumeristas. Vejamos o seguinte exemplo: uma loja de televisores expõe em sua vitrine um aparelho de televisão de 30 polegadas, ao custo de R\$1.000,00, ao lado, um de 40 polegadas, por R\$1.500,00 e um terceiro de 50 polegadas, por R\$ 5.000,00. Ou seja, o fornecedor quer vender o aparelho de 40 polegadas. Isso porque aqui já se mencionou o estudo da ancoragem como a tendência de buscarmos referências para as conclusões. Tal estratégia permite concluir que o vendedor dispôs as informações de modo que a única conclusão lógica possível é a de que o televisor do meio está barato, pois se, para ganhar dez polegadas, o consumidor só precisa pagar R\$500,00 com relação ao de 30, mas para ganhar outras dez terá que pagar mais R\$3.500,00, logo, o aparelho de televisão de 50 polegadas é tão somente uma isca. Há apenas uma aparência de escolha, quando na verdade a decisão do consumidor já foi tomada pelo fornecedor quando tornou gritante o prejuízo de comprar os televisores que só servem de referência com seus preços muito acima do preço que custam para fazer parecer que o preço da de 40 polegadas está muito abaixo do preço que custa.

⁶³³ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

Como aduz Bauman, as decisões são tomadas de antemão, “muito antes de o indivíduo se confrontar com o dever (apresentado como oportunidade) de decidir.”⁶³⁴ E esta falácia da plena liberdade de escolha dos consumidores no mercado também é estendida para todas as decisões deste indivíduo que deve se tornar mercadoria para que possa se vender, se autopromover, para se manter vitorioso nesta competitiva sociedade de aparências.

Como em uma paródia macabra do imperativo categórico de Kant, os membros da sociedade de consumidores são obrigados a seguir os mesmíssimos padrões comportamentais que gostariam de ver obedecidos pelos objetos de seu consumo. Para entrar na sociedade de consumidores e receber um visto de residência permanente, homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidos pelos padrões do mercado. Espera-se que se tornem disponíveis no mercado e que busquem, em competição com o restante dos membros, seu “valor de mercado” mais favorável.⁶³⁵

Ademais, desde que a humanidade proibiu atos de violência física, o mais forte passou a ser o economicamente mais forte. Patrimônio é poder econômico⁶³⁶, isto é, quem tem mais pode mais. Quem tem mais recursos, também pode pagar por informação e usá-la para obter mais. A massificação e a tecnologia pasteurizam a informação e a cultura na “hipermodernidade”⁶³⁷ de Lipovetsky, período de “hiperconsumo” em uma sociedade⁶³⁸ onde o Estado está mais preocupado com o aquecimento da economia pelo aumento das vendas do que com a proteção dos economicamente vulneráveis, gerando a exclusão do mercado que se torna uma exclusão da sociedade como um todo, já que esta é calcada no poder de compra.

O Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe: para disputa, resta apenas o culto à concorrência econômica e democrática, a ambição técnica, os direitos do indivíduo. [...] Já faz tempo que a sociedade de consumo se exhibe sob o signo do excesso, da profusão de mercadorias; pois agora

⁶³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 80.

⁶³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 82.

⁶³⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 81.

⁶³⁷ "Embora o hiperconsumo pareça compatível com os valores do humanismo, ele certamente não é a panacéia que garantirá a felicidade humana. O indivíduo hipercontemporâneo, mais autônomo, é também mais frágil que nunca, na medida em que as obrigações e as exigências que o definem são mais vastas e mais pesadas. A liberdade, o conforto, a qualidade e a expectativa de vida não eliminaram o trágico da existência; pelo contrário, tornam mais cruel a contradição." Prefácio de Pierre-Henri Tavoillot. LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 8-9.

⁶³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

isso se exacerbou com os hipermercados e shopping centers, cada vez mais gigantescos, que oferecem uma plethora de produtos, marcas e serviços.⁶³⁹

A situação se agrava quando paulatinamente, a pretexto de fomentar a economia, se abandona o uso da razão para persuadir, ultrapassando os limites da decisão consciente. As técnicas de venda, para além de explorar emoções, não podem desvalorizar sobremaneira a decisão racional eis que hoje a tecnologia permite a veiculação de mensagens com conteúdo subliminar, isto é, “estímulos que nos são enviados de forma dissimulada, abaixo dos limites de nossa percepção consciente, mas capazes de influenciar nossas escolhas, atitudes e motivar as tomadas de decisões posteriores.”⁶⁴⁰ Embora esta seja matéria para o plano da validade, uma vez que haveria um vício de vontade, cabe fazer menção a esta artimanha cujo combate é dever do Direito como um todo.

Hoje já é consenso de que aquilo que percebemos do mundo não corresponde somente aos dados reais transmitidos, mas também a propriedades incutidas pelo cérebro para o processamento desses dados.

O mundo que percebemos é um ambiente artificialmente construído, cujas características e propriedades são ao mesmo tempo produto dos nossos processos mentais inconscientes dos dados reais. A natureza nos ajuda a preencher as lacunas de informação nos dotando de um cérebro que suaviza essas imperfeições, num nível inconsciente, antes mesmo de estarmos conscientes de qualquer percepção. (...) os truques inconscientes que nosso cérebro emprega para criar memórias de eventos – feitos da imaginação, na verdade – são tão drásticos quanto as alterações que operam nos dados brutos recebidos por nossos olhos e ouvidos. A forma como esses truques conjurados pela nossa imaginação completa os rudimentos da memória podem ter efeitos abrangentes e nem sempre positivos.⁶⁴¹

Desde que se percebeu que o subconsciente seria capaz de comandar as atitudes sem que o próprio sujeito tomasse consciência, o mercado tratou de encontrar formas de gravar seus produtos na mente subliminar dos consumidores. Leibniz foi o primeiro a mencionar na antropologia filosófica a importância das ideias inconscientes para a formação do pensamento

⁶³⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 54 e 55.

⁶⁴⁰ PINHEIRO, Henrique Soares. Mensagem subliminar na teoria do negócio jurídico. **De jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010. p. 510.

⁶⁴¹ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 62 e 63.

as interpretando como “mônadas espirituais, infinitamente pequenas, que compõe o universo.”⁶⁴²

Freud⁶⁴³ descreveu o aparelho psíquico afirmando que entre o consciente e o inconsciente, haveria noções e emoções aptas a se tornarem conscientes embora ainda não o sejam, isto é, presentes apenas no chamado “subconsciente”.⁶⁴⁴

Carl Jung foi outro dos principais estudiosos a apontar para as “raízes quase invisíveis de nossos pensamentos conscientes”⁶⁴⁵ frisando a necessidade de se considerar o componente inconsciente do raciocínio criador. Este desenvolvimento despertou a atenção de muitos pesquisadores que passaram a desvendar formas de incutir uma informação em alguém sem que ele perceba, pensando, assim, que a decisão se deu em um processo interno de sua mente.

Mas o grupo de Koch descobriu que, se conseguisse apresentar uma imagem *mudando* a um olho e uma imagem estática ao outro, as pessoas só viam a imagem mudando, nunca a estática. Em outras palavras, se seu olho direito for exposto a um filme com dois macacos jogando pingue-pongue, e seu olho esquerdo a uma foto de uma nota de US\$100, vocês não vai perceber a foto estática, ainda que o olho esquerdo tenha registrado a informação e transmitido ao cérebro. Em certo sentido, essa técnica propicia um poderoso instrumento para criar uma visão às cegas artificial – uma nova forma de estudar a visão inconsciente sem destruir qualquer parte do cérebro.⁶⁴⁶

A Coca-Cola chegou a veicular anúncios publicitários com duração imperceptível conscientemente, mas suficientes para aumentar o número de vendas significativamente até ser proibido. Muito é subliminar nas ciências do vender, como já aqui foi mencionado sobre aromas, cores e sons, o que é aceito e estimulado no mercado competitivo. Contudo, meios quase hipnóticos que induzem uma compra não por destacar pontos positivos do produto ou

⁶⁴² PUCHKIN, V. N., **Heurística**: a ciência do pensamento criador. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 82.

⁶⁴³ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

⁶⁴⁴ PINTO, Manuel da Costa (Org.); **O Livro de ouro da psicanálise**: o pensamento de Freud, Jung, Melanie Klein, Lacan, Winnicott e outros; 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. PUCHKIN, V. N., **Heurística**: a ciência do pensamento criador. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 87.

⁶⁴⁵ RAMOS, Denise Gimenez; MACHADO JR., Pericles Pinheiro. Individualização e subjetivação: os conceitos junguianos de inconsciente coletivo e arquétipo mostram o caráter universal das imagens e dinâmicas do inconsciente que representam modos de estruturação da subjetividade no processo de individualização. In: PINTO, Manuel da Costa (Org.); **O Livro de ouro da psicanálise**: o pensamento de Freud, Jung, Melanie Klein, Lacan, Winnicott e outros; 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

⁶⁴⁶ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 54.

criar o ambiente para a compra, mas por reações provocadas pelo vendedor e desconhecidas do comprador não podem ser admitidas.

Tais reflexões remetem aos alertas de Theodor Adorno⁶⁴⁷, um dos criadores da Escola de Frankfurt que analisou o poder dos meios de comunicação na disseminação da indústria cultural que se vale de novas tecnologias com o propósito da adesão inconsciente das pessoas a este sistema. Tal qual a promessa da felicidade contida nos produtos da sociedade de consumo que se mostra absolutamente ilusória. “A advertência contra a publicidade comercial, que chama a atenção para o facto de que nenhuma firma dá nada de graça, vale em toda parte e, depois da moderna fusão do mundo dos negócios com a política, vale, sobretudo para esta.”⁶⁴⁸

Por isso o consumidor possui presunção absoluta de vulnerabilidade.⁶⁴⁹ A doutrina aponta algumas espécies de vulnerabilidade reconhecendo que o consumidor possui menos conhecimento que o outro contratante sobre o objeto, como o produto ou o serviço (técnica), e sobre as ciências que envolvem a operação de consumo, como direito, contabilidade, economia, etc. (jurídica) ficando social e economicamente frágil perante o fornecedor (fática) diante de um déficit informacional (informacional) que deixa o consumidor exposto às práticas comerciais incisivas próprias de um sistema competitivo.⁶⁵⁰

Pensemos na vulnerabilidade que representa não dispor de uma informação alimentar, de que determinado produto contém elementos geneticamente modificados, ou de que um determinado produto contém elementos geneticamente modificados, ou de que um determinado produto legal de tabaco causa vício e danos a 50% de seus consumidores, qualquer a quantidade utilizada. São informações de boa-fé que um agente da sociedade detém e o outro não. A decisão de “informar” é a decisão e (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro, a informação. Também, no aspecto positivo, o comunicado/informado é uma forma de responsabilidade (*Verantwortung*), a informação leva a imputação (*Zurechnung*) de um agente da sociedade pela confiança criada, a informação/omissão leva à imputação de responsabilidades. Se é poder e se é fonte de responsabilidade, a

⁶⁴⁷ ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. 1947. Disponível em: <<http://antivalor.vilabol.uol.com.br>>. Acesso em; 27 jan. 2014.

⁶⁴⁸ ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. 1947. Disponível em: <<http://antivalor.vilabol.uol.com.br>>. Acesso em; 27 jan. 2014. p. 119.

⁶⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 154-161. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 300. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113.

⁶⁵⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-117.

informação é divisão de riscos, significando justamente compartilhamento, tornar comum (*communicatio-ionis, communico-are, communis*). Nunca antes o vício da informação foi um instrumento de compensação da vulnerabilidade do consumidor. Em temas mais econômicos e menos ligados à pessoa, observa-se também que se multiplicam assim as ações visando apenas alcançar uma informação/documento de consumo, a denotar que esta vulnerabilidade do consumidor não foi ainda suficientemente estudada (ou regulada) e a prática do mercado não é compensatória o suficiente do déficit informacional do parceiro mais fraco.⁶⁵¹

Paulo Valério Moraes identifica uma espécie de vulnerabilidade relacionada com esta superexposição do consumidor a uma variação de estímulos sensoriais, experimentando “uma verdadeira revolução em seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem como resultado, muitas vezes, a incorreta tomada de decisão [...]”.⁶⁵² Trata-se da vulnerabilidade neuropsicológica, uma vez que o consumidor responde a estímulos previamente identificados por um fornecedor que o manipula sem que sequer o consumidor o perceba.

A absoluta falta de equilíbrio entre os contratantes exige intervenção para resgatar a reciprocidade da igualdade material. A isonomia⁶⁵³ deve permitir a flexibilização da manifestação volitiva de quem é vulnerável no mercado e está à mercê do grupo econômico dominante que cria as necessidades e depois redige os contratos que lhes dão acesso. Vale a leitura das lições de Marcos Catalan:

[...] diante da necessidade de contratar, eram – e são ainda hoje – levadas pelo discurso – e pelas condições gerais de contratação – ditado pela classe econômica dominante, problema que se acentua – e, que também por isso pode ser percebido mesmo por olhares menos atentos – em razão de fenômenos como: (a) o êxodo rural; (b) a exploração dos vulneráveis; (c) a crescente especialização do empresariado; (d) as estratégias contemporâneas de *marketing*; (e) o apelo, nada velado, ao consumismo; (f) a sacralização do ter etc.
[...]

⁶⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 159-160. E mais adiante complementa: “Compensar a fraqueza não pode ser apenas exercido mediante a valorização da informação do direito. O segundo foco é a inclusão. Passamos de medidas que restringiam a liberdade do mais fraco, para protegê-lo, a medidas que visam sua integração na sociedade e o reforço de seu acesso igualitário aos bens, serviços e benesses da sociedade atual. Daí que muitas vezes estes dois focos se unem, por exemplo, na proteção contra o assédio de consumo, seja por meio do tempo (direito de arrependimento ou de *cooling-off*), seja pela informação (da imposição de deveres para o mais forte, como o de crédito responsável). Na esteira da função social dos contratos e da propriedade, o próprio poder que representa o direito e as liberdades é funcionalizado. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 196.

⁶⁵² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

⁶⁵³ O próprio Pontes de Miranda já destacava a relevância da isonomia. Em discurso como Embaixador afirmou ser este “o princípio mais importante para o direito atual e de séculos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. O direito na atualidade. RF, t. II, p. 630. apud MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 182.

Noutra banda, fundamento de legitimidade do Direito – como aponta Boa-ventura de Souza Santos – a igualdade material é uma poderosa arma contra o “fascismo contratual” – mecanismo que impõe a aceitação, normalmente em desfavor de um vulnerável, das condições predispostas pela parte mais forte na relação jurídica -, problemas que se acentua, dentre outras razões, por conta: (a) da privatização de serviços essenciais; (b) da crescente concentração do capital nas mãos de minúscula parcela do empresariado; (c) das refinadas técnicas publicitárias etc.⁶⁵⁴

Evidentemente a falta de igualdade contratual não tira o caráter negocial da relação, e há, sim, vontade manifestada, a questão está na importância dada a esta. Por isso Marcos Bernardes de Mello defende que a teoria clássica ainda atende ao contrato após suas mutações, pois a liberdade, ainda que limitada a contratar ou não, ainda existe,⁶⁵⁵ o que não tira a característica contratual dos pactos firmados por adesão. O mesmo ocorre nos chamados contratos necessários, como o seguro obrigatório na compra de automóvel, por exemplo, pois basta não comprar um carro para não ter de pagá-lo, eis a liberdade. “Como se vê, as objeções somente têm alguma razão de ser quando o negócio jurídico é visto segundo as concepções clássicas que o reduzem, erroneamente, a declarações de vontade dirigidas a um fim jurídico, conforme afirmava o voluntarismo d’antanho.”⁶⁵⁶ Isso porque quanto mais provocado o desejo, menos interno ele é. Essa vontade interna é cada vez mais mitigada e assimétrica e por isso não pode ser o único elemento formador do contrato, notadamente o de consumo.

Assim, a confiança⁶⁵⁷ vem a valorizar a autonomia privada do consumidor ao exigir a liberdade de escolha perfeita (informada e sem vícios), buscando manter a racionalidade da escolha.⁶⁵⁸ O próprio dever de cooperação que exige que os contratantes ajam de boa-fé visando o adimplemento, tem como propósito garantir o máximo possível de decisão consciente ao invés de uma liberdade de aparência (*liberté d’apparence*), nas palavras de Nicole Chardin.⁶⁵⁹ Mas não há como olvidar que a liberdade de escolha do consumidor sofre

⁶⁵⁴ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51-56.

⁶⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196 a 199.

⁶⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199 e 200.

⁶⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 279 e 1285-1288.

⁶⁵⁸ Por isso Cesar Santolim bem pondera que a autonomia privada é direito fundamental do consumidor, que deve ter assegurada sua liberdade plena de escolha. SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 82.

⁶⁵⁹ CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 42.

mitigações e que necessariamente terá que confiar no outro contratante para realizar a operação.

Neste diapasão, o princípio da confiança mesmo que não previsto expressamente no CDC, “é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência”.⁶⁶⁰ É justamente a transparência que deve aparecer também no cerne do negócio jurídico de consumo. Além disso, a confiança já está consagrada no CDC no capítulo da responsabilidade civil, no que o Ministro Antônio Herman Benjamin denominou de “teoria da qualidade”, termo que ficou consagrado. Isso porque é legítima a expectativa do consumidor quanto à segurança e utilidade dos produtos e serviços. “Essas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer também o equilíbrio, para restabelecer a força da ‘vontade’, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática, assim como as normas sobre cláusulas e práticas abusivas (arts. 39 e 51).”⁶⁶¹

A confiança também está presente nos artigos que tratam da oferta, da publicidade e do direito à informação. O artigo 30 do CDC⁶⁶² é um exemplo evidente desta preocupação do legislador com as legítimas expectativas criadas no consumidor pelo mercado, além de servir de referência para todo contrato de consumo.

A confiança ganha ainda mais espaço nos contratos a crédito.⁶⁶³ O hábito da venda parcelada, criado a partir da aceitação da lógica do juro embutido mascarado pelo desconto à vista e o juro zero nas parcelas. O mercado percebeu as vantagens do pagamento parcelado e

⁶⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44 e 45.

⁶⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

⁶⁶² art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

⁶⁶³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. **Superendividamento aplicado: Aspectos Doutrinários e Experiência no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. CAVALLAZZI, Rosângela L.; SILVA, Sayonara G. L.; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção do salário. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, 2010. MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. JOBIM, Maria Luiza Kurban. The Real Relation between Microcredit and Development: a critical analysis of the international regulation of financial services. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2012.

tornou desvantajosa a compra à vista. A regra passou a ser a compra a crédito, aproximando ainda mais o contrato da confiança, eis que a própria etimologia da palavra “crédito” remonta ao termo *credere* que, em latim, significa “ter confiança”. A chamada *open credit society* encontrou terreno fértil no modelo econômico do capitalismo em um mercado de massa. A cultura da disciplina rigorosa e da lógica do trabalho como valor vai cedendo espaço para um pensamento mais niilista e individualista com o qual os indivíduos buscam a satisfação imediata de necessidades e a valorização do prazer, gerando incentivo ao consumo conspícuo.⁶⁶⁴

A situação se torna mais grave com o significativo aumento do crédito consignado⁶⁶⁵, modalidade em que o credor desconta a prestação contraída diretamente do salário ou pensão do devedor. Isso é, as instituições financeiras conseguiram que o salário dos trabalhadores e as pensões dos aposentados, impenhoráveis, se transformassem em garantidores do pagamento das dívidas contraídas em tais condições, isto é, praticamente bens penhoráveis⁶⁶⁶, deixando uma camada débil da população sofrendo para sobreviver com o que sobra após o pagamento das parcelas devidas.⁶⁶⁷ Em algumas situações, esses empréstimos são realizados para saldar outras dívidas configurando verdadeiro estado de necessidade, não havendo como falar em voluntariedade ou racionalidade.

Urge a criação de um sistema econômico que estimule e premie virtudes que vão além da manipulação da lei da oferta e da procura,⁶⁶⁸ mas enquanto não adotarmos tal modelo, o

⁶⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

⁶⁶⁵ CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, maio/jun. 2013. CAVALLAZZI, Rosângela L.; SILVA, Sayonara G. L.; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção do salário. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, 2010. p. 74.

⁶⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 6.

⁶⁶⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. **Superendividamento aplicado**: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário. Rio de Janeiro: GZ, 2010. CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, maio/jun. 2013. p. 130.

⁶⁶⁸ “(...) o capitalismo provoca uma confusão total entre *preço* e *valor*, de que este último sempre sai prejudicado. Algo que, no curto ou longo prazo, leva à degradação da cultura e do espírito, que é a civilização do espetáculo. O mercado livre fixa os preços dos produtos em função da oferta e da demanda, e por isso em quase todos os lugares, inclusive nas sociedades mais cultas, obras literárias e artísticas de altíssimo valor ficam diminuídas e são deixadas de lado, em virtude de sua dificuldade e da exigência de certa formação intelectual e de uma sensibilidade aguçada para serem totalmente apreciadas. Como contrapartida tem-se que, quando o gosto do grande público determina o valor de um produto cultural, é inevitável que, em muitíssimos casos, escritores, pensadores e artistas medíocres ou nulos, mas vistosos e pirotécnicos, espertos na publicidade e na

Direito deve buscar a proteção da expectativa gerada nos sujeitos vulneráveis.⁶⁶⁹ “The Law has the potential to correct the market’s failures.”⁶⁷⁰

A sociedade de consumo potencializa a confiança como elemento do contrato e está ainda mais presente quando se trata de contratação a crédito. Assim como nos contratos de adesão e mais ainda nas contratações pela internet, quando o consumidor é obrigado a pagar antecipadamente e acreditar no cumprimento da prestação por um fornecedor que sequer sabe se existe.

Mas como bem alerta Mello, a “massificação da produção e do consumo tornou completamente inviável a solução de questões sobre o defeito dos objetos vendidos, através de procedimentos concebidos ainda pelos romanos”.⁶⁷¹ Além disso, em caso de bem necessário à sobrevivência digna isso não se aplica, pois, onde não há qualquer opção, a vontade perde espaço. Os atos existenciais também demonstram a falha do modelo antigo que não os consegue explicar, eis que se trata de contratos cuja fonte é fática. Assim, cabem às tentativas de reestruturação das bases da teoria contratual que só são possíveis diante das novas concepções que têm se oposto ao dogma do voluntarismo. Isso porque se a responsabilidade civil já passou por profunda reformulação a partir da redução da importância da intenção (vontade) ao estabelecer que em certos casos não se exija o requisito da culpa, na teoria geral dos contratos desta mesma sociedade massificada as adaptações foram mais modestas.

autopromoção ou hábeis em acalentar os piores instintos do público, atinjam à maioria inculta, e suas obras sejam as mais cotadas e divulgadas.” VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 163-164.

⁶⁶⁹ “Todos os dias, parece que o mundo do consumo se imiscui em nossas vidas e modifica nossas relações com os objetos e com os seres, sem que, apesar disso e das críticas que se formularam a respeito dele, consiga-se propor um contramodelo crível. [...] Talvez o trabalho intelectual, por seu caráter insuperavelmente artesanal e apaixonado (*amoureux*), seja o que, aqui e ali, venha a opor a resistência mais obstinada à frivolidade, ao porvir-espetáculo, do mundo.” LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 33-35.

⁶⁷⁰ O Direito tem o potencial para corrigir as falhas do mercado. (Tradução do autor) HYLTON, Keith N. The law and economics of products liability. **Heinonline**, 2013. p. 2458.

⁶⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

PARTE III – CONSENSO DINÂMICO (VONTADE E CONFIANÇA) NO CERNE DO NEGÓCIO JURÍDICO (SÍNTESE)

5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Confiança é um ato de fé que dispensa raciocínio. (Carlos Drummond de Andrade)

A proteção da confiança é fundamental para a concretização da justiça no direito dos contratos, sendo reconhecida como princípio cuja aplicação se estende à Ciência Jurídica como um todo. Por isso, ainda que a definição de princípio não seja o propósito deste trabalho – mesmo porque a matéria é extremamente complexa -, cabe consignar algumas palavras sobre o assunto para só então adentrar ao tema da confiança enquanto princípio contratual.

Princípio é uma espécie de norma. As normas dividem-se em princípios e regras.

A Teoria das Normas⁶⁷² inicialmente baseou-se no critério de abstração para distinguir tais espécies. Afirmava a doutrina que ambos possuem abstração, mas que haveria uma diferença quantitativa, na medida em que nos princípios esta se apresentava em maior grau. Após análises mais aprofundadas, percebeu-se que mais do que possuírem as mesmas propriedades em graus diferentes, princípios e regras possuem propriedades diversas. A distinção qualitativa surge com base nos estudos de Claus Wilhelm Canaris. Sobre este assunto surgem as teorias que trazem novos critérios de distinção, como as do jurista norte-americano Ronald Dworkin, no âmbito da *common law*, e do alemão Robert Alexy, nos estudos do direito continental. Demonstram estes doutrinadores que a diferença entre as espécies de normas está na possibilidade de flexibilização, na medida em que as regras são mais rígidas - nas palavras de Dworkin⁶⁷³: *all or nothing* (tudo ou nada) -, enquanto os princípios permitem ponderação por meio de regras de prevalência, isto é, são mais elásticos. Também os modelos de colisão são diferentes, pois enquanto as regras, normalmente, se excluem quando há conflito (quando se aplica uma, não se aplica outra – *Lex posterior revocat anteriori*, *Lex superior revocat inferiori*⁶⁷⁴, ressalvados os casos de diálogo das fontes⁶⁷⁵) os princípios se

⁶⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶⁷³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991.

⁶⁷⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial

complementam. Nas regras, os conflitos são abstratos, necessários e operam no plano da validade; já, nos princípios, o conflito é contingente. Os princípios levam em conta adequação, necessidade e proporcionalidade. Valendo-me de um termo de Alexy, os princípios são “comandos de otimização”, ou *Optimierungsgebote*.⁶⁷⁶

Portanto, os princípios representam valores⁶⁷⁷, são comandos ou mandamentos de otimização⁶⁷⁸, pois visam dar o norte para a aplicação das leis e permitem sua flexibilização na aplicação do Direito, na medida em que promovem a adequação da regra ao caso concreto. Desta indeterminação surge a subjetividade.

Já as regras se caracterizam pela determinação ao estabelecer claramente, em abstrato, o que é permitido, proibido e obrigatório, visando à coordenação entre as pessoas, por isso o uso dos princípios não dispensa a regra. Não deve haver mais princípios ou mais regras, elas se complementam. O que há é a discussão quanto à maior utilização dos princípios como flexibilizadores das regras, tanto regras impostas pelo estado (leis *lato sensu*) quanto as impostas pela realização de um negócio (contrato). O princípio servirá de razão excludente quando a regra não for cumprida, e isso porque a regra é objetiva e não permite flexibilizações, pois trata do caso em abstrato, enquanto os princípios, embora mais abstratos, tratam da concretização da regra considerando-se as condições do caso prático. Assim, são funções básicas dos princípios: interpretar o direito (Interpretativa), impedir a aplicação da regra caso não seja compatível com o princípio (Bloqueadora) e sistematizar a aplicação do Direito (Integrativa).

do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, 2003. p. 49.

⁶⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁶⁷⁶ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, 2000. p. 294-304. e ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. 75-76 apud ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, 2000. p. 50.

⁶⁷⁷ “No entanto, a maior parte das pessoas em nossa época vem se preocupando mais com as metas (que são pontos de chegada) do que com os princípios (que são pontos de partida). Quais deveriam ser, então, nossos valores? Garantir a integridade da vida, promover a sinceridade das relações interpessoais, realizar a lealdade fraterna e fortalecer a fidelidade ao solidário? Os valores são exatamente os princípios (os começos protegidos por Janus...) e constituem o amálgama que agrega e orienta as atitudes individuais para a efetivação das intenções e finalidades de uma coletividade; valores são referências de conduta (grupal e pessoal) em torno das quais um coletivo compreende e legitima o exercício de suas atividades conjuntas, valores representam a possibilidade de convergência honesta dos propósitos usualmente dispersos na conveniência multifacetada e, quando apropriados (tornados próprios) por cada um, diminuem o risco de se artificializar e retirar autenticidade dos contatos presentes no cotidiano.” CORTELLA, Mario Sérgio. **Não nascemos prontos!**: provocações filosóficas. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 96.

⁶⁷⁸ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, 2000. p. 294-304.

A vantagem da regra está na objetivação de interesses e na impessoalização do Direito. Por outro lado, a sua aplicação pura e simples, sem estar em conformidade com os princípios, causa injustiças na prática. E, por isso, os princípios constitucionais vêm servindo como instrumento de sistematização do Direito⁶⁷⁹, acarretando a constitucionalização de diversas áreas, notadamente a do Direito Privado.⁶⁸⁰ A constitucionalização do direito privado foi o passo mais importante para a superação da ótica voluntarista.

Em outras palavras, o direito privado sofre uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um conseqüente controle estatal, que já foi chamado de “publicização do direito privado” (expressão de Raizer). Esta crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares denota o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.⁶⁸¹

Os princípios não pretendem previsibilidade ou inteligibilidade, mas a instituição de valores na aplicação da regra. Portanto, a regra concretiza o princípio e o princípio adapta a regra ao caso concreto. Máquinas podem reproduzir regras (um semáforo aplica uma regra de trânsito), mas somente pessoas podem aplicar os princípios. E é por isso que sua utilização humaniza as ciências jurídicas.

A grande complicação diz com a aplicação das normas, visto que elas mesmas não determinam como esta se dará. Entra aí a discussão quanto aos limites de tolerância. Conforme os Estatutos da Universidade de Coimbra, no Livro II, Título 3, Capítulo 8, § 5º citado por Pontes de Miranda: “O verdadeiro e legítimo meio da sólida e exata aplicação das leis às causas forenses consiste, precisamente, na boa aplicação das regras e princípios do direito aos fatos [...]”⁶⁸².

⁶⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 232.

⁶⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁶⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução do Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36.

⁶⁸² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 184.

Historicamente, visando trazer segurança jurídica, tentou-se aplicar a regra literal, impondo o que estava previsto em abstrato ao caso concreto. Aplicava-se a regra sem se refletir sobre suas implicações no caso prático e as adaptações necessárias para se atingir o justo. Exemplo clássico é o juiz tratado como “boca da lei” na França. Com o objetivo de superar o positivismo exegético, o Direito passou a resgatar a importância dos princípios como flexibilizadores capazes de adaptar a regra abstrata ao caso concreto, dando discricionariedade ao juiz que passou a humanizar o Direito em detrimento da aplicação fria da lei. Evidentemente que a busca deve ser por equilíbrio, assim que a aplicação exagerada dos princípios também é negativa, pois traz insegurança na medida em que incentiva a arbitrariedade ao impor abstração absoluta. Buscando o ideal de justiça, o Direito tem atravessado extremos do “positivismo” até o “particularismo”, passando pelos intermediários “positivismo presumido” e o “particularismo sensível”. O fato é que a regra é cláusula prévia e por isso não pode prever todas as vicissitudes do caso concreto, somente os princípios são capazes de adaptá-la ao caso permitindo que se atinja uma solução justa.

Por isso a confiança – desde há muito apontado por Cláudia Lima Marques⁶⁸³ -, enquanto princípio ou enquanto valor, permite esta abstração e prescinde de qualquer positividade para servir de fonte de obrigações complementando as noções clássicas de negócio jurídico.

Na bela lição de Bruno Miragem:

A proteção da confiança é atualmente, um dos mais importantes princípios do direito privado. Embora possa parecer paradoxal, em alguma medida isto se dá em razão de uma crise de confiança pela qual passa a sociedade de informação, cuja hipercomplexidade e hiperinformação dão conta de uma ruptura na crença em comportamentos tradicionais, em comportamentos padrões, reclamando-se a necessidade de estabelecimento da garantia da aplicação e efetividade do direito, por intermédio da proteção da confiança individual e social.⁶⁸⁴

Independentemente da distinção entre a confiança valor ou princípio e mesmo das diversas graduações⁶⁸⁵ da legitimidade da expectativa, “a ideia básica é que os sujeitos

⁶⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 279 e 1285-1288.

⁶⁸⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 229.

⁶⁸⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.234.

aderem a relações jurídicas específicas, motivados, exclusiva ou preponderantemente, pela confiança depositada na outra pessoa ou relação jurídica.”⁶⁸⁶

Assim, no intuito de substituir os dogmas⁶⁸⁷ voluntaristas aqui já referidos, cresce a importância dada à confiança.⁶⁸⁸ Ademais, a noção de confiança e de boa-fé sempre orientou o comportamento humano que precisa da premissa da lealdade do alter para se relacionar.⁶⁸⁹

A confiança negocial - enquanto valor que embasa o princípio - já aparece na *Gewere*, figura da teoria do negócio jurídico estudada pelo jurista suíço Eugen Huber em 1894, mas que antes disso já era reconhecida no Direito europeu.⁶⁹⁰ No Brasil, a inclusão deste princípio no ordenamento jurídico se iniciou no Direito Comercial e no Direito Administrativo, sendo que o Direito Privado adotou mais a doutrina alemã resultando em maior utilização da expressão “confiança”, traduzida do alemão *Vertrauens*, enquanto no Direito Administrativo a introdução desta ideia baseou-se na noção anglo-saxã de “legítimas expectativas”, tradução do termo *legitimate expectations*, motivo pelo qual é mais comum esta expressão para referir à mesma ideia, pois ambos partem da mesma noção. Esta proximidade entre as doutrinas não se dá apenas entre diferentes ramos do Direito, mas também em diferentes ordenamentos jurídicos, pois a doutrina da confiança é bastante homogênea no mundo todo, e isso se deve à indispensabilidade da presença deste valor para que seja possível o convívio social.⁶⁹¹ E a percepção da relevância deste princípio tem espreado seus fundamentos a outros ramos do Direito como a responsabilidade civil, uma vez que é considerada causa de

⁶⁸⁶ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 259.

⁶⁸⁷ No sentido de *Leitmotiv*, de tema central, de paradigma.

⁶⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Introdução**: pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

⁶⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 7.

⁶⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Gewere no direito alemão medieval*. In: ASSIS, Araken de (et. al.) **Direito Civil e Processo**: estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 285-292.

⁶⁹¹ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 33.

responsabilização⁶⁹², como ocorre na proteção da confiança na responsabilidade pré-contratual, a antiga culpa *in contrahendo*.⁶⁹³

No direito anglo-saxão a quebra da confiança está sedimentada na *reliance* que protege aquele que de boa-fé deposita sua confiança em algo que legitimamente se podia esperar. Relaciona-se também com outras figuras da *common law* que se aproximam da confiança nos usos do tráfico, como a chamada *law of uses* que deu ensejo ao instituto do *trust* e da *consideration*. Esta última “servia como parâmetro para saber se uma promessa vinculava o promitente ou não.”⁶⁹⁴ Para Luis Renato Ferreira da Silva:

Tradicionalmente, é dito que, para vislumbrar-se a *consideration* em uma relação obrigacional, de modo a torná-la vinculante, esta relação deve ser construída sobre duas bases. De um lado, aquele que promete deve ter alguma vantagem (*benefit*). De outro lado aquele que recebe a promessa deve sofrer um prejuízo (*detriment*) se, por confiar nela, não a vê cumprida. Assim, pela quebra na confiança (*reliance*) depositada na promessa, o seu destinatário acaba por estar numa situação pior do que se a promessa não tivesse sido feita.⁶⁹⁵

Jonh Calamari e Joseph Perillo bem resumem os elementos da *consideration* nos seguintes termos:

Not all promises are enforceable. Generally, an enforceable promise must be supported by consideration. [...]

A promise that is not supported by consideration or its equivalent is not enforceable. For a promise to be supported by consideration, three elements must concur. When they concur, there is a bargained-for exchange – an enforceable contract.

(a) The promise (or a third party on the promisee’s behalf) must incur legal detriment, that is, do what the promisee (or third party) is not legally obligated to do or refrain from doing what the promise (or the third party) is legally privileged to do.

⁶⁹² Para Roberto Lisboa, são funções do princípio da confiança: “a) estabelecer uma relação de complementariedade com o princípio da boa-fé objetiva e demais princípios gerais do negócio jurídico; b) analisar se a expectativa legítima do confiante não foi correspondida; e c) viabilizar a reparação dos danos por violação dos direitos decorrentes da expectativa gerada no confiante.” LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 155-156.

⁶⁹³ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 126. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 141.

⁶⁹⁴ Quatro são as características da *consideration*: “(a) uma promessa não pode ser revogada se prejudicar *vested rights*; (b) a promessa é vinculante quando houver uma obrigação anterior que a justifique; (c) pode-se voltar atrás se houver uma *good reason*, e (d) pode-se reservar o direito de revogar, conforme as expressões utilizadas na promessa.” SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 55.

⁶⁹⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

(b) The detriment must induce the promise. The promisor must have made the promise in exchange, at least in part, for the detriment to be incurred by the promisee (or the third party).

(c) The promise must induce the detriment. This means that the promisee must know of the offer and intend to accept.⁶⁹⁶

Deste modo, a figura da *consideration* permitiu o contraponto às teorias voluntaristas desde o século XIX nos países da *common law*⁶⁹⁷, fazendo com que se dedicassem a esta remodelagem filosófica nos paradigmas do Direito Privado. Assim, a superação da ótica voluntarista é uma realidade também nestes países que, ainda hoje, buscam soluções para os aspectos não solucionados pelas teorias enraizadas na vontade.

Be that as it may, the theories are now out of fashion in both common law and civil law jurisdictions because there is too much they did not explain. The will theorists did not explain why the will itself should be binding. They merely observed that contracts are binding and defined them in terms of the will. Lacking a coherent conception of the will, they never gave a coherent account of why relief is given for mistake or whether it should be given for changed circumstances. They never adequately explained, if all that matters is will, why promises to make gifts should require a special formality. They never explained why sometimes the parties are bound to so-called 'implied terms' which they did not will and, increasingly, are not bound to blatantly unfair terms which they did will.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ “Nem todas as promessas são exigíveis. Geralmente, uma promessa exigível deve estar amparada pela *consideration*. [...]”

A promessa que não for amparada pela *consideration* ou um equivalente, não é exigível. Para uma promessa ser amparada pela *consideration*, três elementos devem concorrer. Quando eles concorrem, há uma troca de barganha - um contrato exigível.

(a) A promessa (ou um terceiro em nome do compromissário) deve suportar o prejuízo legal, isto é, fazer o que o compromissário (ou terceiros) não está legalmente obrigado a fazer ou deixar de fazer aquilo que a promessa (ou de terceiros) é legalmente privilegiada a fazer.

(b) O prejuízo deve provocar a promessa. O promitente deve ter feito a promessa em troca, pelo menos em parte, pelo detrimento a ser incorrido pelo compromissário (ou a terceiros).

(c) A promessa deve provocar o prejuízo. Isto significa que o compromissário deve saber a oferta e pretender aceitá-la.” (Tradução do autor) CALAMARI, Jonh D.; PERILLO, Joseph M. **Contracts**. 3. ed. St. Paul, Minn: West Group, 1999. p. 136.

⁶⁹⁷ GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford University, 2006. p. 287-288.

⁶⁹⁸ “Seja como for, as teorias já estão fora de moda, tanto na *common law* quanto na civil law, porque há muitas questões que elas não explicam. Os teóricos da vontade não explicam por que a própria vontade deve ser obrigatória. Eles apenas observaram que os contratos são obrigatórios e os definiram em termos de vontade. Na falta de uma concepção coerente da vontade, eles nunca deram uma explicação coerente do porquê se releva uma obrigação assumida por engano ou se deve ser relevada quando alteradas as circunstâncias. Eles nunca explicaram adequadamente se tudo o que importa é a vontade, por que promessas de doação exigem uma formalidade especial. Eles nunca explicaram por que, por vezes, as partes são obrigadas a chamados "termos implícitos" que eles não queriam e, cada vez mais, não são obrigados a cláusulas descaradamente abusivas que eles quiseram.” (Tradução do autor) GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford University, 2006. p. 288.

No Direito Privado brasileiro, este novo valor representado pela confiança tem gerado uma revolução, pois nas operações mercantis sempre se partiu da liberdade contratual plena. Nas palavras de Arnaldo Wald:

“Os negócios são os negócios” afirmava-se, considerando que era admissível, e até válido, o “dolo bom” do comerciante que enfatizava as vantagens de uma operação e as qualidades do produto por ele fabricado ou vendido, quer fossem reais ou não. Já agora, a confiança nas afirmações feitas, mesmo que o sejam de modo incidental, a aparência do produto, a representação da empresa e a irretratabilidade da decisão administrativa tomada devem corresponder à confiança que o bom pai de família deposita nos fabricantes ou vendedores de produtos e nas autoridades que tomaram certas deliberações.

O respeito à confiança tornou-se um princípio geral, ultrapassando a fase em que o direito dele tratava incidentalmente. Passou a prevalecer tanto na área privada quanto no setor público, sendo objeto de tratados, leis e decisões jurisprudências em vários países.⁶⁹⁹

“A teoria da confiança tem por principal escopo a defesa das legítimas expectativas que nascem entre os contratantes, quando pactuadas as obrigações que mutuamente são assumidas, criando entre ambos um vínculo contratual.”⁷⁰⁰ Consagrada no Código Civil de 2002 a teoria da confiança, pode-se afirmar, com renovado vigor, que na interpretação das diversas cláusulas de um contrato, devem-se considerar vinculantes os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração.⁷⁰¹ Assim que, mesmo não estando expressamente positivada, a confiança é adotada no Direito brasileiro.⁷⁰²

A valorização da confiança é, no entanto, relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, o que provoca falta de rigor técnico ou dogmático que vem sendo superado pela doutrina contratual.⁷⁰³

[...] percebemos que a proteção da confiança não é uma questão meramente ética ou moral. Ela se consubstancia em um elemento fundamental de nosso modelo jurídico e do contexto social contemporâneo. Nesse sentido, conforme apontado pela doutrina brasileira, a proteção da confiança legítima assume um duplo papel no

⁶⁹⁹ WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 32.

⁷⁰⁰ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 166.

⁷⁰¹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: A exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 377, jan./fev. 2005. p. 240.

⁷⁰² Tal como ocorre no direito alemão, italiano e francês LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34.

⁷⁰³ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 117.

ordenamento: i) ela atua como uma proteção das legítimas expectativas; e, ao mesmo tempo, ii) funciona como justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica. [...]

Afinal, se aceitamos que a relação obrigacional surge não do contrato, mas do próprio contato social entre as partes, a partir do qual a relação se desenvolve, teleologicamente rumo à satisfação do interesse das partes envolvidas, torna-se evidente o papel assumido pela confiança. [...]

Não é absurdo ou meramente retórico, portanto, afirmar que sem uma adequada proteção da confiança legítima o sistema jurídico sequer está cumprindo seu papel. Afinal, o homem que confia, necessariamente, coloca-se numa posição mais frágil e vulnerável, dentro de determinada relação jurídica. Para compensar esta vulnerabilidade, cabe ao ordenamento jurídico garantir um mínimo de segurança para o desenvolvimento das atividades do indivíduo.⁷⁰⁴

Assim, em uma sociedade complexa, nem os contratos nem as leis acompanham o comportamento cultural e o significado dos símbolos que compõe a comunicação nos contatos sociais. O ato de confiar torna vulnerável aquele que crê verdadeiro algo que não está expresso nem no acordo, nem na lei, mas que é capaz de provocar uma expectativa legítima no contexto da contratação.

“Os ordenamentos jurídicos, no entanto, não conseguem ser plenos, isto é, atender com suas normas objetivamente postas todas as situações da vida social que tenham um conteúdo jurídico”⁷⁰⁵, e por isso a confiança está baseada na ideia de normas implícitas que regem o comportamento humano com base na razoabilidade. Por isso, apesar de não contar com disposição legislativa expressa, a confiança legítima permeia todo o ordenamento como um princípio implícito.⁷⁰⁶

A chamada crise de confiança⁷⁰⁷, “típica da atual fase aprofundada da sociedade pós-moderna”⁷⁰⁸, evoluiu para o uso de um paradigma dos contratos mais aparentes, de menos

⁷⁰⁴ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 260-261.

⁷⁰⁵ “Essa atividade reveladora de normas jurídicas com a finalidade de integrar lacunas do ordenamento jurídico não é nem pode ser considerada, em face dos dogmas do positivismo, uma atuação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que o intérprete (geralmente o juiz) na solução dos casos, tomando como fundamento os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico aquele princípio. Assim, não há criação de norma nova, mas apenas, revelação de norma que existe de modo não expresso, implícito, no sistema jurídico.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

⁷⁰⁶ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 267.

⁷⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185. MAZEUD, Denis. Les

personificação e valoração, de mais socialidade e voltado à realização das expectativas legítimas das partes.⁷⁰⁹

A confiança preenche justamente este modelo que a sociedade massificada exige. Sempre atuou como pilar no Direito Civil alemão servindo de fundamento para a “segurança do tráfico jurídico” e por este motivo muitos autores se valem da expressão “*Vertrauens – und – Verkehrsschutz* (confiança e proteção do tráfico)”⁷¹⁰. Além disso, pode-se dizer que a confiança serve de redutor da complexidade (*Vertrauen als Reduktion von Komplexität*)⁷¹¹ da sociedade atual, pois não há como conhecer e prever tudo e por isso certos aspectos ficam pressupostos dada a cultura e o tráfico comum.⁷¹²

Contudo, se a teoria ainda estiver apegada ao dogma voluntarista não se partirá do pressuposto de que determinadas questões estão implícitas nos contratos. O resultado disso são contratos extremamente longos e formais.⁷¹³ Contudo, por mais complexos que sejam, os acordos não conseguem prever tudo, pois se já não previam em tempos de contratação individual, menos ainda nesta era de complexidade, quando tudo é especializado e, portanto, aprofundado.

nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? _____; CHRISTOPHE, Jamin. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 146.

⁷⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

⁷⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

⁷¹⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, out./dez. 1997. p. 175.

⁷¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

⁷¹² Mesmo as teorias mais clássicas reconhecem que “A lei permite, algumas vezes, que se dê relevância legal a circunstâncias não-previstas.” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. 73.

⁷¹³ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

De acordo com o renomado jurista Karl Larenz, este princípio (*Vertrauensprinzip*) é ingênito a toda a ciência do Direito e sua proteção (*Vertrauensschutz*)⁷¹⁴ “é fonte autônoma (*Vertrauenstatbestand*) de responsabilidade (*Vertrauenshaftung*)”⁷¹⁵. Conforme este doutrinador⁷¹⁶, quando alguém age, espera pelas consequências de seu ato, e para que alcance o resultado esperado, deve poder confiar na conduta dos demais e nas condições criadas por estes.⁷¹⁷ Larenz dá uma dimensão social – no sentido do indivíduo frente à sociedade - a este princípio ao relacioná-lo com o princípio da responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*). Ao garantir que os indivíduos livres e sociais (*Selbstbestimmung*) responderão pelos seus atos (*Selbstverantwortung*)⁷¹⁸ e respeitarão a dignidade alheia (*Achtung der Personwürde*), cria-se a harmonia nas relações jurídicas, o que é a finalidade da confiança.⁷¹⁹

É graças à confiança que nos movimentamos em busca de uma relação com os demais. O próprio termo “negócio”, etimologicamente significa não ócio, do latim *nec + otium*, isto é, negociar é agir.⁷²⁰ Ocorre que na atual vida em sociedade (*sozialen Leben*)⁷²¹ esta confiança

⁷¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 186.

⁷¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 76. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁷¹⁶ A ideia da quebra da confiança como fonte autônoma de responsabilidade civil aparece também nos estudos de Claus-Wilhelm Canaris em sua tese *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, publicada em 1971. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 198. LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85.

⁷¹⁷ LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 6. ed. Berlin: Springer, 1991, p. 424: “*Das Vertrauensprinzip ist ein immanentes Prinzip unserer Rechtsordnung...*”. apud MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 76. e MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32.

⁷¹⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, out./dez. 1997. p. 175.

⁷¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31. MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 77.

⁷²⁰ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 268. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

⁷²¹ “A confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (*geordneten Handelns*) do indivíduo.” MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

na conduta alheia nem sempre se mostra eficiente na busca pela harmonia, pois o pragmatismo do pensamento capitalista, cujo foco é sabidamente o lucro, acabou por ensejar a inserção das indenizações decorrentes desta responsabilidade nos cálculos atuariais. Para os fornecedores, muitas vezes, vale a pena causar dano.⁷²²

Justamente esta crise de desconfiança do Direito e de seus instrumentos⁷²³ que deve ser combatida com meios que reforcem a confiança dos indivíduos na efetiva realização de suas expectativas legítimas.⁷²⁴ Este é o propósito do princípio da confiança que originalmente serviu para construção de teorias como as do erro e da aparência⁷²⁵ e hoje se faz presente em todas as relações jurídicas. A confiança é valor fundamental do tráfego negocial porque, como referido, é o que move os indivíduos do ócio para o não ócio (*nec otium*). O negócio resulta de um agir baseado naquilo que se crê como verdadeiro.⁷²⁶

[...] parece bem mais fácil sustentar que o contrato é fonte de deveres das mais distintas ordens porque alguém confiou no compromisso assumido pelo outro do que, como outrora, defender ter havido uma mítica fusão de vontades almejando obrigar os atores sociais, contratualmente vinculados, a desempenharem a prestação prometida.

[...]

Valorizar a confiança é antepor a realidade à(s) ficções jurídica(s). Nesse quadro, a confiança deixa de servir apenas à teoria dos vícios do consentimento e a outras questões pontuais exploradas pela doutrina, projetando seus efeitos de modo a tutelar as legítimas expectativas daquele que confia na conduta prometida pelo outro.

Ademais, sendo inegável que a confiança atua na fase que antecede a formação do contrato – justificando a imposição do dever de reparar os danos pré-contratuais (...) O argumento se reforça quando se infere ser inegável que, na seara das relações de consumo, aquele que induz o surgimento de confiança alheia responderá objetivamente por seu desrespeito.⁷²⁷

No que toca ao Direito do Consumidor, pode-se dizer que a “ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado, criam no consumidor expectativas também legítimas

⁷²² MOSSET ITURRASPE, Jorge. **La confianza en el sistema jurídico**. Mendoza: Cuyo, 2002. p. 10.

⁷²³ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 86-89.

⁷²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 81 e p. 83.

⁷²⁵ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 259.

⁷²⁶ [...] enquanto valor essencial ao tráfego negocial, a confiança faz atuar, permitindo abandonar a inércia [...] desvalorizar a confiança, nessa órbita, é também, de algum modo, desrespeitar o próprio Direito.” (CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 260-261).

⁷²⁷ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 262-269.

de poder alcançar estes efeitos contratuais”⁷²⁸ esperados quando da manifestação da vontade emitida por ocasião da celebração do pacto. A massificação das relações gerou a massificação da produção, do comércio, do consumo, etc., e, por isso, muitas vezes quando há, por exemplo, defeito em um produto ou fraude publicitária, milhões de pessoas são atingidas.⁷²⁹ E diga-se, cada vez mais, o anonimato, a despersonalização, a massificação das relações sociais e a complexidade dos produtos⁷³⁰ reforça “o mandamento de proteção da confiança (*Vertrauensgebot*).”⁷³¹

Visando a segurança do tráfico de massa, têm-se mitigado a importância do princípio da autonomia privada em prol do princípio da confiança. A moderna democracia social parte da filosofia da responsabilidade social do indivíduo da mesma forma que a democracia liberal baseou-se na autonomia privada.

Nos dizeres de Claudia Lima Marques: “é o elemento social, representado pela confiança, assumindo destaque no cenário contratual, fazendo com que seja admitida a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações.”⁷³²

O solidarismo contratual⁷³³ tem permitido este afastamento do voluntarismo.⁷³⁴ O anonimato das relações sociais modernas face à ausência de contato pessoal, de comunicação

⁷²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1285.

⁷²⁹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

⁷³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1287.

⁷³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1286.

⁷³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 279.

⁷³³ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p.75.

⁷³⁴ “É de todos sabido que a teoria atual do contrato, seja no âmbito da lei, da doutrina ou da jurisprudência, assiste a um grande confronto filosófico entre o *voluntarismo* (clássico) e o *comutativismo* (moderno) ou entre o *individualismo* e o *solidarismo*. Enquanto a primeira corrente vê o núcleo do fenômeno na vontade, a segunda o desloca para a cooperação entre as partes. De qualquer maneira, sua função é sempre a de criar obrigações e direitos entre elas. Deveu-se, por outro lado, ao solidarismo, a introdução na área do contrato das preocupações com o equilíbrio, a proporcionalidade e a proscrição do abuso no relacionamento contratual. Essas novas facetas do direito contratual manifestam-se, porém, na linha dos princípios e não do objetivo perseguido pelo contrato, que continua sendo a circulação da riqueza, sob garantia da segurança jurídica. Mas, uma circulação que a própria economia incita aos contratantes a fazê-la sob um figurino de cooperação e confiança mútua.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50.

“olho-no-olho” (*Auge-zu-augekommunikation*)⁷³⁵ e a massificação das relações contratuais, geram a necessária fé que o leigo tem de depositar naquele profissional especializado com conhecimento profundo sobre o objeto do contrato.⁷³⁶ A confiança passa a ser um parâmetro de distribuição dos novos riscos surgidos com a evolução tecnológica.⁷³⁷

Ao realizar uma compra pela internet, por exemplo, os erros são parte do risco do comércio e não podem os consumidores ser responsabilizados. Do mesmo modo, correm por conta do fornecedor os riscos de que partes incapazes celebrem um contrato eletrônico.⁷³⁸

Esta “nova importância da confiança, da aparência, das expectativas legítimas, da publicidade, [...] vêm demonstrada nos artigos 30, 33, 34, 35, 46, 48, 51 e 54 do CDC. Já, no CC de 2002, pode ser encontrada no art. 421 (função social do contrato) e no art. 422 (boa-fé).”⁷³⁹ Também as súmulas 241⁷⁴⁰, 286⁷⁴¹ e 308⁷⁴² do STJ manifestam essa mudança de paradigma.⁷⁴³

O Código Civil, nas belas palavras de Humberto Theodoro Júnior, traz “novos rumos para o Direito Privado, assinalados pela eticidade, socialidade e economicidade”. Para atingir a concreção destes desígnios programáticos foram revistas as figuras dos vícios de consentimento, “valorizando-se mais a teoria da confiança, o que se apresenta como uma forma de prestigiar a boa-fé objetiva no tráfego jurídico”⁷⁴⁴ sem esquecer também que os “novos princípios – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social – não eliminaram

⁷³⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 51.

⁷³⁶ “Quem não sabe colocar sua vontade nas coisas, coloca nelas pelo menos um sentido: ou seja, acredita que já exista nelas uma vontade (princípio da ‘fé’).” NIETZSCHE, Friederich. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 20.

⁷³⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 44-46.

⁷³⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 52 e 57.

⁷³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 74.

⁷⁴⁰ “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”

⁷⁴¹ “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

⁷⁴² “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

⁷⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 74, p. 91 e p. 93.

⁷⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. p. 279.

aqueles em que a ideologia liberalista havia se fixado (liberdade de contratar, força obrigatória do contrato e a eficácia relativa da convenção).”⁷⁴⁵

O mesmo autor complementa: “Na esteira da melhor doutrina e legislação europeias, o novo Código Civil incorpora os três novos princípios que estamos cogitando, quais sejam, o da *boa-fé objetiva* (art. 422), o do *equilíbrio econômico do contrato* (art. 478) e o da *função social do contrato* (art. 421).”⁷⁴⁶ Portanto, pode-se depreender da fusão entre novos e antigos princípios norteadores do Direito Contratual que o CC de 2002 afirma: liberdade de contratar, desde que de boa-fé; obrigatoriedade dos pactos, desde que equânimes; relatividade dos efeitos, mas com reflexos perante terceiros que atendam a sua função social.

A própria reforma do BGB de 2002 alterou a visão liberal deste diploma - que entendia que “uma pessoa livre e informada tinha o poder de decidir (*Entscheidungsmacht*) racionalmente o que consumir e com isso aceitava o risco daí oriundo (*verbundene Risiko*)”⁷⁴⁷ - passando a dar um viés mais social do contrato e a destacar a importância da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*).

Obviamente não é toda confiança que deve ser protegida, como bem afirma Larenz: “Nem toda confiança logra proteção, mas só aquela que parece estar justificada pelas circunstâncias”⁷⁴⁸ É necessário que haja razoabilidade e legitimidade na expectativa da parte, ou seja, deve ser justificada. “A tutela da confiança não deve servir para proteger uma confiança abstrata, prenhe de expectativas preponderantemente subjetivas. Não basta essa confiança: é necessário ainda que o confiante tenha feito alguma disposição de confiança ou algum investimento de confiança, ou seja, que tenha arranjado sua vida de acordo com a suposta situação jurídica.”⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. p. 280.

⁷⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 9.

⁷⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

⁷⁴⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Caluste Gulbenkiam, 1997. p. 515.

⁷⁴⁹ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 201.

No entanto, não se deve considerar protegida toda e qualquer confiança, antes somente a confiança que repousa sobre bases legítimas. É necessário, dessa forma, que a confiança mereça proteção jurídica, o que somente existirá se a confiança proceder de boa-fé, entendida esta na sua espécie subjetiva. (...) Assim, para a verificação do merecimento de proteção da confiança, poderão ser consideradas diversas circunstâncias, tais como a comparação entre as qualidades intelectuais, diferença de experiência ou expertise entre o confiante e o agente, etc., dentro da perspectiva da abertura sistemática por meio da qual o instituto se constitui.⁷⁵⁰

A confiança também conta com elemento ético e, como bem afirma Arnaldo Wald, “a recente jurisprudência incorporou ao direito um valor que anteriormente era simplesmente moral e não jurídico.” e complementa: “A confiança legítima é também considerada criadora de um direito subjetivo, fazendo prevalecer, em determinados casos, a vontade declarada sobre a vontade real”⁷⁵¹.

A doutrina lusitana chega a estruturar a avaliação da legitimidade da expectativa apontando quatro elementos indispensáveis à proteção da confiança: ter sido despertada pela conduta alheia, ser justificada, haver um “investimento de confiança” e a frustração da expectativa criada.⁷⁵² A confiança deve ser medida com base na teoria da aparência decorrente da boa-fé. Esta traz um dever de colaboração entre as partes o que desperta a confiança do contratante a partir da conduta do outro e o significado que ela gera.⁷⁵³

Esta teoria - da aparência - pretende proteger o contratante de boa-fé desconsiderando vício existente, mas não aparente, tornando válida a operação. Embora não haja disposição geral contemplando esta teoria, o ordenamento jurídico brasileiro faz menção a ela em diversas situações, como “o herdeiro aparente (art. 1.817 do CC/2002), o casamento putativo (art. 1561 do CC/2002), a posse do estado de casado, o credor aparente (arts. 309 e 311 CC/2002), o mandato aparente (art. 689 do CC/2002), [...]”⁷⁵⁴, etc.

⁷⁵⁰ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 206-207.

⁷⁵¹ WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 41.

⁷⁵² MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 262.

⁷⁵³ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 46-47.

⁷⁵⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 60.

No que toca ao comércio eletrônico, esta teoria pode ser aplicada, por exemplo, ao golpe por meio de *pharming*, isto é, o *cracker* obtém os dados pessoais da vítima por meio de redirecionamento do *browser* para sites falsos. O internauta, crendo estar em um site legítimo, transfere todos os seus dados – bancários, por exemplo – ao fraudador. Diante da impossibilidade de detecção da fraude por um leigo, a responsabilidade pelos prejuízos causados pelo golpe deve caber ao provedor de acesso do consumidor que o levou ao site falso por meio de um *link*.⁷⁵⁵ Este provedor provocou, por sua atividade – e não se fale em culpa – uma aparência enganosa, gerando um dever de reparar.⁷⁵⁶ Poder-se-ia sustentar, ainda, a responsabilização do proprietário do site original em face do cuidado que deveria ter ante o risco de ter seu site clonado, devendo assegurar-se de que tal não aconteça.

Em decorrência disso, Cláudia Lima Marques defende que, a partir da desmaterialização da própria aparência no ambiente virtual, a confiança surge como um paradigma qualificado para interpretação das relações jurídicas estabelecidas em um meio eletrônico.⁷⁵⁷

No que concerne ao CDC, importante referir ainda acerca do dever de transparência, por relacionar-se intimamente com o tema da confiança e porque orienta o dever de informação.⁷⁵⁸

Nessas relações em que uma das partes é vulnerável, fica ainda mais evidente a necessidade de proteção da confiança, pois serve também para aproximar os desiguais dos

⁷⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 63-64.

⁷⁵⁶ CALAIS-AULOY, Jean. **Essai sur la notion d'apparence em droit commercial**. Paris: LDGJ, 1959, p. 19 apud MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 65.

⁷⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48-49.

⁷⁵⁸ Vera Fradera, comentando o art. 4º deste diploma legal, assim como o “*devoir de transparence*”, afirma, com razão: “En effet, au moment de la formation du contrat, les parties doivent agir de façon loyale et sincère, le fabricant et le fournisseur du service sont tenus à informer le consommateur sur le produit ou sur le service, pour que son consentement soit libre et éclairé.” “De fato, no momento da formação do contrato, as partes devem agir de forma justa e sincera, o fabricante e o fornecedor de serviços são obrigados a informar o consumidor sobre o produto ou serviço, para que seu consentimento seja livre e informado.” (Tradução do autor) FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Les contrats du consommateur. Le consommateur**. Journées Colombiennes. Bogotá: Bruylant et LB2V. Tome LVII, 2007. p. 55.

iguais, notadamente diante da crescente complexidade das relações sociais.⁷⁵⁹ Entretanto, cabe ressaltar que embora nas relações entre desiguais a proteção da confiança seja ainda mais imperiosa⁷⁶⁰ não se pode defender que o princípio da confiança se direciona somente ao Direito do Consumidor como proteção da parte economicamente débil da relação, sua função é tão ampla que abrange o Direito inteiro, como se pretende aqui demonstrar com a sua inclusão na teoria do fato jurídico, pois se trata de “um verdadeiro princípio geral do direito”.⁷⁶¹ A confiança é influência decisiva ou causa da contratação.⁷⁶²

E se essa mudança de visão do Direito Privado se aplica aos contratos em geral, com mais razão deve-se utilizar a confiança como norte para os atos existenciais, pois nesses a vontade é praticamente substituída pela confiança, na medida em que “A concepção do tráfico recebe alguns atos humanos como se fossem manifestações de vontade”⁷⁶³

A ampliação da noção de confiança permite superar a discussão acerca da divergência entre vontade e declaração, pois muda o foco subjetivo da análise para aquele que recebe a declaração e não para o que a manifesta.

O interesse do declaratório aponta, em nome da tutela da confiança, para a irrelevância da divergência entre o “querido” e o “declarado”. Reclama, pois, o interesse da contraparte a proteção das suas legítimas expectativas, ligadas ao sentido objectivo da declaração e assentes no desconhecimento da divergência. [...] A protecção da confiança do declaratório e a auto-responsabilidade do declarante são o verso e o reverso da mesma medalha. [...] Para além destes interesses individuais relevam também os interesses gerais do comércio jurídico (do tráfico jurídico) a reclamarem um regime que assegure a segurança, a fluência e a celeridade da contratação e, portanto, apontam para uma disciplina que tome em conta as legítimas expectativas do declaratório, protegendo a sua boa-fé (conhecimento ou incognoscibilidade da divergência).⁷⁶⁴

⁷⁵⁹ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 140.

⁷⁶⁰ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006. p. 134-135.

⁷⁶¹ WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 44.

⁷⁶² Cláudia Lima Marques lembra as palavras de Canaris ao afirmar que “a confiança deve ser protegida pelo Direito justamente porque é, normalmente, condição, influência decisiva ou causa da conduta negocial, da ‘disposição’ realizada (*kausalzusammenhang zwischen dem Vertrauen und der Disposition*)” MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

⁷⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38, p. 30.

⁷⁶⁴ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 466-467.

Vale destacar que, neste trabalho, há a intenção de ampliar a noção de confiança a fim de representar tudo aquilo que compõe o contrato e não está expresso na manifestação volitiva. A maioria da doutrina refere-se à confiança, no sentido de “confiança no comportamento do outro”, mas ela deve ir além. Confiar é crer verdadeiro, reconhecer como algo existente, real, e é assim que o termo deve ser aplicado ao Direito. A confiança que aqui se refere é aquela depositada em todas as circunstâncias negociais, inclusive - mas não somente - no comportamento dos demais participantes do negócio jurídico. Mesmo porque este comportamento será avaliado a partir de tudo o que compõe o contexto da contratação, tais como as normas previstas pelo ordenamento jurídico⁷⁶⁵, os usos do tráfico e, inclusive, o comportamento legitimamente presumível naquela determinada cultura.

5.1 TEORIA DA CONFIANÇA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Marshall McLuhan, estudioso dos meios de comunicação, previu antes mesmo da invenção da internet os efeitos que os avanços tecnológicos acarretariam na sociedade, publicando, em 1964, a obra “Os meios de comunicação como extensões do homem” e, em 1967, juntamente com Quentin Fiore, “O meio é a mensagem”⁷⁶⁶ quando criou a expressão consagrada “aldeia global”: “Nosso tempo é um mundo novo em folha do tudoaoemesmotempoagora. O ‘tempo’ cessou, o ‘espaço’ desapareceu. Vivemos agora em uma aldeia global (...)”⁷⁶⁷

Pouco tempo depois, em 1969, auge da Guerra Fria, cientistas americanos criaram um meio de interligar os núcleos de pesquisa do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (Advanced Research Projects Agency) visando proteger a rede de informações de um eventual bombardeio, uma vez que estes dados não ficariam em um comando central físico. Este sistema, inicialmente denominado ARPANET (Advanced Research Projects

⁷⁶⁵ Sobre a confiança no Direito Público: SCHONBERG, Soren. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford, 2000. THOMAS, Robert. **Legitimate expectations and proportionality in administrative law**. Oxford and Portland: Hart, 2000. MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no Direito Público. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 127-142, jun. 2006. MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁷⁶⁶ McLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **O meio é a mensagem**: um inventário de efeitos. Tradução de Julio Silveira. Rio de Janeiro: Ímã, 2011.

⁷⁶⁷ McLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **O meio é a mensagem**: um inventário de efeitos. Tradução de Julio Silveira. Rio de Janeiro: Ímã, 2011. p. 62.

Administration) e que tinha fins militares, acabou sendo aproveitado, após o fim da guerra, para conectar universidades e laboratórios.

Em 1985 seu uso foi estendido para além das instituições de ensino, sendo utilizada pela NSF (National Science Foundation), Fundação Nacional de Ciências, sendo que em 1987 passaria a se chamar Internet. Mas a rede só se popularizaria com o surgimento, em 1991, da “World Wide Web”, que traduzida literalmente significaria “rede do tamanho do mundo”.⁷⁶⁸

O seu uso comercial logo foi posto em prática por empresas que perceberam o potencial de comercialização uma vez que poderiam estar com as portas abertas 24 horas por dia, sete dias por semana, o ano inteiro, com poucos empregados ou mesmo nenhum.⁷⁶⁹ No Brasil a popularidade da internet cresce no decorrer da década de noventa e desde então só tem aumentado, sendo fundada, em sete de maio de 2001, a Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico no intuito de propagar o desenvolvimento deste novo meio de consumir.⁷⁷⁰ Conforme dados publicados pela própria Câmara, as vendas a consumidores por meio virtual (B2C) tiveram, somente no ano de 2012, faturamento de R\$22,5 bilhões em um total de 66,7 milhões de pedidos.⁷⁷¹

A rede de informações que não respeita fronteiras encontrou no século XXI o momento perfeito para crescer incredivelmente rápido. Isso porque a globalização é fruto do deslocamento do centro do poder e proteção da pessoa humana dos Estados para os mercados. As regras de concorrência determinam a vida e o comportamento humano enquanto o Estado se afasta cada vez mais.

⁷⁶⁸ REUL, Rodrigo Araújo. A defesa do consumidor e a falta de legislação específica para a regulação do comércio eletrônico no Brasil. **Revista Direito e Liberdade/ Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**, Mossoró, n. 9, p. 255-289, jul./dez. 2008. p. 264. SILVA, Danny Monteiro da. As faces da regulamentação internacional do comércio eletrônico. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 37, maio/ago. 2003. p. 86. SOUZA, Igor Ferry de, GOMES, Magno Frederici. Conflito entre jurisdições nas controvérsias advindas de contratos consumeristas por meios eletrônicos, via Internet. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 888, out. 2009. p. 58.

⁷⁶⁹ SOUZA, Igor Ferry de, GOMES, Magno Frederici. Conflito entre jurisdições nas controvérsias advindas de contratos consumeristas por meios eletrônicos, via Internet. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 888, out. 2009. p. 59.

⁷⁷⁰ REUL, Rodrigo Araújo. A defesa do consumidor e a falta de legislação específica para a regulação do comércio eletrônico no Brasil. **Revista Direito e Liberdade/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**, Mossoró, n. 9, p. 255-289, jul./dez. 2008. p. 267.

⁷⁷¹ www.camara-e.net, 20.03.2013 apud SCHREIBER, Andreson. Contratos eletrônicos no Direito brasileiro – formação dos contratos eletrônicos e direito de arrendimento. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Min. Ruy Rosado de Aguiar jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 42, nota 4.

Nesse contexto, o Direito viu-se obrigado a regular estas novas relações com as armas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico.

O Direito, por seu turno, tem por escopo regular a vida social, garantindo à coletividade o mínimo de dignidade e justiça. Desta forma, a ciência jurídica amolda-se incessantemente às conversões que lhe infunde a mesma sociedade que dirige, adaptando-se àquelas novas tendências comportamentais.⁷⁷²

No âmbito do Direito Internacional, o comércio eletrônico passou a ser considerado pela OMC a partir da Segunda Conferência Ministerial realizada em maio de 1998 na cidade de Genebra. O direito brasileiro vem enfrentando esses novos litígios por meio de uma hermenêutica principiológica da legislação consumerista vigente.

A importância do princípio da confiança aqui abordado fica ainda maior quando se fala na crescente prática dos contratos eletrônicos. Na primeira década do segundo milênio, o Brasil apresentou crescimento no número de internautas da ordem de 1.418,9%.⁷⁷³ E com a proliferação de *smartphones*, a tendência é crescer ainda mais nesta segunda década. Há uma verdadeira revolução a caminho, como afirma Pedro Munar Bernat:

La revolución vivida en el sector de las nuevas tecnologías informáticas y de telecomunicaciones ha llevado surgimiento de un nuevo fenómeno que se ha venido en denominar ‘sociedad de la información’ y en el que todos nos hallamos inmersos.⁷⁷⁴

Tal mudança de comportamento é incentivada pelo governo que, em detrimento da segurança do consumidor, percebeu os benefícios para a economia do incentivo ao consumo que é promovido pela facilidade da compra na internet, além dos potenciais de crescimento proporcionados pela expansão das exportações brasileiras.⁷⁷⁵

⁷⁷² LIMA, Rogério Montai de. Relações de consumo via internet: regulamentação. **Repertório de Jurisprudência IOB**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, v. 3, n. 15, ago. 2007. p. 457.

⁷⁷³ TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática: Saraiva, 2013. p. 130.

⁷⁷⁴ MUNAR BERNAT, Pedro A. Protección de datos en el comercio electrónico. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 275.

⁷⁷⁵ SILVA, Danny Monteiro da. As faces da regulamentação internacional do comércio eletrônico. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 37, maio/ago. 2003. p. 101.

Quanto à obtenção de uma definição de comércio eletrônico, consiste em tarefa relativamente simples, pois se trata da mesma produção, publicidade, venda e distribuição de produtos que caracteriza o comércio tradicional, com a diferença de ter se realizado por meio das redes de telecomunicação.⁷⁷⁶

Para Lorenzetti, as relações jurídicas por meios eletrônicos são uma modalidade de compra e venda a distância realizada por intermédio de equipamentos eletrônicos de transmissão de dados.⁷⁷⁷ Claudia Lima Marques define o comércio eletrônico como sendo “uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica.”⁷⁷⁸

Autores alemães denominam o comércio eletrônico em si como “colocação eletrônica à distância” de produtos e serviços (*elektronischer Fernabsatz*), “tráfego negocial eletrônico” (*elektronischer Geschaeftsverkehr*), ou negócios através da Internet (*Geschaeftsverkehr über das Internet*). A doutrina brasileira prefere denominá-los “contratos eletrônicos” ou “contratos por computador”. Particularmente, prefiro a expressão “contratos do comércio eletrônico”, utilizada por Michel Vivant [...] ⁷⁷⁹

Em outra obra a Professora Claudia Lima Marques acrescenta: “Como se observa, o chamado ‘comércio eletrônico’ é realizado através de contratações a distância⁷⁸⁰, por meios eletrônicos (*e-mail* etc.), por internet (*on-line*) ou por meios de telecomunicação de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, onde há realmente certa ‘desumanização do contrato’ (‘disumanizzazione del contratto’)⁷⁸¹

⁷⁷⁶ SILVA, Danny Monteiro da. As faces da regulamentação internacional do comércio eletrônico. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 37, maio/ago. 2003. p. 86.

⁷⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 76 e p. 91-93.

⁷⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

⁷⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

⁷⁸⁰ FROTA, Mário. Contratos celebrados à distância. **Revista Jurídica Consulex**, ano 5, n. 107, Brasília, 2001. p. 22.

⁷⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 125.

Neste sentido ensina Cesar Santolim que não é apenas a contratação realizada por meio de um computador, mas sim mediante o uso de qualquer tecnologia da informação⁷⁸², havendo três situações diferentes às quais se pode aplicar o termo “comércio eletrônico”:

(a) englobando todas as relações jurídicas realizadas com meios eletrônicos, (b) limitada às relações de conteúdo negocial (‘tráfico econômico de bens e serviços’), ainda que não como decorrência da atividade organizada para este fim (relações jurídicas inter-individuais, ou ‘civis’), ou (c) reduzida às relações comerciais/empresariais e de consumo, cada qual com campos de incidência próprios, e não excludentes, o que significa ser possível que uma relação jurídica seja, simultaneamente, comercial/empresarial e de consumo.⁷⁸³

Portanto, “todo e qualquer ajuste, quando celebrado por intermédio de algum meio eletrônico, pode ser denominado comércio eletrônico”.⁷⁸⁴ E vale dizer, não é necessário que ambos se valham do mesmo meio de comunicação para que se tenha um contrato no comércio eletrônico.

[...] no necesariamente ha de guardarse um paralelismo de formas, esto es, para la perfección del contrato no es necesario que las partes utilicen um médio idéntico de comunicación a la hora de transmitir la oferta y la aceptación, siempre que ambas se realicen por técnicas de comunicación a distancia.⁷⁸⁵

Por esse motivo, a contratação eletrônica não é uma nova modalidade de contratação, é uma contratação comum, como qualquer outra, mas por um meio eletrônico.⁷⁸⁶ Estes contratos do comércio eletrônico⁷⁸⁷ “Seriam contratos em que o fornecedor não teria mais ‘rostro’, não mais apareceria (ou poderia mesmo não existir) fisicamente ou territorialmente, pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa.”⁷⁸⁸

O comércio por meio eletrônico permite alcance a novos mercados, ampliando o número de opções por parte do consumidor. No entanto, ao mesmo tempo torna superficial o

⁷⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.

⁷⁸³ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 57-58.

⁷⁸⁴ VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 112-113.

⁷⁸⁵ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 409.

⁷⁸⁶ VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 114.

⁷⁸⁷ VIVANT, Michel. **Les contrats du commerce électronique**. Paris: Litec, 1999.

⁷⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 119.

contato entre este consumidor e o produto que irá adquirir, bem como com o fornecedor que com ele contrata. Sobre essa forma de consumo, bem leciona Maria Viscasillas:

[...] provoca, de una parte, un acceso inmediato y fácil a nuevos mercados, por los consumidores, que no quedan constreñidos al consumo típico de ‘tienda y almacén’, reflejado, por otra parte, en nuestros códigos decimonónicos, civil y comercio; y de otra, que el consumidor adquiera productos a servicios que no ha podido observar de forma real.⁷⁸⁹

Diante da ausência de uma “[...]” relação direta entre os pactuantes, poderão surgir dificuldades com relação à correta identificação dos sujeitos do contrato, do seu preciso objeto, [...]”⁷⁹⁰, etc.

Como toda contratação a distância, o comércio eletrônico causa certo receio diante da impossibilidade de tocar ou visualizar o objeto da relação negocial.⁷⁹¹ A impessoalidade desta forma de contratação projeta a relevância da confiança para um nível ainda maior do que nos contratos tradicionais. Não se pode mais imaginar uma relação interpessoal no mundo virtual “sem que haja um mínimo de colaboração entre as partes”.⁷⁹² O fator segurança também passa a ser questionado, já que o anonimato permite que terceiros não autorizados realizem atos em nome de outrem.⁷⁹³

Não há como negar que ainda há uma elevada dificuldade de se identificar e localizar o causador de um dano na internet. Além do mais é grande a ocorrência de fraudes, a incerteza quanto à entrega ou quanto à qualidade do bem encomendado, etc.⁷⁹⁴ Provas da

⁷⁸⁹ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 406.

⁷⁹⁰ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 25.

⁷⁹¹ VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 114. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.94 -96.

⁷⁹² VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 111.

⁷⁹³ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 55 -56.

⁷⁹⁴ VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 115-116.

“nova crise do contrato”⁷⁹⁵ anunciada por Claudia Lima Marques e que surge da crise de confiança⁷⁹⁶ em muito proveniente do crescimento do consumo virtual.

Para o direito na pós-modernidade a insegurança jurídica dessa modalidade de contratação decorre de marcantes características do ambiente eletrônico: a imaterialidade, a ausência de fronteiras geográficas, aliada à vulnerabilidade da arquitetura da rede pública de dados.

[...]

Quando utilizados os meios digitais para a formalização da manifestação de vontade, dispensando-se a representação material, é necessário enfrentar a questão da segurança da contratação.⁷⁹⁷

É necessário um reforço na confiança dos contratantes virtuais diante da despersonalização, desterritorialização, desmaterialização, atemporalidade entre tantos outros obstáculos decorrentes desse comércio realizado em um ambiente tão inseguro e hostil ao consumidor aventureiro que ignora os riscos e enfrenta problemas como a dificuldade de identificação do ofertante, a forma de pagamento eletrônico, a proteção à privacidade dos dados pessoais, etc.⁷⁹⁸

“A massificação dos contratos de adesão e das condições gerais contratuais foi o primeiro fenômeno de despersonalização do contrato, por meio de uma nova pluralidade e objetividade. [...] Agora estamos diante de uma segunda crise, da despersonalização extrema.”⁷⁹⁹ A despersonalização no ambiente eletrônico leva a que o fornecedor não tenha um rosto ou mesmo uma sede, bem como a que o consumidor seja um sujeito “mudo” em frente a um *écran* onde não há tempo ou espaço e todas as técnicas de contratação em massa se reúnem. O consumidor perdeu o direito de dialogar com o fornecedor ou seu vendedor sobre suas necessidades e desejos em uma “negociação unilateral”⁸⁰⁰, isto é, a combinação de

⁷⁹⁵ CHRISTOPHE, Jamin. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: MAZEUD, Denis; _____. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 9

⁷⁹⁶ MAZEUD, Denis. Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? _____.; CHRISTOPHE, Jamin. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 146.

⁷⁹⁷ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 160-161.

⁷⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63. FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 169.

⁷⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

⁸⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67.

duas vontades unilaterais isoladas, sem a construção de um consenso, de uma vontade comum.

Nos contratos eletrônicos, há acordo de vontade, há vontade manifestada, mesmo que de adesão e “de conduta social típica”. Logo, há contrato mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor; há uma contratação não presencial. Efetivamente, nos contratos eletrônicos, há uma bilateralidade essencial, mesmo perante uma unilateralidade tão visível do meio. Há bilateralidade de vontades, pois, apesar do fornecedor ser “virtual” e do consumidor ser “massificado”, apesar do oferecer e do eleger serem mais “automatizados”, apesar do Direito abstrair mais do plano da validade e considerar mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada, do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor, do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele, ou no seu computador, há um contrato no plano da existência, juridicamente relevante e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é “velho” – bilateral, o método de contratação é atual – do diálogo apenas virtual -, e o meio de contratação eletrônico é que cria esta desmaterialização do outro, do parceiro contratual.⁸⁰¹

O diálogo era o que assegurava a pessoalidade das contratações, por isso Claudia Lima Marques afirma que o declínio do diálogo seria o “declínio da liberdade”.⁸⁰² Neste raciocínio e trazendo-o para as conclusões deste trabalho, pode-se afirmar que é o declínio da vontade que dá lugar à confiança.

Segundo Lorenzetti, a informática e a economia de informação formam um “sistema especialista” extremamente complexo e anônimo o que gera a mudança de comportamento por parte dos consumidores.

Por exemplo, o consumidor ou usuário atual poderia ser considerado negligente caso fosse aplicada uma norma contratual clássica, porque as investigações que realiza para verificar os dados fornecidos antes da contratação são escassas e geralmente inócuas; atua com base num conhecimento indutivo débil.

Entretanto, não se trata de um problema de negligência, mas sim de uma necessidade, pois caso tivesse que razoavelmente verificar cada ato seria impossível viver, e os custos de transação seriam altíssimos.⁸⁰³

Muda a imagem do contratante médio porque a necessidade de confiar e a dificuldade de ser diligente diante da complexidade dos produtos e serviços do mundo moderno são maiores. Confere-se primazia ao que foi declarado diante da aparência. Embora não haja uma

⁸⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68.

⁸⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67.

⁸⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 282.

expressa manifestação de assunção de riscos e obrigações, a simples aparência gerada por uma conduta e a confiança nos efeitos que dela se espera, imputam obrigações face à expectativa de cumprimento decorrente do tráfico de massas e da conduta social reiterada. Isso gera também maior dever de informação, que deve aumentar com base na maior especialidade e menor objetividade e generalidade de conhecimento sobre o objeto da relação. O ofertante não se vincula pela vontade, mas pela aparência que criou. É a declaração se sobrepondo à intenção. A confiança molda a vontade manifestada.⁸⁰⁴

O comércio eletrônico pode se dar entre⁸⁰⁵ civis/comerciantes, isto é, em uma contratação na qual não estão presentes os elementos da relação jurídica de consumo⁸⁰⁶, chamada de *Business-to-business* ou B2B; ou entre consumidor e fornecedor, quando se tratar de relação de consumo caracterizado como *Business-to-consumer*, o B2C.⁸⁰⁷

O assunto toma ainda maior proporção se considerarmos que a prática do comércio eletrônico, em grande parte, se dá em relações de consumo, nas quais a confiança tem sua aplicação majorada. Cabe destacar, ainda, que na sua esmagadora maioria, as contratações eletrônicas B2C se dão por meio de contratos de adesão o que reforça esta vulnerabilidade.⁸⁰⁸

Nos dizeres de Antônia Klee:

Os contratos de consumo eletrônicos são contratos de adesão celebrados a distância, fora do estabelecimento empresarial, na medida em que o *site* do fornecedor é mera representação do estabelecimento, e com este não se confunde. Em tais condições –

⁸⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283-284.

⁸⁰⁵ E pode-se dar também entre comerciantes/consumidores e o Estado, chamados, respectivamente de B2G (*business to government*) e C2G (*consumers to government*). Alguns autores falam ainda em B2A (*Business to Administration*) e A2C (*Administration to consumer*), A2A (*Administration to Administration*) e até mesmo no direito do trabalho com o B2E (*Business to Employee*). MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39 e Nota 40.

⁸⁰⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. BESSA, Leonardo Roscoe. **Relações de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁸⁰⁷ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 61. AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 85, n. 22. Jan./fev. 2013. p. 227.

⁸⁰⁸ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 445-450. LIMA, Rogério Montai de. Relações de consumo via internet: regulamentação. **Repertório de Jurisprudência IOB: civil, processual, penal e comercial**, São Paulo, v. 3, n. 15, ago. 2007. p. 453.

celebrado o negócio jurídico em meio virtual, despersonalizado e desmaterializado -, acentua-se a vulnerabilidade do consumidor, o que demanda do sistema jurídico medidas efetivas de proteção.⁸⁰⁹

Trata-se de um contrato no qual a vontade deve ser minimamente considerada e as práticas típicas, bem como a confiança, devem ser levadas sempre em conta. Pode-se dizer que a situação de vulnerabilidade do consumidor é potencializada dentro dos contratos eletrônicos diante da forma como se perfectibiliza: por meio dos chamados *Click-through contracts*⁸¹⁰, também chamados de *clickwrap agreements*, *click and wrap agreements*, *Shrink-wrap agreements*, *blister agreement*, *web agreement*, *envelope agreement*, *referral agreement*, etc.⁸¹¹ Ou seja, os “contratos por clique”. O próprio nome já expressa a característica de contrato de adesão desta forma de pactuação, pois resta ao consumidor apenas clicar com o cursor do mouse sobre o botão “aceito”.⁸¹²

En el ámbito de la contratación electrónica, cuando se trata de una oferta permanente en un *web*, el único modo de aceptar que entra en escena es el primero, esto es, mediante una declaración expresa de voluntad, que incluyen las realizadas mediante manifestaciones de voluntad orales – videoconferencia -, escritas- el envío de un correo electrónico -, y aquellas conductas que exteriorizan directamente una intención de aceptar: las actos que expresen indicación de asentimiento en forma de comportamientos o conductas - pinchar en un icono de aceptación o compra (*click-wrap agreements*) o el acto de “bajar o descargar” (*download*) un programa de la Red.⁸¹³

O risco está, justamente, na aceitação da proposta e na celebração do pacto pelo simples clique de um botão. Nem sempre o consumidor da internet tem grande familiaridade com o meio cibernético.⁸¹⁴ Inicialmente era utilizado para venda de softwares enviados de modo que ao abrir o programa, o comprador tacitamente estava concordando com a compra.

Hotmail Corp. v. Van Money Pie Inc, et al., el 16 de abril de 1998 [W.L 388389, 47 U.S.P.Q. 2d 1020 (N.D. Cal. April 16, 1998)], es el primer caso que se conoce en

⁸⁰⁹ KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 339.

⁸¹⁰ LIMA, Rogério Montai de. Relações de consumo via internet: regulamentação. **Repertório de Jurisprudência IOB**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, v. 3, n. 15, ago. 2007. p. 451.

⁸¹¹ Diversos autores distinguem estas nomenclaturas classificando-as em categorias, aqui se pretendeu citá-las para conhecimento, mas trataremos como sinônimos. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 331.

⁸¹² SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 63.

⁸¹³ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 445-450. p. 434-435.

⁸¹⁴ VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 117.

EE.UU. donde un tribunal se ha pronunciado acerca de la aceptación electrónica en este tipo de contratos (llamados *click-wrap agreements* o *point-and-click agreements*), donde la opción de aceptación de la oferta con condiciones generales viene ya predeterminada por el oferente, produciéndose la aceptación al pinchar el destinatario de la oferta en el icono de aceptación.⁸¹⁵

O problema está na advertência ao consumidor. Se nos produtos convencionais é mais claro que ao abrir o produto se está concordando com as condições gerais, no mundo virtual isto é mais complexo já que ocorre por meio de um clique.⁸¹⁶ O que se tem feito preventivamente é posicionar as cláusulas na tela de modo que o comprador tenha que descer a barra de rolagem para ter acesso ao botão de “aceito”. Ou ainda a inclusão de um sinal de advertência com a necessidade de confirmação do adquirente que surge na tela quando o aceite é acionado.

A mitigação da autonomia privada do consumidor que já era significativa com os contratos de adesão agravou-se no ambiente virtual. Culturalmente o consumidor deixou de ler as cláusulas desses contratos, sabedor de sua impossibilidade de alterá-las. Assim, sabe que se quiser obter o produto terá que concordar com as cláusulas do acordo e, por isso, a mentira mais frequente dos tempos atuais é a de que “li e concordo com os termos do contrato”. É possível, ainda que empiricamente, afirmar que na esmagadora maioria das vezes o consumidor clica em “avançar” para que apareça o botão “concluir” na tela e possa firmar o contrato.

Se perguntados, provavelmente os consumidores não saberão dizer do que tratam as condições expressas nos termos que “voluntariamente” aceitaram. Por isso é tão importante o controle judicial do conteúdo dos contratos. Como bem lembra Lorenzetti, “As cláusulas referidas podem ser controladas judicialmente no que toca à sua inclusão e ao seu conteúdo”.⁸¹⁷

Ademais, a já aqui referida “obsolescência programada” acaba por tirar do consumidor a possibilidade de optar por não contratar uma vez que, se quiser continuar a usar o produto, terá que aceitar os termos impostos pelo fornecedor. Vejamos o exemplo do Iphone ou Ipad,

⁸¹⁵ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 445-450. p. 435. Nota 67.

⁸¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 332.

⁸¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 335.

onde o consumidor passa a não mais conseguir realizar o download de novos aplicativos se não firmar o contrato para adquirir a última versão do iOS, software da Apple que serve de sistema operacional para os dispositivos móveis. Alguns argumentarão que o programa é gratuito, mas se esquecem de que o consumidor paga por eles com informações pessoais que são comercializadas com fornecedores que pretendem direcionar as ofertas a um público que sabe ser provável consumidor do produto que pretende vender.

Muitas leis sobre o comércio eletrônico que buscavam regulação mais ampla, visavam proteger o consumidor. A maioria delas parte da proteção já existente como um mínimo, compreendendo esta como inderrogável por outra lei, e traz complementações a essa proteção quando se tratar de comércio eletrônico. Existem três modelos de tratamento da defesa do consumidor no meio eletrônico: algumas leis simplesmente não abordam o tema deixando-o fora do âmbito de aplicação. Exemplo disso são as leis que tratam unicamente do B2B, como a Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law, 1996*); outras não derogam a proteção do consumidor deixando a cargo das leis próprias este papel; e, finalmente, há aquelas que afirmam ter o consumidor eletrônico direito a, no mínimo, uma proteção não inferior às disposições vigentes, podendo trazer novas.⁸¹⁸

No Brasil o reconhecimento desta nova vulnerabilidade - a digital - tem feito o legislador buscar formas de regulamentação como no Projeto de novo Código Comercial que traz dispositivos sobre o comércio eletrônico⁸¹⁹ e, principalmente, o Projeto de Lei 281/2012

⁸¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 368-370.

⁸¹⁹ Capítulo V - do comércio eletrônico

Art. 108. é eletrônico o comércio em que as partes se comunicam e contratam por meio de transmissão eletrônica de dados.

Parágrafo único. O comércio eletrônico abrange não somente a comercialização de mercadorias como também a de insumos e a prestação de serviços, incluindo os bancários.

Art. 109. O empresário está sujeito, no comércio eletrônico, às mesmas obrigações impostas por lei relativamente ao exercício de sua atividade no estabelecimento empresarial, salvo expressa previsão legal em contrário.

Art. 110. O sítio de empresário acessível pela rede mundial de computadores deve conter, em página própria, a política de privacidade.

§ 1º Na página introdutória do sítio, deve ser disponibilizada ligação imediata para a página da política de privacidade.

§ 2º Na política de privacidade do sítio deve ser claramente mencionada a instalação de programas no computador de quem a acessa, em decorrência do acesso ou cadastramento, bem como a forma pela qual eles podem ser desinstalados.

Art. 111. No sítio destinado apenas a viabilizar a aproximação entre potenciais interessados na realização de negócios entre eles, o empresário que o mantém não responde pelos atos praticados por vendedores e compradores de produtos ou serviços por ele aproximados, mas deve:

do Senado Federal que busca regular o ambiente eletrônico a fim de proteger o consumidor.⁸²⁰ Ainda pendente de aprovação, esse projeto é fundamental para a atualização do Código de Defesa do Consumidor que data de 1990. Embora exista avanço apresentado pelo Decreto 7.962/2013 e notadamente pela Lei 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, é necessário fazer muito mais por essa modalidade de consumidores.⁸²¹

Deve-se atentar aos deveres legais de informação, de prévio conhecimento e de compreensão do conteúdo do contrato, previstos no art. 46 do CDC, que devem ser analisados segundo o contexto dessa forma de pactuação, pois embora entre presentes, o consumidor não está frente ao fornecedor, mas frente à sua proposta, perfeita e acabada, cabendo ao oblato apenas aceitar ou não, nos típicos moldes de um contrato *standard*, com a agravante de estar o consumidor em um ambiente – virtual – que conhece menos do que o fornecedor.

Caso se engane neste ambiente estranho e aceite equivocadamente os termos do contrato, ou ainda, caso compreenda erroneamente o conteúdo do contrato, sua dimensão e suas consequências, somente poderá invalidar sua manifestação de vontade através da demonstração (alegação e prova) de erro, exceto se “os dados esclarecedores são deficientes ou tendenciosos (e aí vingará o que se disse acerca do *princípio da boa-fé*)”⁸²², princípio que será abordado mais adiante.

I - retirar do sítio as ofertas que lesem direito de propriedade intelectual alheio, nas vinte e quatro horas seguintes ao recebimento de notificação emitida por quem seja comprovadamente o seu titular;

II - disponibilizar no sítio um procedimento de avaliação dos vendedores pelos compradores, acessível a qualquer pessoa;

III - cumprir o artigo anterior relativamente à política de privacidade.

Art. 112. O nome de domínio do empresário é elemento de seu estabelecimento empresarial.

§ 1º Configura conduta parasitária o registro de nome de domínio, em que o núcleo distintivo do segundo nível reproduz marca registrada alheia, salvo se feito por quem for também titular, em razão da especialidade, do registro de igual marca.

§ 2º Na hipótese do parágrafo antecedente, o prejudicado pela conduta parasitária pode pedir em juízo a imediata transferência, para ele, do registro do nome de domínio, além de perdas e danos.

§ 3º Configura ato ilícito qualquer pessoa promover o registro de nome de domínio cujo núcleo distintivo de segundo nível tenha o potencial de prejudicar a imagem ou os negócios de um empresário.

⁸²⁰ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Anotações sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n. 21, jul./set. 2012. p. 73-82. AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, n. 22, jan./fev. 2013. p. 237.

⁸²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 116-117 e 132-134.

⁸²² SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 38.

Mas os riscos não acabam aí. A internet é uma estrutura tecnológica inteligente de coleta, transferência e processamento de dados em sistemas conectados entre si. Assim, dados são inseridos a cada movimento que o usuário faz na *web*, não apenas quando os fornece deliberadamente no preenchimento de informações solicitadas tal como nome, endereço eletrônico, número do telefone e cartão de crédito, mas também os hábitos de consumo e preferências que são observadas e processadas por uma inteligência artificial que acompanha todos os passos deste usuário sem o seu conhecimento e, portanto, consentimento. Assim, ferramentas identificam o perfil de cada consumidor, definindo as ofertas que apresentam maior probabilidade de despertar o instinto consumista daquele indivíduo que nem mesmo sabe que tem seus movimentos vigiados. A dúvida sobre a legalidade desta coleta seletiva de informações está na maneira de obtenção, utilização e controle destes dados particulares.⁸²³

Modo comum de rastreamento dos gostos e desejos deste consumidor é a instalação indevida de *cookies* nos computadores de quem visita uma página eletrônica. Estes arquivos registram as informações como os dados fornecidos pelo próprio consumidor (dados bancários, por exemplo), preferências de consumo e hábitos de navegação, informações suficientes para que se processe a oferta ideal àquele consumidor tornando quase impossível que resista à “sereia publicitária” diante de uma proposta tão personalizada. Isto se dá por meio de um recurso chamado de *metatag*⁸²⁴, isto é, a inserção de palavras-chave na programação do site para servirem de indexadores para a busca e elaboração de publicidade que já é enganosa na sua origem.⁸²⁵

Mencione-se ainda, dentre as práticas de acompanhamento ou de fidelização, os *cookies*. Segundo Gambogi Carvalho, os “*cookies* são programas de dados gerados com o objetivo principal de identificação do usuário e de rastreamento e obtenção de dados úteis a seu respeito, tais como seus hábitos de navegação e de consumo. Frequentemente utilizados por provedores da Internet, estes fichários de dados são enviados aos programas navegadores (*browsers*) e salvos em diretórios específicos do computador do usuário. Ao entrar em um *site*, ou ao receber (ou responder a) um *e-mail*, o computador do consumidor recebe um programa escondido (*cookie*), um “intruso”, que lerá dados no computador-hospedeiro e poderá monitorar as atitudes de compra do consumidor.”⁸²⁶

⁸²³ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 171-172.

⁸²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 178.

⁸²⁵ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 172.

⁸²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188.

Pior ainda é o fato de que este banco de dados com a descrição pormenorizada sobre a que produto determinado consumidor não resiste é compartilhado com terceiros à revelia do usuário. Comercializam-se seus dados sem que ele saiba, gerando os famosos e indesejados “spams”⁸²⁷, isto é, o envio de material publicitário em mensagens eletrônicas não solicitadas.⁸²⁸ Trata-se de prática ilegal visto que o CDC prevê que a publicidade deva ser veiculada de forma a permitir sua identificação como tal. Este modelo de publicidade oculta, apesar de abusiva, é largamente utilizado em sites.

Nos dizeres de Patrícia Pinheiro:

Agora fazemos uma análise estrutural da internet. Sua configuração física como uma rede com um emaranhado de conexões, a grande velocidade do tráfego de informações, as constantes mudanças que lhe são características, sua presença global fazem com que a competição desenfreada se torne verdadeira carnificina virtual, o que além de sair muito caro chega até mesmo, muitas vezes, a prejudicar não só as empresas como os consumidores.⁸²⁹

“Não há limites para a ciência das vendas, que entrou em sua era de triunfo, agora com colaboração não só dos publicitários, mas de craques da computação, neurocientistas, antropólogos e estatísticos.”⁸³⁰ Portanto, informações pessoais privadas são relacionadas em bancos de dados, cujo acesso não é liberado ao próprio consumidor sobre o qual tratam os dados. Tais recursos tecnológicos ignoram a exigência legal da prévia e expressa autorização e simplesmente comercializam informações particulares de maneira criminosa sem qualquer receio diante do anonimato da internet, enquanto o consumidor se esforça para compreender de que maneira milhares de fornecedores lotam suas caixas de e-mails com ofertas muitas

⁸²⁷ Ou “Spamming”. ZURILLA CARIÑANA, Maria Ángeles. Comercio electrónico y protección de los consumidores en España. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 1, n. 2, jun. 2011. p. 153. ALMEIDA, Susana. As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e a opção de inscrição em listas Robinson. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 1, n. 2, jun. 2011.

⁸²⁸ “A rede tem uma espécie de identidade de cada consumidor, criada quando ele usa um cartão de crédito ou um cupom promocional, preenche uma pesquisa, liga para o SAC ou visita o site da loja. A partir daí, monitora tudo que ele compra. Cruzando o consumo de grávidas, o estatístico criou um padrão do que elas compram. Hoje, a Target sabe que, se uma mulher de 23 anos levou para casa uma loção de manteiga de coco, uma bolsa grande o suficiente para guardar fraldas, suplementos como zinco e magnésio e um tapete azul, há 87% de chance de ela estar esperando um bebê há três meses.” (RODRIGUES, Alexandre; SANTOS, Priscilla. A ciência que faz você comprar mais. **Galileu**, São Paulo, n. 254, p. 58-65, set. 2012. p. 58).

⁸²⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. rev., atual. de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

⁸³⁰ RODRIGUES, Alexandre; SANTOS, Priscilla. A ciência que faz você comprar mais. **Galileu**, São Paulo, n. 254, p. 58-65, set. 2012. p. 58.

vezes personalizadas, pois podem dizer com os hábitos que o consumidor julgava privados. Assim, por exemplo, se um dia um consumidor buscou uma determinada receita de culinária italiana na internet⁸³¹, passará a receber ofertas sobre livros deste assunto, cursos com chefes especializados, “trattorias” e restaurantes de comida italiana, viagens gastronômicas à região do Vêneto, etc.

Não se pode falar em vontade livremente manifestada com tamanha desproporção informacional. A racionalidade da compra é tão mitigada que tal contratação contará com uma vontade distorcida no cerne do suporte fático, não se podendo falar em defeito do negócio jurídico, mas em indução da vontade. Mais uma vez é a confiança que está mais latente, pois é baseado nela que o consumidor firma o pacto na esperança de obter seu desejo celebrado. E como visto, há que se falar em esperança, pois a contratação na internet demanda fé, uma vez que não há qualquer garantia de cumprimento da obrigação, pois o consumidor não sabe nada do fornecedor, apenas espera que ele não só cumpra sua palavra e encaminhe objeto adquirido, mas que ele de fato exista.

A competição no mercado é benéfica ao consumidor por provocar aumento na qualidade dos produtos e redução de preço. Contudo, a competição desenfreada e o acesso a todos os dados e hábitos do consumidor, como ocorre no comércio eletrônico, prejudicam-no por torná-lo exposto às mais variadas técnicas de persuasão que o induzem ao consumo conspícuo e irrefletido.

Ana Amélia Ferreira⁸³² afirma que mais danoso ao consumidor é o comércio eletrônico realizado por meio de sites de leilão. Trata-se de espaço para negociação de produtos e serviços por meio de leilão eletrônico⁸³³, remunerando-se o site por meio de uma percentagem paga pelo vendedor quando da celebração do pacto. Apesar da remuneração, tais

⁸³¹ “Não à toa o Google é o líder de publicidade na internet [...]. Quando digitamos uma palavra em seu campo de busca, dizemos exatamente o que queremos saber. Com base nisso, anúncios relacionados aparecem no canto direito da tela. No Gmail (serviço de e-mail do Google), o mesmo software que varre mensagens procurando spams e vírus está atento às palavras digitadas. Experimente escrever dois e-mails mencionando os Beatles e é capaz de surgir a oferta de um DCD do Fab Four na caixa de anúncios – fizemos o teste.” RODRIGUES, Alexandre; SANTOS, Priscilla. A ciência que faz você comprar mais. **Galileu**, São Paulo, n. 254, p. 58-65, set. 2012. p. 60.

⁸³² FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 173.

⁸³³ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216.

empresas pretendem se isentar de qualquer responsabilidade, transferindo ao vendedor todas as obrigações decorrentes desta contratação, bem como não garantem a veracidade dos dados fornecidos em seu site.

Toda esta revolução tornou-se possível com a automação bancária, mas é justamente nesta relação que o consumidor fica ainda mais exposto e demonstra a sua situação de fragilidade, motivo pelo qual a instituição financeira deve ser responsabilizada por todos os riscos e falhas na segurança tanto da transferência indevida de valores como de dados.⁸³⁴

Vale, também, apontar a principal máquina responsável pela obtenção destes dados sobre a personalidade e os desejos dos consumidores: as redes sociais. Aparentemente são diários públicos eletrônicos, mas o verdadeiro segredo de seu sucesso está no potencial que tem para fracionar consumidores em “comunidades” que reúnem os interessados em determinado assunto ou bem. Valem-se da vaidade natural do ser humano que ingenuamente publica toda sua intimidade na ânsia de ser reconhecido por suas características, ficando sujeito ao assédio publicitário direcionado aos seus interesses.⁸³⁵ Nas palavras de Julian Assange, criador do Wikileaks: “O Facebook é a mais terrível máquina de espionagem já criada.”⁸³⁶

A popularização dos *smartphones* não apenas amplia o acesso do consumidor ao fornecedor, mas também facilita o acesso do fornecedor ao consumidor, notadamente depois que se tornou obrigatório ativar o localizador do celular para baixar os mais diversos aplicativos, forçando o consumidor a carregar um rastreador.

O político alemão Malte Spitz pediu à Justiça que a Deutsche Telekom, operadora de seu celular, revelasse quantas vezes tinha registrado sua localização (latitude e longitude): 35 mil, em 6 meses. [...] Em abril, a Sense Networks, empresa fundada por cientistas do MIT e da Universidade de Columbia, conseguiu a patente de um algoritmo que registra as atividades das pessoas a partir da localização de seu celular. Ou seja, consegue saber se ela está no shopping ou na porta da escola do

⁸³⁴ FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008. p. 174.

⁸³⁵ “Deixamos rastros digitais aonde vamos. Os celulares estão o tempo todo revelando nossa localização via GPS, o Facebook rastreia cada foto que carregamos, lojas vendem nossas informações para corretoras de dados”, afirma a advogada e conselheira da Abine, empresa americana de defesa de nossos direitos na internet, Sara Downey. “A falta de privacidade online é um grande problema, e só tende a piorar.” (RODRIGUES, Alexandre; SANTOS, Priscilla. A ciência que faz você comprar mais. **Galileu**, São Paulo, n. 254, p. 58-65, set. 2012. p. 59).

⁸³⁶ em entrevista ao Russia Today, segundo a qual o Facebook colabora com o governo dos Estados Unidos para espionar as pessoas.

filho. A partir daí, cria padrões de comportamento e até prevê o que a pessoa deve fazer naquele dia.⁸³⁷

Mesmo que dentro deste universo sejamos vigiados ao estilo panóptico de Foucault⁸³⁸, cada vez mais ele se torna obrigatório. Certos bens de consumo estão disponíveis unicamente neste meio, criando um novo tipo de excluído, o “analfabeto-digital”, discriminado por perder ofertas e facilidades oferecidas pelos fornecedores que tentam levar cada vez mais consumidores a este ambiente que lhes é hostil. Ambiente este, no qual a pressão (*Zwang*) não vem do vendedor à porta, mas de uma oferta constante em casa, no trabalho, nas férias, vinte quatro horas por dia, e com métodos do tipo tempo limitado (“se você ligar agora”, “enquanto durar o estoque”, “somente hoje”), gerando ansiedade no consumidor. A doutrina estrangeira já fala em “Assédio de consumo”, como novo dano, uma espécie de ato ilícito, uma pressão gerada pela onipresença publicitária que vence pela insistência, ignorando o chamado “Right to be alone” ao invadir ambientes privados.

Ainda assim, cabe o registro de que não se está aqui defendendo a extinção da autonomia privada, mesmo nas relações de consumo ou no comércio eletrônico “El acuerdo de voluntades continúa siendo el elemento fundamental para poder perfeccionar un contrato [...]”.⁸³⁹ Mas se a vontade do consumidor é mitigada, a do consumidor eletrônico deve ser ainda menos relevante quando da análise da relação jurídica dada sua hipervulnerabilidade.⁸⁴⁰ Convém lembrar que, embora seja um novo tipo de contrato em função do novo meio em que surge, a ele aplicam-se os mesmos princípios contratuais gerais e as normas previstas no CDC. Trata-se de uma contratação a distância como qualquer outra, diferenciando-se por promover a releitura do tempo, que é acelerado pelo desenvolvimento tecnológico e do espaço, pois é um comércio global, sem limitação territorial uma vez que permite grande interação entre os indivíduos.

5.2 BOA-FÉ

⁸³⁷ RODRIGUES, Alexandre; SANTOS, Priscilla. A ciência que faz você comprar mais. *Galileu*, São Paulo, n. 254, p. 58-65, set. 2012. p. 62 e 63.

⁸³⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

⁸³⁹ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 2001. p. 413.

⁸⁴⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

Não há como falar em confiança sem tecer alguns breves comentários sobre a boa-fé.⁸⁴¹ O próprio § 242⁸⁴², cediçamente conhecido como dispositivo da boa-fé no BGB, utiliza o termo “Treu”, que é traduzido como “confiança” por alguns autores⁸⁴³, evidenciando a proximidade dos temas.⁸⁴⁴ No mesmo sentido Claudia Lima Marque aduz: “*Vertrauen*, em alemão, significa confiar (*trauen*), estar certo (*sicher sein, fest*), esperar (*hoffen*), acreditar (*glauben*), ser fiel (*treu*), e está na fonte das expressões *bona fides* e *Treu und Glauben* (ou boa-fé, em direito alemão).”⁸⁴⁵ E mais adiante complementa: “Boa-fé (*bona fides*) e confiança (*fides*) sempre estiveram juntas no direito privado e no estudo das bases e efeitos da vontade dos indivíduos no mercado.⁸⁴⁶ Ressalte-se, portanto, como semelhança, a própria ligação etimológica⁸⁴⁷ ente os institutos: boa-fé vem do latim *bona fides* e confiança provém de *cum fides*. Distingue-se da confiança, pois, muito embora ambas sejam provenientes do princípio geral da confiança que ilumina todo o ordenamento jurídico, trata-se de institutos diferentes.

Para Cesar Santolim é deste princípio que ora abordamos que decorre o da confiança, bem como o da transparência e o da probidade, todos vinculados diretamente “ao

⁸⁴¹ Vale fazer a ressalva aqui que não se pretende discorrer sobre este tema diante de sua complexidade, mas apenas diferenciar a boa-fé da confiança e fazer menção a importância deste instituto para a matéria ora estudada.

⁸⁴² “o devedor tem a obrigação de executar a prestação tal como exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico” no original: “der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, jul./set. 2004. p.110 e Nota 4.

⁸⁴³ Podem alguns argumentar que o termo que traduz confiança é *Vertrauen*, e dizer que a tradução de *Treu* seria mais próxima de “fiel, leal”, no entanto isto não contradiz a idéia de proximidade entre a confiança e a boa-fé presentes no BGB.

⁸⁴⁴ “Como não poderia deixar de ocorrer, a referência obrigatória ao tratar da boa-fé (e da relação deste com a confiança) é o Direito alemão. Neste sistema, é mais do que conhecida a ligação entre confiança e boa-fé, principalmente, sendo esta quase sempre definida como a proteção daquela. Neste sentido, Karl Larenz já definia: ‘O fundamento da Boa-fé (*Treu und Glauben*) extrai o sentido do seu termo do fato de que cada um deve cumprir a própria palavra dada, que a confiança (*Vertrauen*), que compõe o fundamento vital de toda relação humana, não pode ser frustrada ou mal utilizada, e que cada um deve agir da forma como os demais podem legitimamente esperar.’ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**. v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 268.

⁸⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 197.

⁸⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 202.

⁸⁴⁷ Todas as expressões utilizadas para designar boa-fé e confiança no direito germânico têm suas origens etimológicas no período de aproximadamente 765 a 1420 de nossa era. Em alemão, o equivalente à confiança é *Vertrauen*, de *firtruen*, cujo uso remonta ao ano 1000 de nossa era. Antes dela, a expressão utilizada era *Glauben*, por volta de 465 d.C., que abrangia também o significado da *fides* latina. Outra palavra sinônima de *Vertrauen* é *Tang*, de *fidúcia*, utilizada para a celebração de casamento em 1420. *Treu* ou *Treue* indicava, de maneira geral, lealdade e credibilidade (o vassallo dava credibilidade de quer seria leal ao seu senhor). *Glauben*, por sua vez, denotava crença ou fé.” LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 143-144.

cumprimento dos deveres secundários decorrentes das relações obrigacionais”.⁸⁴⁸ No mesmo sentido Antônio Menezes Cordeiro entende que a confiança seria parte do conteúdo da boa-fé.⁸⁴⁹

Alguns autores o tratam como princípios da mesma hierarquia, sem considerar que haja um precursor.⁸⁵⁰ Por outro lado, “Afirma-se que a confiança teria gênese na boa-fé, reflexão encontrada nos estudos de Eduardo Gouvêa, Jorge Cesa Ferreira da Silva, José Carlos Moreira da Silva Filho e Judith Martins-Costa, muito embora pareça que tal lógica deva ser invertida, até porque, historicamente, a *fides* surge antes da *bona fides*.”⁸⁵¹ Claus-Wilhelm Canaris adota a posição no sentido de que a boa-fé é subprincípio do princípio da confiança.⁸⁵² Cláudia Lima Marques chega a qualificar a confiança como “[...] o modelo-mãe da boa-fé!”⁸⁵³ E complementa, mais adiante: “parece-me ser o paradigma da confiança (*das Vertrauensparadigma*), maior aliado hoje do paradigma da boa-fé!”⁸⁵⁴

[...] parece-me necessário evoluir para o uso de um paradigma mais “visual” (de “aparência”), de menos fidelidade e personalização (*fides*), de mesmo eticidade (valoração – *bona*), e sim de mais socialidade (qualquer forma de “declaração” vincula o profissional organizador da cadeia de fornecimento) e de coletiva repersonalização (realizar as expectativas legítimas de todo um grupo difuso de consumidores virtuais), a *confiança*, o paradigma-mãe da boa-fé!⁸⁵⁵

⁸⁴⁸ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005. p. 74.

⁸⁴⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1166.

⁸⁵⁰ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 267 e 268.

⁸⁵¹ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 59-69.

⁸⁵² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1989. p. 96 a 99.

⁸⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21. Ou o “paradigma-mãe da boa-fé” MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

⁸⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

⁸⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

Assim, aparentemente, a boa-fé está inserida na confiança⁸⁵⁶, pois as partes confiam em diversos aspectos referentes tanto ao contrato quanto a elementos externos, sendo um deles a boa-fé do outro contratante, por isso, na boa-fé, as expectativas são irrelevantes.

Parece-me que confiar é simplesmente acreditar, ter fé⁸⁵⁷ em algo, crer verdadeiro, enquanto a boa-fé é um adjetivo que classifica a fé, que destaca os atos de confiança considerados bons, atos de acreditar que estão em consonância com outros valores e por isso são bons. A boa-fé é uma confiança positivamente adjetivada, por isso a confiança compõe o plano da existência, enquanto a boa-fé está no da validade, pois é um julgamento, pelo ordenamento jurídico, do comportamento e da intenção da parte (boa-fé subjetiva) a partir de um parâmetro (boa-fé objetiva).

A classificação em bom ou mau presume o julgamento do ato de fé, enquanto confiar é apenas crer, é ter legítimas expectativas. Por isso a confiança é mais ampla, pois atos considerados maus (de má-fé) ainda podem possuir a fé como uma confiança (legítima expectativa) de que o outro contratante está de boa-fé, por exemplo. Quem age de má-fé pode confiar, afinal, quem engana pode crer não estar sendo enganado. A própria leitura etimológica supramencionada de *cum* (com/ter) *fides* (fé), sugere que “ter fé” é gênero de “ter fé boa”. Confiar não é saber o que é certo, é acreditar no que sabe.⁸⁵⁸

Tal entendimento, no entanto, não é pacífico, pois muito se discute sobre qual dos princípios decorre de qual, isto é, qual foi o primeiro a limitar a autonomia privada, que contém o outro, que é o princípio raiz.⁸⁵⁹

Ou, como pontuava Pontes de Miranda: “O que na verdade se passa é que todos os homens têm que se portar com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança e não só relações morais”.
Desta citação do grande jurista, bem se retira que “boa-fé” e “confiança são duas faces da mesma moeda, ou dois “pontos de vista” de um só fenômeno social: um

⁸⁵⁶ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 128.

⁸⁵⁷ Fé, evidentemente, no sentido de acreditar, ter como verdade, não enquanto crença ilógica na ocorrência do improvável, como afirma Mecnken, essa última é a fé religiosa.

⁸⁵⁸ Por esta amplitude característica do gênero que foi escolhido o termo “confiança” para compor a outra face da “vontade” no cerne do negócio jurídico na teoria apresentada ao final desta tese.

⁸⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47-48.

concentrado na atuação, valorando a lealdade na conduta segundo os usos do tráfico jurídico e, outro, no resultado, no reflexo social ou no efeito de nascimento de direitos e deveres. Da conduta valorada ou examinada nascem “relações jurídicas de confiança”, logo, regular estas “relações jurídicas” criadas pela boa-fé é proteger a confiança! Inútil discutir quem vem primeiro, seja no mundo jurídico (confiança) ou no mundo dos fatos (conduta de boa-fé).⁸⁶⁰

Portanto, independentemente da conclusão, o que se objetiva demonstrar é a proximidade desses institutos.⁸⁶¹ Mesmo porque “admitir-se a confiança como princípio geral do negócio jurídico importa em revalorização do princípio da boa-fé”.⁸⁶² Para esta tese, consideramos que a boa-fé – por ser composta por um adjetivo (boa) -, vincula-se mais à validade ao impor deveres anexos, enquanto a confiança – por ser um substantivo -, aqui considerada reflexo e causa das manifestações volitivas, influencia, portanto, o plano da existência ao compor o cerne dos negócios jurídicos.

A boa-fé⁸⁶³ é uma “regra de conduta fundada [...] na consideração dos interesses do ‘alter’”.⁸⁶⁴ Divide-se em objetiva e subjetiva. A primeira, segundo Judith Martins-Costa, “exprime o *standart* da lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradadas pelo direito”⁸⁶⁵ É, portanto, o modelo de conduta. Em outra obra, a mesma autora acrescenta: “Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard* [...]”⁸⁶⁶ Pode-

⁸⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 154-155.

⁸⁶¹ “Vemos isto, por exemplo, nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas impostas pela boa-fé às partes de uma relação jurídica, nas quais também se insere a exigência de não criar ou sustentar indevidamente a confiança de outrem, evitando que a outra parte crie representações falsas ou temerárias. Isso, principalmente, quando, na relação, existe uma disparidade de forças.” MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 269.

⁸⁶² LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 35.

⁸⁶³ USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos**: temas atuais. 2. ed. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17-38.

⁸⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

⁸⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. (Parecer). – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006. p. 94.

⁸⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

se dizer que assim como a confiança, esta é um “pressuposto de comunicação”⁸⁶⁷, pois não há como contratar partindo-se da ideia de que a outra parte está mentindo.

Se a boa-fé objetiva⁸⁶⁸ é a conduta (agir segundo a boa fé), a subjetiva é a intenção de fazer o certo (agir de boa fé).⁸⁶⁹ É a proteção da confiança inspirada no outro contratante. Este é o princípio que mais tem revolucionado o Direito nas últimas décadas, pois é o coração da nova visão da relação jurídica obrigacional que deixou de considerar um acordo justo pelo simples fato de advir da vontade livre das partes.

No direito obrigacional, a boa-fé objetiva molda a nova teoria contratual exigindo das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. O contrato, embora legítimo instrumento para a circulação de riquezas e a satisfação de interesses pessoais, não deve mais ser visto sob a ótica individualista. Importa analisar sua função econômica e social.⁸⁷⁰

A boa-fé contratual⁸⁷¹ possui diversas funções concomitantes⁸⁷², tais como:

i) Cânone hermenêutico (arts. 113 do CC), dando as diretrizes para a interpretação de lacunas; desta função surge a teoria da aparência.

ii) Limitadora de direitos (art. 187 do CC), fundamentando o abuso de direito⁸⁷³ e limitando direitos, como o de resolução no caso da teoria do adimplemento substancial, que

⁸⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípios. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

⁸⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 218-247.

⁸⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. (Parecer). – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006. p. 95.

⁸⁷⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 324.

⁸⁷¹ Trataremos aqui da boa-fé contratual que possui maior relevância para o tema deste trabalho, mas a boa-fé está presente em todo o sistema jurídico brasileiro, notadamente nos contratos, responsabilidade civil, atos unilaterais, etc.

⁸⁷² BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 325.

⁸⁷³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

impede que se resolva o contrato quando o devedor já cumpriu com parte significativa de sua prestação (e conseqüentemente possa o credor exigir a devolução da prestação já satisfeita e indenização); ou, ainda, na teoria do inadimplemento antecipado, nos casos em que é razoável concluir que uma parte não conseguirá cumprir sua prestação e, então, permite-se que a outra pleiteie a resolução. Ainda quanto a esta função, pode-se mencionar a teoria dos atos próprios que exige do agente um comportamento coerente com o comportamento anterior. É a partir desta que surge a teoria do *venire contra factum proprium*⁸⁷⁴ que impede a parte de se contradizer entre o que declarou e sua forma de agir, pois ao gerar uma expectativa legítima na outra parte, perde o direito de resolução. Desta também surge a doutrina do *Tu quoque* que diz que quem não cumpre a regra quando ela é contra si não pode querer que se cumpra quando é a seu favor. Nesta mesma linha de institutos relacionados à boa-fé e à confiança cabe lembrar a *supressio* e a *surrectio*. Todos esses institutos tornarão a ser analisados uma vez que são as faces mais evidentes da presença da confiança nas contratações e de sua proteção pela Ciência Jurídica.

iii) Por fim, atua como criadora de deveres de conduta (art. 421), podendo estes deveres serem secundários⁸⁷⁵ ou instrumentais (laterais ou anexos - *Nebenpflichten*)⁸⁷⁶, como de aconselhamento, informação, sigilo, prestação de contas, etc.⁸⁷⁷

Graças a este último item, a confiança permanece na fase pós-contratual, já que estes deveres anexos vigoram antes e depois da contratação.⁸⁷⁸ Tais deveres se verificam não apenas nas relações contratuais, mas em toda conduta humana (*Verkehrspflichten*)⁸⁷⁹,

⁸⁷⁴ Por muitos considerado como “a mais clara ofensa à confiança” ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 133.

⁸⁷⁵ No que toca aos deveres secundários no comércio eletrônico ver SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 36-37.

⁸⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 90.

⁸⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 75.

⁸⁷⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007. p. 54.

⁸⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1286.

podendo-se afirmar que estes deveres anexos são ainda mais presentes nas contratações eletrônicas graças aos novos problemas que acompanham as novas tecnologias.⁸⁸⁰

No que tange a sua positivação, a boa-fé - que tanto inspira o direito alemão (§ 242 do BGB) e que está prevista no Código Civil português, desde 1966, com o artigo 227⁸⁸¹ - no Brasil, tem como marco a previsão expressa no estatuto consumerista de 1990, bem como em 2002, quando a boa-fé objetiva passou a constar na lei civil máxima, prevista no art. 422⁸⁸², pois mesmo os doutrinadores que defendem que o CC de 1916 já fazia certa referência, afirmam que esta menção trataria tão somente à ausência de má-fé e não na atual acepção, de dever de cooperação e de atenção à confiança depositada pelo outro contratante.⁸⁸³

Arnoldo Wald desenvolve a relação entre os dois princípios quando afirma: “Verifica-se, assim, que ao dever de atuar de boa-fé, que se impõe a cada pessoa corresponde o direito de outrem de ver realizada a sua expectativa, ou seja, de não ser frustrada a confiança que depositou no co-contratante ou em terceiro.”⁸⁸⁴ Assim, é possível concretizar a confiança por meio da cláusula geral de boa-fé⁸⁸⁵

A confiança também atua com diversas funções: seja como “(i) princípio geral, seja como (ii) matriz ou fundamento da ação segundo a boa-fé, seja, enfim, (iii) autonomamente, como fonte direta de direitos e deveres.”⁸⁸⁶

⁸⁸⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 54.

⁸⁸¹ “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder sob as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

⁸⁸² VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 111-112.

⁸⁸³ WALD, Arnoldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 31.

⁸⁸⁴ WALD, Arnoldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 31.

⁸⁸⁵ “é através, principalmente, da cláusula geral de boa-fé que se encontraram formas de perfectibilização da proteção da confiança nas relações entre iguais no ordenamento jurídico brasileiro.” ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 138.

⁸⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. (Parecer). – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006. p. 95.

Diferentemente da boa-fé, o princípio da confiança atua principalmente protegendo as expectativas legítimas e justificando os vínculos gerados nos negócios jurídicos. Quanto à primeira atuação, citando Aubry⁸⁸⁷, Judith Martins Costa refere que o termo “legítima” torna o princípio objetivo e permite aos juízes determinar o que está conforme o “bom direito”, segundo as circunstâncias do ato.

No que toca à justificativa para a vinculabilidade, inicialmente, enquanto fundamento dos negócios jurídicos sob a denominação de teoria da confiança, funcionou como “ponto de equilíbrio”⁸⁸⁸ entre as já comentadas teoria da vontade e teoria da declaração.⁸⁸⁹ Assim, a tutela da confiança mostra preocupação com as legítimas expectativas na proteção do tráfico jurídico, pois somente a partir de uma visão mais social do contrato ela pode ser identificada como “teoria da declaração mitigada, ou uma teoria intermediária entre a teoria da vontade e da declaração, no sentido de proteger a segurança e a necessidade de não enganar a confiança legítima de terceiros que se guiam por manifestações externas, ou seja, desde que despertada a confiança, havendo ou não vontade, haverá o negócio.”⁸⁹⁰

A boa-fé, por sua vez, liga-se mais ao dever geral de cooperação⁸⁹¹ impondo a lealdade e a consideração dos interesses do outro contratante, enquanto a confiança vincula-se principalmente à geração de expectativas legítimas que levam à criação de um dever jurídico com todos seus efeitos, tais como a responsabilização pelo descumprimento de uma prestação que uma parte podia esperar, baseada na conduta do outro.

⁸⁸⁷ AUBRY, Hélène. Um apport du droit communautaire au droit française des contrats: la notion d’attente legitime. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2. Paris, 2005, p. 634 apud MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. (Parecer). – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006. p. 97.

⁸⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. (Parecer). – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006. p. 97.

⁸⁸⁹ Vale registrar que aquilo que se propõe nesta tese, embora tome essas teorias como ponto de partida, não se confunde com nenhuma delas, uma vez que todas mantêm o foco na manifestação de vontade, não dando a devida importância às demais circunstâncias negociais, apresentando uma concepção do negócio que, ao final, se mostra voluntarista.

⁸⁹⁰ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 122.

⁸⁹¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, jul./set. 2004. p. 116.

Enquanto a boa-fé “apresenta maior grau de racionalidade das partes contratantes, estabelecendo deveres de fundo mais ético, a confiança está mais arraigada aos fatos sociais, mais vinculada aos contatos sociais, de caráter mais elementar, sem, muitas vezes, qualquer resquício de razão.”⁸⁹²

A diferença fica evidente no exemplo de Carneiro da Frada citado por Judith Martins Costa:

Um comprador pode ter, por exemplo, *nenhuma expectativa* acerca dos riscos ou dos vícios envolvidos em um certo produto, pode ter, até mesmo, expectativas negativas: mesmo assim, haverá, para o vendedor, o dever de informar e esclarecer como imperativo da boa-fé, inclusive para lograr o consentimento informado.⁸⁹³

Na Alemanha, a já bastante utilizada boa-fé objetiva (§242 do BGB, sem alterações depois da reforma) vincula-se muito com a ideia de confiança (número 2 inserido na reforma de 2002 no § 241 do BGB)⁸⁹⁴, compreendendo-se que uma é o pensar no outro e a segunda é o pensar nas expectativas do outro. Este novo número do § 241⁸⁹⁵ - proveniente dos pensamentos de Canaris – diz: “§ 241 – Deveres oriundos das relações obrigacionais – (1) ... (2) As relações obrigacionais podem, de acordo com seu conteúdo (tipo), obrigar cada uma das partes a ter em conta os direitos, as coisas/patrimônio e os interesses da outra parte”.⁸⁹⁶

O princípio da boa-fé⁸⁹⁷ se relaciona com o reconhecimento de uma regra externa às partes, com origem nos usos do tráfico, que obrigam os contratantes independente de terem

⁸⁹² ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 141.

⁸⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. (Parecer). – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006. p. 99.

⁸⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

⁸⁹⁵ Vale o registro de que a concretização desta norma se dá, notadamente, com o § 282 e § 311, este último principalmente no número 3.

⁸⁹⁶ No original: “§ 241. Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (1)...(2) Das Schuldverhältnis Kann nach seinem Inhalt jedn Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.” MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 86-87.

⁸⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21 a 30.

feito qualquer referência à ela. Por isso se opera *ex lege*, “nem ao agente é dado excluí-la, nem evitá-la”.⁸⁹⁸

A boa-fé está intimamente ligada à ideia de usos do tráfico e à confiança neste comportamento conforme o legitimamente esperado. Vale a transcrição das palavras do mestre Pontes de Miranda que bem resumem esta ideia:

As expressões “em boa fé”, “de acôrdo com as regras da boa fé, Treu und Glauben, que aparece no Código Civil alemão §§ 157 e 242, e no Código Civil suíço, são reminiscências do que o pretor estabelecia às partes e ao juiz, sob o nome de *bona fides*. [...] as regras da boa fé entram nas regras de uso do tráfico [...] Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente [...] Se há regra cogente, não há pensar-se em espaço para a boa-fé. Enquanto o uso, em sentido estrito, contém elemento espacial, que fixa, a boa fé mais se estende, como se não diferenciasses segundo os lugares. Quando se entende que, sobrevindo alguma circunstância, tem o devedor dever de avisar, salvaguardando interêsse considerável do credor, como se a prestação se tornou impossível, ou se tem de ser executado por terceiro, em verdade se atende ao que é querido, nas relações da vida, por todos os credores, e o próprio devedor, se no lugar dele estivesse, o teria querido.⁸⁹⁹

É por isso que a confiança como elemento do cerne do suporte fático não apenas inclui as noções de boa-fé na clássica teoria do fato jurídico, mas inclui também as noções de usos do tráfico.

[...] é preciso que A seja seguro da propriedade que tem; mas também é preciso que C, que adquiriu de B sua propriedade de A, transcrita em nome de B, seja seguro da sua aquisição. Segurança do direito e segurança do tráfico de certa maneira colidem. A segurança do direito consiste em que se não ponham em dúvida sua existência e conteúdo. A segurança do tráfico, em que a esperada modificação do estado presente das posições jurídicas de alguma pessoa não seja atingida por circunstâncias que ela ignora. Daí, ter-se de pensar em regras jurídicas que satisfaçam a essa, à custa daquela.⁹⁰⁰

Fato é que tanto confiança quanto boa-fé visam garantir a segurança jurídica, isto é, a ordem jurídica no sentido subjetivo.

5.3 TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE

⁸⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 142.

⁸⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 331 e 332.

⁹⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 139.

Presta confiança às ações dos homens, mas não ao que eles dizem. (Demófilo)

A interpretação da vontade manifestada visa não apenas reconstruir a disposição anímica dos contratantes, mas verificar as condições que cercaram o negócio para definir que direitos e obrigações decorrem dele. Nos dizeres de Sartre “Mas nem só as palavras contam”.⁹⁰¹ Não apenas as palavras registram as intenções, mas a conjugação de todas as linguagens⁹⁰² com as circunstâncias, a determinar que expectativas são passíveis de proteção. As relações sociais não se baseiam unicamente naquilo que foi expressamente manifestado, mas em todas as maneiras que os indivíduos possuem para se comunicar. A forma escrita, isolada da atmosfera dos fatos ignora o valor de todo o restante que compõe a formação de um contrato e que não ficou contemplado no acordo, como um gesto, uma expressão, uma sugestão, uma indução, uma premissa, etc.

Hoje, mais do que nunca, as contratações, notadamente as eletrônicas, são “concluídas muito mais a partir daquilo que se vê e não somente daquilo que se lê”⁹⁰³, evidenciando a importância do princípio da transparência nestas relações negociais.⁹⁰⁴

As características pessoais de cada contratante podem fazer com que uma mesma cláusula contratual seja lida de maneira diametralmente oposta dadas as nuances comportamentais. Cada leitor dará um sentido para determinado texto, assim como cada contratante dá um significado para cada comportamento. Por isso prevê o art. 112 do CC: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”⁹⁰⁵ Este dispositivo demonstra a prevalência da teoria da declaração frente à teoria da vontade, reforçando a importância da confiança.⁹⁰⁶ A questão está em estabelecer o que era legítimo esperar.

⁹⁰¹ SARTRE, Jean Paul. **A idade da razão**. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1981. p. 17.

⁹⁰² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. trad. Marcos G. Montagnoli e Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

⁹⁰³ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.

⁹⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 782.

⁹⁰⁵ O art. 85 do CC de 1916 já trazia esta previsão a exemplo do § 133 do BGB.

⁹⁰⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 142.

Assim, o intérprete deve ir além da vontade tal como manifestada confrontando o sentido literal das expressões com o conjunto de circunstâncias que cercam o enlace contratual.⁹⁰⁷ A análise deve ser dos fatos e não das vontades. Por isso o silêncio também vincula, pois é possível extrair deste comportamento uma expectativa legítima, conforme se depreende do art 111 do CC: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

Como bem aduz Lotufo: “[...] muitas vezes a declaração de vontade não se dá pela forma da linguagem formal, mesmo porque esta, embora a forma mais usual, não é a única. É que, afora as palavras, faladas ou escritas, temos que gestos, comportamentos e até mesmo o silêncio podem servir de expressão de vontade.”⁹⁰⁸ E complementarmente que, independente de servirem para a expressão da vontade conforme queria o contratante, o que mais importa é o que este gesto, comportamento ou silêncio provoca no outro contratante, ou seja, qual expectativa gera.

Declarações tácitas também fazem nascer expectativas legítimas. Assim, se uma conduta, de acordo com as circunstâncias, pode ser interpretada de determinada forma, gerará os efeitos conforme sua compreensão sugere. Trata-se do “sentido objectivo que se pode depreender [...] do comportamento”⁹⁰⁹, uma “lógica de inferência” oriunda dos “usos da vida”.⁹¹⁰

Nas palavras de Mota Pinto:

[...] na declaração tácita, a doutrina põe em destaque o facto de se realizar uma inferência a partir de factos concludentes. À conduta a partir da qual se pode efectuar uma ilação, podemos chamar comportamento concludente. Julgamos que

⁹⁰⁷ A teoria dos contratos relacionais, de certa forma, já chama a atenção para o contexto que envolve um pacto como fator relevante para a determinação das obrigações decorrentes dele, pois define os contratos não apenas pelos interesses circunstanciais, mas também pela história de relacionamento e todos os pactos que se entrelaçam em uma relação comercial. MACNEIL, Ian. **The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil**. Edited by David Campbell. London: Sweet & Maxwell, 2001. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁹⁰⁸ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 232.

⁹⁰⁹ PINTO, Paulo Cardoso C. Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 204.

⁹¹⁰ PINTO, Paulo Cardoso C. Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 893.

este deve ser visto como constituindo o elemento objectivo da ‘declaração tácita’, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa.⁹¹¹

Transcende-se ao voluntarismo ao alinhar a declaração e o comportamento das partes com os usos do tráfico e a natureza das relações desencadeadas, chegando àquilo que as partes confiaram para declarar o que declararam.

Esta tutela à confiança dos sujeitos está presente em diversos institutos do Direito.⁹¹² A teoria dos atos próprios tem este propósito e demonstra que a importância da proteção a legítima expectativa das partes não passou despercebido pelos juristas.

O *venire contra factum proprium*, mencionado quando se tratou da boa-fé, é uma vedação decorrente do princípio da confiança que torna abusivo o exercício de um direito sempre que contrarie situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, nas quais não se admite a adoção de condutas contraditórias. O brocardo criado por Azo Porcius⁹¹³, glosador da escola de Bolonha que viveu entre 1150 e 1230 d.c., aparece na doutrina como: “*venire contra factum proprium nemini licet*”, “*venire contra factum proprium nemo potest*” ou “*venire contra factum proprium nulli conceditur*”⁹¹⁴ e trata-se de uma regra de coerência que veda comportamento que contrarie fatos próprios já praticados.

O comportamento concludente⁹¹⁵, assim como a vontade, faz nascer a confiança naqueles que a percebem. “A circunstância concludente, o fato concludente, é sempre aquele de que se pode concluir ter havido vontade (*ex quo voluntas concludi potest*). [...] Não há qualquer contradição em se falar de declaração tácita de vontade [...] Atividade pura, factica,

⁹¹¹ PINTO, Paulo Cardoso C. Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 748 e 749.

⁹¹² “O tema da proteção da confiança apresenta-se bastante vasto: ao abordá-lo, podem-se mencionar todos os ramos do direito. Dificilmente encontra-se jurista que negue a presença da proteção das expectativas nos mais variados institutos.” ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 117.

⁹¹³ SAVIGNY, Friederich Carl Von. **Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter**. Band V. Das Dreizehnte Jahrhundert. Dritte Ausgabe. Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der zweiten Ausgabe Von 1850. Darmstadt: Fotokop, 1956. p. 2. *apud* JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 22.

⁹¹⁴ SCHREIBER, Andreson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁹¹⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 93.

de que se conclui ter havido manifestação de vontade”.⁹¹⁶ “A teoria da aparência pode ser sintetizada no fenômeno do *parecer* sem *ser*. Essa fórmula, pode-se dizer, serviria de base para a célebre frase ‘Quem cria uma aparência, torna-se escravo dela’.”⁹¹⁷

Historicamente essa é uma noção que nasceu na tradição germânica para situações de posse e propriedade, gerando o poder pela já mencionada *Gewere*. Posteriormente passou a ser adotada como uso do tráfico. Também neste período a doutrina francesa se aproximou da confiança com a previsão do *error communis*, pois no erro também está a confiança.

Na *common law* a proibição do comportamento contraditório remonta à figura da *estoppel*.⁹¹⁸ A figura jurídica que protege uma promessa sem contrato e mesmo sem *consideration*, notadamente no *promissory estoppel*. “O *estoppel* parece vocacionado para proteger a confiança, as expectativas legítimas que nascem do contato social, do que a aparência é parte, não o todo.”⁹¹⁹

Erwin Riezler⁹²⁰ resgatou estas ideias no início do século XX permitindo o renascimento desta máxima no direito continental. Para o autor alemão, o dogma da vontade (*Willensdogma*) impede a formação de um negócio jurídico sempre que ausente uma vontade dirigida a este fim, quando a correta interpretação do §151 do BGB deveria ser a partir do tráfico e das circunstâncias objetivas, admitindo-se a ocorrência de um contrato independente da vontade, mas vinculado ao comportamento das partes.⁹²¹

Erwin Riezler defende a utilidade dessa aproximação metodológica, que, em suma, se constitui numa interpretação normativa teleológica, cujo resultado será utilizado para a construção de um princípio de caráter geral, o qual terá aplicação analógica, sobretudo nos casos de lacunas da lei, que são identificadas como um espaço em branco legal, que nem prescreve, nem proíbe uma solução, que é reclamada pelos próprios fins éticos, sociais e econômicos. (...) essa impossibilidade de tudo prever

⁹¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 396.

⁹¹⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65.

⁹¹⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 697.

⁹¹⁹ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 63.

⁹²⁰ RIEZLER, Erwin. **Venire contra factum proprium**. Studien im römischen, englischen, und deutschen Civilrecht. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912. *apud* JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 72-98.

⁹²¹ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 78.

seria uma característica natural mesma do Direito privado positivado, o qual não teria fim acaso fosse encarregado de antever todas as circunstâncias que cercam a vida prática.⁹²²

Atualmente, o Código Civil permite a aplicação deste instituto por meio da interpretação de diversos artigos vinculados à ideia da confiança. Neste sentido é o Enunciado 362 das Jornadas de Direito Civil promovida no final de 2006⁹²³, dedicada à hermenêutica do artigo que consagra a boa-fé no CC nos seguintes termos: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”⁹²⁴ Fica evidente a íntima relação entre confiança e comportamento concludente demonstrando a crescente preocupação do jurista em tutelar as legítimas expectativas. “Embora tal enunciado tenha sido proposto na interpretação do artigo 422, do Código Civil, que consagra a Boa-fé, ele demonstra o papel que a confiança assume no atual movimento de revitalização do Direito Civil.”⁹²⁵

Isso porque muito se discute sobre o fundamento da vedação do comportamento contraditório na confiança ou na boa-fé. Grande parte da doutrina e da jurisprudência entende o *venire contra factum proprium* como aplicação da boa-fé, contudo, parece mais acertado considerar que a proteção da confiança o fundamenta⁹²⁶, tal como refere Marcio Felix Jobim:

O fundamento normativo que dará forma, força e sentido ao *venire contra factum proprium* será encontrado no princípio da proteção da confiança, valor que protege as expectativas legítimas criadas no tráfego jurídico, e que se defende, no curso da dissertação, seja alçado ao posto de princípio geral do Direito, com autônomo valor normativo.⁹²⁷

Na mesma obra, complementa o autor: “O *venire contra factum proprium*, assim, encontra seu fundamento, sua razão de ser, e sua função na tutela da confiança. Com efeito, a legitimação teórica e jurídica do *venire contra factum proprium* dá-se, segundo a opinião

⁹²² JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 82-83.

⁹²³ Bem como o Enunciado 363 da mesma Jornada: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.”

⁹²⁴ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 258.

⁹²⁵ MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008. p. 271.

⁹²⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

⁹²⁷ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 22.

dominante da doutrina e jurisprudência alemãs, através da proteção da confiança.”⁹²⁸ E adiante, acrescenta: “A confiança, em realidade, representa o próprio fundamento da legitimação do *venire contra factum proprium*, constituindo-se no próprio nexó de imputação do qual o *venire* é um dos casos. (...) É absolutamente necessário que apareça uma confiança. Sem confiança, não há que se perquirir sobre *venire contra factum proprium*.”⁹²⁹

O fato é que impedir o comportamento contraditório tem como propósito proteger a confiança daquele que é surpreendido, sendo que o princípio da confiança visa proteger mais os interesses de quem confia do que nos interesses de quem causa a frustração de uma legítima expectativa em um caso concreto. Deste modo, a teoria dos atos próprios tem suas raízes na proteção da confiança.

Desta teoria surgem diversas figuras jurídicas:

A *suppressio* é a penalidade sofrida por aquele que sonega o exercício de direito subjetivo fazendo nascer legítima expectativa em quem crê na permanência do estado de abandono. A perda do direito subjetivo pelo não exercício (*suppressio*) decorre da confiança gerada em outrem no sentido de que seu exercício após determinado lapso temporal e em certas circunstâncias, contraria a boa-fé. Assim, é a supressão de determinadas relações jurídicas pela inércia no decurso do tempo.

Já a *surrectio* é o nascimento de um direito em decorrência da prática reiterada de certos atos. Assim, se alguém normalmente age de certa forma, os demais confiam que tal pode ser esperado. Ou seja, trata-se do fenômeno inverso, onde a prática de usos e costumes acarreta o surgimento de uma legítima expectativa com o decurso do tempo.

Portanto, nas palavras do mestre Ruy Rosado de Aguiar Jr., “enquanto a continuada inatividade cria no outro uma posição digna de proteção, quando aparente abandono da

⁹²⁸ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 158.

⁹²⁹ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 199-200.

posição jurídica torna indevido o surpreendente exercício do direito, a reiterada atividade faz surgir a ideia de continuidade.⁹³⁰

Por exemplo, o art. 330⁹³¹ do Código Civil⁹³² contempla estas figuras ao dispor que se o devedor efetuar o pagamento em local diverso do previsto no contrato, de forma reiterada, surge o direito subjetivo de assim continuar fazendo-o (*surrectio*) e o credor não poderá contrariá-lo, pois houve a perda do direito de receber no local pactuado (*supressio*).

Diversas outras doutrinas partem desta lógica dos atos próprios, como o inadimplemento antecipado⁹³³ que é forma de *surrectio* na medida em que faz nascer a possibilidade de considerar inadimplida a obrigação quando presente motivo apontado pelo artigo 333 do CC.⁹³⁴ Trata-se de antecipação legal do vencimento em razão de fundado receio de inadimplemento. Assim como o adimplemento substancial (substantial performance) que se aproxima da *supressio* ao retirar o direito do credor de resolver o contrato, excepcionar por inadimplemento ou negar o recebimento da prestação quando o montante do adimplemento superar largamente a pequena parcela inadimplida. Deste modo, o credor não perde o direito de exigir os efeitos de cunho indenizatório, mas perde parte dos direitos decorrentes da mora.

O *tu quoque* é outro instituto que decorre da teoria dos atos próprios. Baseia-se na ideia de que aquele que descumpriu norma legal ou contratual não pode exigir de outro que cumpra o preceito por ele violado. Verificada sua configuração, há uma desconsideração da posição jurídica adquirida injustamente.

⁹³⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 4, t. 2: Da extinção do contrato. p. 106-107.

⁹³¹ Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

⁹³² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 365.

⁹³³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 138.

⁹³⁴ Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

A expressão latina faz referência à frase dita por Júlio Cesar ao ver seu filho adotivo entre seus assassinos: “*Tu quoque, Brute, filii mei!*”⁹³⁵ e que até hoje, na forma da interjeição “Até tu, Brutus” representa uma quebra de confiança.

Parte da doutrina a entende como uma espécie de *exceptio non adimpleti contractus* estendido a todas as situações de descumprimento de dever ou obrigação.⁹³⁶ Comentando o disposto no art. 476 do Código Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam: “Só quem cumpre sua parte na avença pode exigir o cumprimento da parte do outro. O desatendimento dessa regra enseja defesa por meio da exceção material de contrato não cumprido.”⁹³⁷ Muito próximo do *tu quoque* que também serve a reprimir o comportamento incoerente.

Mais uma vez a confiança no comportamento alheio é a base para o nascimento ou perda de direitos.

Na responsabilidade civil contratual, a ideia da confiança aparece principalmente na culpa *in contrahendo*. Elaborada por Rudolf Von Ihering, em artigo de 1860, intitulado “des dommages-interêts dans les conventions nulles ou restrees imparfaites.” Trata-se de uma das primeiras reações ao voluntarismo que não dava respostas ao que hoje se denomina responsabilidade pré-negocial.⁹³⁸

“Outras hipóteses de aplicação da teoria da aparência poderiam ser lembradas (credor putativo, por exemplo), sendo correto afirmar que todas elas acabam por conduzir ao valor fundamental da confiança.”⁹³⁹ Tais institutos demonstram que a confiança está presente na teoria da aparência, embora não se limite a ela, pois o contratante confia no comportamento da outra parte, mas também confia em tudo o que cerca um acordo. Por isso “a chamada aparência, para fins negociais, acaba por ser inteiramente abrangida pela teoria da confiança-

⁹³⁵ JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 174.

⁹³⁶ SCHREIBER, Andreson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 75-76.

⁹³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 687.

⁹³⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

⁹³⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 73.

valor, que se mostra mais adaptável aos demais valores do direito na pós-modernidade (eticidade, socialidade e operabilidade).”⁹⁴⁰

Deste modo, conclui-se que na confiança “observamos exatamente esta transformação na visão protetiva do direito, da vontade individual, para o impacto social.”⁹⁴¹

⁹⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 153.

⁹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 280.

6 TEORIA DO CONSENSO DINÂMICO

Embora a autonomia da vontade seja o alicerce do direito contratual e, por óbvio, deve ser o fundamento-base do contrato, já se tem percebido que a exaltação deste princípio e sua inflexibilidade já não mais se encaixam no mundo de hoje.⁹⁴²

Ao longo dos anos a evolução do Direito foi no sentido de relativizar este princípio surgindo figuras que alteraram a visão clássica do contrato. No entanto, nada foi modificado na estrutura sistemática da Teoria do Fato Jurídico que embasa este formato clássico de contrato.

Essa teoria propõe que, dentre os fatos da vida, são jurídicos aqueles que interessam ao direito, conforme referido na primeira parte deste trabalho. Fato Jurídico (*lato sensu*) é todo acontecimento capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas. Este se divide em: Fato Jurídico *stricto sensu*, qual seja, aquele fato da natureza, portanto, sem vontade humana, que pode ser ordinário⁹⁴³ ou extraordinário⁹⁴⁴; Ato-Fato Jurídico, ato que independe da intenção do agente, basta uma ação humana⁹⁴⁵; e, por fim, a Ação Humana, que pode ser ilícita (Ato Ilícito) ou lícita (Ato Jurídico *lato sensu*), o último divide-se em Ato jurídico *stricto sensu*, quando o ato não for negocial⁹⁴⁶ e o Negócio Jurídico.⁹⁴⁷ Propõe, ainda, que o suporte fático (fato da vida) que será classificado é composto por um elemento integrativo⁹⁴⁸ que diz com o plano da eficácia, um elemento complementar (capacidade civil, por exemplo), que se relaciona com a validade, e um núcleo, que se subdivide em completante e cerne, ligados à existência do negócio jurídico. No negócio jurídico o cerne deste núcleo é a manifestação de vontade.⁹⁴⁹

Tal estrutura foi posta em cheque, pelos chamados “atos existenciais”, pela sociedade massificada, pelos contratos de adesão e pelas situações da vida que demonstram que há uma

⁹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.

⁹⁴³ Por exemplo: nascimento, morte, decurso do tempo.

⁹⁴⁴ Por exemplo: caso fortuito ou força maior, terremoto, enchente.

⁹⁴⁵ Por exemplo: a pintura de um quadro.

⁹⁴⁶ Por exemplo: quitação, perdão, confusão.

⁹⁴⁷ Interessante salientar que o CC de 1916 não reconhecia esta última distinção, enquanto o atual código segue o modelo germânico diferenciando o ato jurídico lícito do negócio jurídico.

⁹⁴⁸ Presente somente em alguns casos como, por exemplo, a autorização estatal.

⁹⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1-6.

falha neste modelo baseado nos ideais liberais, além, é claro, da percepção hodierna de que a doutrina clássica por muito tempo atribuiu importância exagerada à vontade das partes no negócio jurídico. E a teoria do fato jurídico descrita por Pontes de Miranda afirma categoricamente que “Não há negócio sem vontade de negócio”⁹⁵⁰ e que “Quando a vontade desaparece, isto é, quando se abstrai dela, não há negócio jurídico”.⁹⁵¹ Também este brilhante doutrinador reconhece, no entanto, que esta vontade pode ser fruto de uma confiança no comportamento dos contratantes diante dos usos do tráfico: “Não seria de admitir-se que não produzissem negócio jurídico como: a aceitação da herança (...); a aceitação da oferta pelo consumo da mercadoria”⁹⁵². Além disso, frisa também que mesmo o silêncio, quando induz a uma legítima expectativa, pode ser fonte de obrigações: “Também não se há de dizer que, nas declarações de vontade silentes, não há intenção de comunicar a vontade.”⁹⁵³ Isso é, na prática, principalmente na comercial, já se percebe a existência da confiança, mas para ampará-la são criados institutos, princípios, exceções, não sistematizando este que é um elemento do negócio. A importância dos usos do tráfico nos negócios é tanta que o próprio Código Comercial revogado já previa no art. 130 que “As palavras dos contratantes e convenções mercantis devem inteiramente estender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, pôsto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.”⁹⁵⁴

Portanto o que aqui se propõe é uma releitura dessa teoria a partir da criação de um elemento que comungue vontade e confiança de um modo dinâmico, a formar um “consenso justo”. Tal união dá a pluralidade que o contrato exige, pois há que se tratar das manifestações dos contratantes de maneira conjunta, como uma decisão tomada em consenso a partir do que era legítimo esperar. Não se deve entender que há manifestações de vontade, mas sim um compartilhamento de vontades.

O núcleo do negócio jurídico é formado pelo cerne e pelo completante. A começar pelo cerne (núcleo do núcleo do negócio jurídico), onde estaria a manifestação de *vontade*

⁹⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 7.

⁹⁵¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 39.

⁹⁵² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 5.

⁹⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 6.

⁹⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 330.

conforme a doutrina clássica, propõe-se que esteja o *consenso dinâmico*, isto é, a *vontade* mais a *confiança* variando conforme a situação fática. Isso ocorre em função de uma ótica reflexiva da vontade. Ou seja, não são simplesmente duas vontades independentes que, quando manifestadas, criam o negócio jurídico, mas sim, duas vontades relacionadas, recíprocas. A vontade recíproca ocorre não apenas porque o contratante A quer vender e o B comprar, mas porque o contratante A confia ou acredita que B quer comprar, e o contratante B confia que A quer vender. Se A quisesse vender, mas não acreditasse que B queria comprar, não estaria vendendo e se B quisesse comprar, mas não soubesse que A quer vender, não estaria comprando. Assim se pode exemplificar esse raciocínio imaginando que A afirma “vou te vender (vontade) e tu vais me comprar (confiança)” e que B diz “vou te comprar (vontade) e tu vais me vender (confiança)”.

A conclusão que se tira disto é que no cerne do núcleo está a *vontade de celebrar* (designado como *a* para fins didáticos) e a *confiança na conduta do outro contratante, nos usos do tráfico e demais circunstâncias negociais* (aqui chamado de *c*). O primeiro elemento é de fácil verificação. Não se trata da vontade de celebrar de determinada forma, com determinadas condições, nem mesmo de maneira livre ou de boa-fé, pois isto é matéria para a validade do negócio. É apenas a vontade de contratar. Ela - assim como as demais circunstâncias do negócio jurídico - provoca a confiança no outro contratante quando declarada. O segundo elemento, que seria a confiança na atitude do outro contratante com base nos usos da cultura onde está inserido o negócio, surge com a manifestação da vontade de celebrar oriunda do primeiro contratante. Assim, a *vontade de celebrar* do contratante A cria a *confiança na conduta do outro contratante* do contratante B e a *vontade de celebrar* de B cria a *confiança na conduta do outro contratante*, de A. Um elemento irá contrabalancear o outro. Assim, se não há a vontade bem clara, e o contrato ainda assim for firmado, é porque o contratante que não recebeu a vontade clara do outro contratante confiou mais neste. Se a vontade estiver perfeitamente manifestada e comprovada (já há uma promessa de compra e venda, por exemplo), não será necessário que haja muita confiança, pois é mais certo que a vontade existe e que as consequências esperadas estão seguras. A confiança na conduta do outro contratante deve basear-se na vontade manifestada e nos usos do tráfico. Isto porque nem tudo pode ficar previamente estipulado, notadamente em uma sociedade complexa.⁹⁵⁵

⁹⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

Assim, tudo o que não constar da manifestação de vontade, mas for comum na vida pode gerar a confiança no outro contratante. Algumas atitudes são esperadas simplesmente porque se sabe que sempre aconteceram daquele modo. As coisas que não são expressamente estipuladas, mas podem ser esperadas também são capazes de provocar a confiança dos contratantes. E não só cria como produz em quantidade superior, pois aquilo que não está na manifestação de vontade reduz o elemento *a* e aumenta o elemento *c*.

Se no cerne há a decisão em consenso de celebrar o contrato, no elemento completante há uma decisão baseada no consenso quanto às características do negócio. Exemplificativamente, seria como acrescentar a frase “em tais condições” às afirmações supramencionadas dos contratantes A e B. Isto é, quando A diz “vou te vender e tu vais me comprar o objeto X, pelo preço X, etc.” e B afirma “vou comprar e tu vais me vender o objeto X, pelo preço X, etc.”. Se a afirmação de uma das partes for Y, não há vontade compartilhada (consenso) e, portanto, não há como existir uma confiança nesta vontade. Partindo-se do pressuposto de que há este consenso, já que o contrato foi celebrado, o elemento completante não se formaria apenas com a vontade de celebrar o contrato em determinadas condições, mas sim, na confiança de que tais condições não serão alteradas. Portanto, o elemento completante se forma a partir do *consenso* quanto às características do negócio e da situação fática que o circunda. Este consenso se compõe de uma *vontade de ajustar as características de acordo com a circunstância fática existente* (estipulação consensual do preço, quantidade, prazo, etc.) (designado pela letra *b*) e de uma *confiança na manutenção das características do acordo e da situação fática* (*d*). Situação fática essa que envolve outros fatores como a cultura e os costumes locais, as leis e atos administrativos vigentes, mesmo eventos da natureza, pois tudo que pode se alterar é potencial causador de quebra da confiança na manutenção dos fatos conforme o que razoavelmente se pode esperar.

Assim, o núcleo do contrato compõe-se de vontade (*a* e *b*) e confiança (*c* e *d*).

Dependendo do contrato, *a*, *b*, *c* e *d* variam em grau. E há uma complementação entre estes elementos, pois se *a* aumenta, *c* diminui e vice versa (cerne), assim como se *b* aumenta, *d* diminui e vice versa (completante).

Neste diapasão *a* e *c* se complementam o que se pode perceber com exemplos. O elemento *a* complementa o *c*, por isso não há por que desconfiar de uma vontade claramente

manifestada e de provável cumprimento, assim, sempre que o elemento vontade estiver perfeitamente expresso, fica reduzida a relevância da confiança no caso servindo apenas de norte hermenêutico da declaração. É o *a* substituindo o *c* na medida em que o *c* se torna menos necessário à formação da obrigação claramente manifestada e compreendida. Também por este motivo alguém com muita vontade de contratar, o faz ainda que desconfiado.⁹⁵⁶ Outro exemplo de vontade manifestada tomando o lugar deixado pela falta de confiança é a cláusula penal. Assim, quando as partes desconfiam do adimplemento da outra parte, estabelecem, por meio de sua manifestação de vontade, como precaução, uma multa a ser cobrada caso a desconfiança se confirme.

O elemento *c*, da mesma forma, complementa *a*. Isso porque embora a vontade tenha papel essencial na formação dos contratos, por vezes pode ser dispensável para a existência de um negócio jurídico, pois as demais circunstâncias que rodeiam a contratação também podem provocar expectativas consideradas legítimas formando um negócio independente da manifestação de vontade de ambas as partes.

Todo contato social, toda relação de proximidade fática, é passível de gerar conseqüências obrigacionais, no mínimo ante a ocorrência de danos. Além deles, a conduta das partes pode também gerar vínculos, nascidos não em razão de uma atividade formal (a firma aposta a um documento, por exemplo), mas sim de um elemento material concretamente verificado, como é o caso da confiança gerada de uma parte pela outra.⁹⁵⁷

É por isso que no célebre “caso dos tomates” os produtores devem ser indenizados. Trata-se de situação em que produtores de tomates recebiam sementes que posteriormente eram vendidos à empresa CICA. Ocorre que em determinado ano, a empresa decidiu não comprar a safra.⁹⁵⁸ Isto porque, embora não houvesse expressamente a vontade (*a*), a conduta da empresa no sentido de todo o ano contatar o produtor rural criou uma legítima expectativa neste agricultor que plantou as mesmas grandes quantidades de tomate esperando que a

⁹⁵⁶ “mesmo havendo extrema desconfiança pode haver, sim, contrato.” ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 124.

⁹⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

⁹⁵⁸ Transcreve-se um desses acórdãos: “Contrato. Teoria da aparência. Inadimplemento. O trato, contido na intenção, configura contrato, porquanto os produtores, nos anos anteriores, plantaram para a Cica, e não tinham por que plantar sem a garantia da compra.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes n. 591083357. Relator: Juiz Adalberto Libório Barros, J. 01/11/91. *Jurisprudência TJ/RS*, Cíveis, 1992, v. 2, T. 14, p. 1-22.

contratante agisse da mesma maneira de sempre. Assim, se a CICA não mais pretendia adquirir os produtos do agricultor, deveria ter informado sob pena de gerar uma falsa expectativa naquele que, agora, se vê com enorme quantidade de produtos perecíveis sem ter a quem vender, até mesmo porque o produtor não buscou novos compradores durante o ano, na certeza de que já possuía um fixo. É a confiança na conduta do outro contratante fazendo as vezes da vontade na formação do negócio e, assim, gerando obrigações.⁹⁵⁹

Outro exemplo é o caso do estacionamento, aqui já referido. Não importa a vontade manifestada se for praticado ato que indique o contrário segundo as regras de experiência comum. Assim, o ato de deixar o veículo em estacionamento pago gera a presunção, nos agentes do estacionamento, de que aquele que deixou o carro está disposto a pagar pelo serviço. Os agentes confiaram que se o carro foi deixado no parque de estacionamento, aquele que o deixou pagaria por isto, pois esta é a conduta que legitimamente se espera, independentemente da expressa manifestação da vontade de não pagar.

Para conferir base legal à regra aqui proposta, basta interpretar os arts. 110 do CC quando menciona a subsistência da manifestação de vontade em caso de reserva mental, bem como o art. 111, ao afirmar a desnecessidade da manifestação de vontade, bastando o silêncio de uma das partes quando as circunstâncias ou os usos autorizarem, e mesmo o art. 113 que também se vale dos “usos do lugar da celebração” como parâmetro para interpretação, pois estes dispositivos coadunam com a teoria que aqui se apresenta.

Segundo Carneiro da Frada, os ataques à vontade humana enquanto critério e limite do negócio, e a procura alternativa de alicerçar uma eficácia jurídico-negocial na confiança possibilitam, no fundo, portas a tentações hegemônicas do negócio absorver a doutrina da confiança. Assim, a determinação e a delimitação do âmbito desta última representa uma tarefa dogmática imprescindível.

⁹⁵⁹ “O que pode parecer estranho na responsabilidade decorrente da frustração da confiança depositada numa pessoa é que, em determinados casos, ela não pretendeu obrigar-se, nem cometeu alguma falta, não tendo necessariamente agido com culpa ou dolo, mas, não obstante, tornou-se devedora ou responsável perante quem nela confiou. Há, todavia, uma condição básica que consiste no fato de ter o prejuízo decorrido da confiança que inspirou o responsável, criando-se uma expectativa em favor de outrem, que assim se torna credor no momento da frustração que passa a sofrer. É com base na confiança depositada em outrem que, em certos casos, se valoriza a declaração unilateral de vontade, que se justificam os efeitos do mandato aparente e que se admite a revisão do contrato. Na realidade, desloca-se, com essa nova fonte das obrigações, o foco que o direito tinha em relação à própria responsabilidade, vinculando-a tradicionalmente ao comportamento do responsável, ou seja, do devedor. Já no caso de aplicação do princípio da confiança, enfatiza-se o direito do credor à segurança, ou seja, ao cumprimento das promessas por ele deduzidas do comportamento alheio em virtude da relação de confiança.” WALD, Arnoldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 42.

Seguindo essa linha, afirma-se que, mesmo sem vontade e sem culpa, pode haver responsabilização com fundamento na confiança.⁹⁶⁰

Também *b* e *d* se complementam, senão vejamos.

O elemento *b* complementa o *d* em casos como a cláusula de escala móvel, por exemplo. Isto é, por não confiarem na manutenção das circunstâncias fáticas, as partes decidem conjuntamente o que fazer para garantir o equilíbrio do contrato frente à confirmação da falta de estabilidade dos elementos do mundo que interferem no contrato. É o receio da modificação dos fatos (falta de confiança) que faz crescer a importância de uma previsão em comum acordo (vontade compartilhada), conjugando o viés objetivo e o subjetivo que compõem os negócios jurídicos.

Por fim, também *d* complementa *b*, o que se percebe com a inversão do exemplo acima. Assim, se as partes não tiverem dúvidas, acreditarem muito, confiarem na manutenção dos fatos, não há porque acrescentar uma cláusula com uma estipulação em caso de alteração das circunstâncias fáticas. Por isso um contrato de execução imediata não possui previsão de uma cláusula de *hardship*, por exemplo.

Se o grau de um dos elementos for zero, isto é, não existir, ocorrerá o seguinte:

A princípio, se *a* for zero o negócio jurídico não existirá, pois sem o elemento do cerne do negócio jurídico, não está presente o pressuposto para entrar no plano da existência eis que, conseqüentemente, o *c* do outro contratante também não existirá. Por exemplo, se A não disse que quer vender, B não pode afirmar que confia nisto. Mas nem sempre é isso que ocorre, pois se *c* fizer as vezes de *a*, o negócio pode existir. Se de alguma forma o contratante A gerou uma expectativa em B (*c*), ainda que sem utilizar a vontade declarada (*a*), o negócio jurídico existe. Isto porque a confiança também pode surgir dos usos do tráfico ou pelo comportamento da outra parte. Este é o caso dos exemplos dados na complementação de *a* por *c*: o caso dos tomates e o caso do estacionamento, onde tanto o motorista quanto a CICA manifestaram expressamente que não queriam contratar, mas com seus comportamentos, aliados ao que normalmente acontece, geraram a legítima expectativa nos outros contratantes.

⁹⁶⁰ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 124.

Este é o caso de uma espécie de “consenso presumido”, pois, sempre que o contrato for baseado somente na confiança despertada sem que haja a vontade de uma das partes, o consenso não é expresso (pela vontade de ambos), mas sim suposto, isto é, criado a partir de uma expectativa legítima.

Aqui também está o caso dos atos existenciais. Nos casos em que os usos do tráfico, ou seja, o comportamento social típico, é o gerador da confiança, a vontade não possui relevância. Por este motivo, nos casos de compra e venda a menor, onde a vontade do incapaz não existe, o contrato ainda assim existe - baseado na confiança -, e por isso ninguém desconstituiria a compra de um sorvete realizada por um menino de dez anos. O problema que surge quanto à validade do ato na teoria do negócio jurídico - eis que este contrato não preenche os requisitos do artigo 104, I (agente capaz) -, também resta solucionada pela teoria do consenso dinâmico, pois este requisito é o único que está vinculado à vontade e se a vontade nestes casos não tem relevância (pois no núcleo de um ato de tipicidade tráfica só há confiança eis que o elemento vontade é zero), conseqüentemente não se pode exigir o requisito do agente capaz.

Evidentemente deve-se tratar de contrato informal e não complexo, não haja prejuízo ao incapaz ou talvez, em alguns casos, trate-se de objeto indispensável à sobrevivência digna, pois não há como defender o surgimento de uma legítima expectativa no outro contratante nos casos em que o contrato é complexo ou o valor é alto. Trata-se de contratos simples do cotidiano, atos corriqueiros, considerados normais, tais como a venda de um sorvete a um menor, pois o sorveteiro não tem por que se negar a vender a uma criança que possua os valores para a compra de seu produto. Embora sem vontade (porque se estivesse presente estaria viciada pela incapacidade), o negócio existe, baseado tão somente na confiança gerada pelo comportamento social típico, combinado à atitude do outro contratante, e por este motivo o contrato também é válido, porque não há necessidade de um agente capaz quando não interessa a vontade, sendo necessário somente que se preencham os demais requisitos de validade do negócio jurídico (objeto lícito, possível e determinado e forma adequada). Nos casos em que o consenso é presumido, isto é, baseado na confiança, os requisitos de validade ligados à vontade perdem a utilidade.

Isso ocorre porque o vendedor de sorvete substitui a vontade “viciada” do incapaz pela confiança nos usos do tráfico, pois se o consenso é baseado na confiança (presumido), desimportam os requisitos de validade ligados à vontade. Evidentemente isto não pode se aplicar a todas as contratações que mantêm a necessidade do preenchimento dos requisitos de validade, trata-se somente de encaixar na teoria os atos que acontecem na prática e não são contrários aos princípios que regem o Direito Civil. O Direito não deve ignorar a existência de uma confiança proveniente daquilo que é usual na prática.

Tal regra também pode servir para legitimar as compras feitas na internet por incapaz⁹⁶¹, pois a pessoa que vende não tem como saber se o comprador é um agente capaz, tendo que confiar nisto. Evidentemente em caso de ação buscando a desconstituição do negócio jurídico, o juiz deverá levar em consideração todos os fatores para analisar a existência e validade do contrato, mas, para isso, avaliará a vontade e a confiança das partes.

Se c for zero, o negócio jurídico, a princípio, também não existirá, pelo mesmo motivo da ausência de a . Portanto, se A não confia que B irá celebrar o contrato (porque acredita que B é incapaz e o bem negociado é um imóvel, por exemplo), apesar de B manifestar seu interesse, A não concordará em contratar com B . Entretanto, se, apesar de não possuir c , o contratante A decida manifestar sua vontade, nada impede que o contrato seja celebrado, por mais improvável que isto seja. Assim, não se pode dizer, de plano, que a ausência de confiança impede a existência do contrato. Isso porque a vontade não precisa de motivo para existir, como ocorre com a confiança que precisa ser despertada, quer pela vontade do outro contratante, quer pela forma que o comportamento deste é visto pelos usos do tráfico. Somente a inexistência de ambos (impedindo que o remanescente complemente o faltante) faz o negócio jurídico ser inexistente.

Se b ou d tiverem grau zero, tal fato não impedirá a existência do contrato, apenas provocará o seu desequilíbrio que deve ser sanado pelo Direito.

Deste modo, se o b de um dos contratantes for zero, se estará diante de um contrato de adesão. Isto porque o aderente, embora possua a vontade de celebrar (a), não pode manifestar

⁹⁶¹ KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

sua vontade acerca das condições em que quer celebrar. Sua vontade é unicamente de celebrar ou não. Ao aderir a um contrato com cláusulas gerais, se está afirmando a existência de *a* e não de *b*. Para aceitar uma contratação desta, o nível de confiança não apenas na manutenção das circunstâncias fáticas, mas nos usos do tráfico se eleva muito para compensar a redução da autonomia privada. Portanto a confiança nos usos do tráfico está presente tanto em *c* quanto em *d*, pois aquilo que habitualmente se faz pode provocar a confiança de que o outro contratante celebrará (*c*) ou que o outro contratante celebrará na forma (com as características) como sempre celebra (*d*). Isto porque o equilíbrio das condições do contrato (preço, quantidade, prazo) depende tanto da manutenção dos fatores externos ao contrato quanto da conduta do outro contratante conforme o que se espera dele no que toca às características previamente estipuladas. Para compensar esta ausência forçada do elemento *b* - forçada porque não se oportuniza a fase das tratativas ao aderente que, se quiser contratar, terá que aceitar o modelo proposto por aquele que elaborou sozinho o contrato – o Direito faz uma interpretação mais favorável ao aderente, facilita a revisão destes contratos, entre tantas outras previsões protetivas, como as do Código Civil⁹⁶² nos arts. 423 e 424.

E se o *d* de uma das partes não existir, isto é, houver a certeza da impossibilidade de manutenção das circunstâncias fáticas a influenciar nas condições estipuladas, estamos diante da impossibilidade de cumprimento por fato superveniente. Se uma das partes deixar de confiar que as condições ajustadas são equânimes, poderá questionar a existência deste elemento junto ao Poder Judiciário. Por isso, quando um caso fortuito ou força maior (impossibilidade absoluta) provoca uma alteração nas circunstâncias fáticas (uma tempestade destruiu uma lavoura impossibilitando o cumprimento da vontade manifestada nas condições estipuladas no pacto), é possível requerer a resolução do contrato. Em caso desta impossibilidade ser relativa ou econômica, revisar-se-á o contrato naquilo que ele se tornou impossível. Trata-se da redução do negócio jurídico com base na onerosidade excessiva.⁹⁶³ Se a extraordinária e repentina alta de uma alíquota tornar o preço incompatível com o que fora estipulado, some o elemento *d* na medida em que o contratante confiava que aquelas

⁹⁶² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 655-656.

⁹⁶³ “EXCESSIVIDADE SUPERVENIENTE DO EFEITO E IMPOSSIBILIDADE. – A excessividade (insuportabilidade) pode ser posterior ao negócio jurídico. Então, já o suporte fático se fez fato jurídico; já é, vale e quiçá já tenha todos os efeitos o negócio jurídico. As circunstâncias não podem atingi-lo mais; sobrevêm-lhe. A exorbitância é relativa ao cumprimento. Todo o problema está em se saber desde quando o insuportável perfaz o impossível.” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 53.

características do contrato eram compatíveis com as circunstâncias em que o pacto foi celebrado, mas não com as circunstâncias de sua execução. E a confiança vale para todo o “processo da obrigação”, para usar as palavras do mestre Clóvis do Couto e Silva.⁹⁶⁴ É aí que se encaixam os artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil⁹⁶⁵, dispositivos cuja colocação na teoria geral do Direito Civil tem trazido dificuldade para a doutrina baseada nas teorias clássicas. É a inclusão dos princípios da onerosidade excessiva e do equilíbrio na teoria do fato jurídico.

O adjetivo “dinâmico” agregado ao consenso presente no núcleo do suporte fático refere-se à constante alteração entre os elementos do núcleo do negócio jurídico: manifestação de vontade e confiança. Isso porque o consenso pode ser expresso ou presumido, pode contar com mais vontade e menos confiança ou menos vontade e, portanto, mais confiança de ambas as partes, pois sempre que a manifestação de vontade tiver menos importância para determinado negócio jurídico, maior será a importância da confiança e vice-versa, baseando-se a existência do negócio em uma dinâmica sistemática de equilíbrio entre esses fatores.

Compreendida a inclusão da confiança no núcleo do negócio jurídico (plano da existência), embora não seja este o objetivo deste trabalho, pode-se adentrar ao elemento complementar⁹⁶⁶ (plano da validade), para demonstrar que, por consequência, este plano também passa a sofrer influência do princípio da proteção da confiança.

Como referido na primeira parte do trabalho, para o negócio jurídico existir, é necessário que haja manifestação de vontade, agente emissor de vontade, objeto e forma. Entretanto para que o negócio seja válido, esses elementos devem ser adjetivados. Portanto, para que um negócio jurídico não seja nulo ou anulável, é necessário que haja qualificadores como manifestação de vontade *livre e de boa-fé*; agente emissor de vontade *capaz e legitimado para o negócio*; objeto *lícito, possível, determinado ou determinável* e forma *adequada*, isto é, *livre ou legalmente prescrita*.

⁹⁶⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976.

⁹⁶⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 561-562 e 690-693.

⁹⁶⁶ Vale lembrar que o elemento complementar não se confunde com o completante, pois aquele diz com a validade do negócio jurídico e não com a existência que se relaciona com o núcleo, que, por sua vez, é formado por cerne e completante.

No que toca ao elemento vontade, para que um negócio jurídico exista, é necessário que haja declaração neste sentido, enquanto, para que seja válido, a vontade deve ser *livre e de boa-fé*. Caso o negócio jurídico fira o primeiro requisito - vontade livre - há um vício de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) e em caso de falha no pressuposto da boa-fé, há um vício social (fraude contra credores e simulação).

Essa vontade livre e de boa-fé produz uma expectativa legítima, gerando confiança na validade do negócio, sendo que a confiança se baseia tanto na vontade manifestada quanto nos usos do tráfico. Caso haja uma falha na validade que já é comumente aceita, não há porque invalidar o negócio. Seria uma espécie de princípio da instrumentalidade das formas aplicado ao Direito Civil, isto é, uma convalidação tácita que acontece na prática embora não aconteça no Direito. É o caso de alguns atos existenciais, em tese, ilícitos, mas cuja aceitação social permite gerar efeitos.

Também aqui há uma vontade e uma confiança, a primeira seria a *vontade livre e de boa-fé*, e a segunda a *confiança na validade do negócio*. Assim como nos outros casos, também aqui vontade e confiança se complementam, demonstrando a influência da confiança em todos os planos.

Assim, quando há dúvida a respeito de a vontade ser livre e de boa-fé ou se houver risco maior de a vontade ser viciada, exigem-se maiores garantias, como por exemplo, a escritura pública em contratos solenes. Em tal circunstância, um agente público garante a ausência de vícios do negócio jurídico, reduzindo a importância da confiança na validade daquele negócio.

Da mesma forma o elemento integrativo (eficácia) é influenciado pela confiança. Esse plano diz com a necessidade de elementos que auxiliem na proteção da confiança dos contratantes. Assim, a falta de um fator de eficácia exigido por lei pressupõe que uma das partes terá sua legítima expectativa lesada. Por exemplo, a exigência de averbação no registro de imóveis para dar publicidade ao contrato de compra e venda busca proteger a confiança de terceiros.

De qualquer forma, é no plano da existência que a teoria do negócio jurídico pode acrescentar este valor como elemento, atualizando a concepção subjetiva e individualista das

teorias clássicas indo além da vontade das partes para englobar tudo o que compõe um negócio jurídico quando do seu nascimento.

Esta nova estrutura pretende com o simples acréscimo de um instituto que se integrem os elementos subjetivos (manifestação de vontade) e objetivos (objeto e forma), mantendo o equilíbrio entre intenção e expectativa. A proposta é redesignar a expressão “confiança” para que inclua o conteúdo socializador do contrato e sirva de contraponto em uma relação de equilíbrio com a vontade declarada. Não condiz somente com a fé na declaração, mas também com todas as circunstâncias que envolvem um negócio jurídico. Enquanto o elemento vontade cuida das partes, sua consciência, intenção, etc., a confiança leva em conta os usos do tráfico, a ordem jurídica, a boa-fé objetiva, terceiros eventualmente atingidos, a forma e o objeto, etc.

As teorias clássicas tanto se debruçaram sobre a vontade, a intenção, a reserva mental, o respeito à palavra dada, que ignoraram o poder formador de uma obrigação presente nas justas expectativas oriundas da confiança. Em uma economia massificada, padronizada e globalizada, torna-se imprescindível avançar sobre as concepções voluntaristas que já não mais traduzem a realidade. Deste modo, a avaliação posterior da expectativa permite adaptar o que foi querido na celebração ao que é justo na execução e, por isso, a expectativa também faz parte da estrutura dogmática que representa o contrato dos dias de hoje.

O elemento confiança permite dizer que a vontade exteriorizada socialmente compreendida é que forma o contrato. Se não a considerarmos, acabaremos avaliando a vontade interna, psíquica, que há muito se sabe não ser suficiente para a formação do pacto.

O próprio Pontes de Miranda chega a reconhecer que se pode considerar que há o dever de cumprir uma vontade não manifestada quando os usos do tráfico criarem o dever de manifestar a vontade: “Tal dever de receber manifestação de vontade ou existe *a priori*, ou resulta de certa participação no tráfico [...] e da incidência de princípios de boa-fé”.⁹⁶⁷ A explicação para tanto parece estar no fato de que o devedor tem o dever de manifestar vontade, se esta for contrária aos usos do tráfico, para que não gere expectativa legítima na

⁹⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 414 e 415.

outra parte, a permitir o nascimento de negócio, fonte de uma obrigação com base na confiança.

Para explicar isso, Pontes de Miranda afirma que a expressão “manifestação de vontade”, presente no cerne do suporte fático, comportaria tanto a “declaração de vontade” como a “manifestação não declarada”.⁹⁶⁸ Ocorre que a “manifestação não declarada” só gera uma obrigação se assim for compreendida, se provocar uma expectativa legítima. Por isso, a inclusão da confiança como componente do cerne permite que não apenas a “declaração de vontade” seja fonte da obrigação negocial.

A teoria da pressuposição de Bernard Windscheid⁹⁶⁹ já aceitava que um contrato nascesse do reconhecimento deste pelo outro contratante.⁹⁷⁰ Hipótese que aponta para uma obrigação oriunda da confiança, apesar de manter os dogmas voluntaristas, pois, ao afirmar que a cisão entre a vontade interna e declarada deve ser provada, tende a uma abordagem na qual prevalece a manifestação volitiva como formadora do negócio.⁹⁷¹ Apesar de não ter sido adotada pelo BGB alemão, muito menos pelo CC brasileiro, teorias como esta vêm questionando o papel da vontade quando, na prática, verifica-se o nascimento de obrigações negociais com base na confiança.⁹⁷²

⁹⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 416. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 3. p. 4.

⁹⁶⁹ SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil. Curitiba: Juruá, 2012. p. 116.

⁹⁷⁰ “A pressuposição está, historicamente, ligada à teoria de Windscheid. Ele sustentava estar presente, em todo negócio, uma situação fática (passada, presente ou futura), passava a ser parte integrante da manifestação de vontade. Não ocorrendo dita situação, falhava o pressuposto sobre o qual se construía o negócio, autorizando o seu desfazimento. Tratava-se de verdadeira condição não desenvolvida, porém pressuposta.” SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 112-113.

⁹⁷¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 78 e 79.

⁹⁷² Pontes de Miranda questiona a influência no negócio jurídico das circunstâncias que vão além da vontade apresentando exemplo: “Não influi na existência, na validade, ou na eficácia do ato jurídico, a circunstância de que o outro figurante ou destinatário conheça o motivo que levou o manifestante da vontade a manifestá-la. Se A encomenda mesas de aço para a cozinha de seu apartamento, mas, no intervalo, vende o apartamento, o fato de saber a empresa que as mesas se destinavam ao apartamento *a*, para o qual já se encomendaram outras, de mármore, noutra casa, não cancela a encomenda.” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2. p. 420 e 421.) De fato, as circunstâncias não influem na hipótese apresentada, mas não porque a confiança nas circunstâncias não gera obrigações, e sim porque a vontade manifestada se sobrepõe a estas uma vez que a confiança serve para preencher lacunas deixadas pela vontade. Se a encomenda das mesas de aço ainda é devida, não é porque a conduta do agente que vendeu o primeiro apartamento não influencie na obrigação, mas sim porque havendo vontade expressamente declarada, seu silêncio (não cancelamento expresso) provoca a confiança na permanência do negócio jurídico, tal qual pactuado.

A confiança aproxima os elementos subjetivos e objetivos de um negócio jurídico. O aspecto subjetivo se refere aos agentes e às suas intenções e, normalmente estará presente em um acordo, ainda que a manifestação de vontade não seja o único elemento capaz de formar um negócio; enquanto o aspecto objetivo é tudo o que não se relaciona aos sujeitos, mas faz parte do acordo, são as circunstâncias negociais.⁹⁷³ As circunstâncias envolvem o objeto e a forma, sendo que tudo aquilo que os agentes acreditam existir (confiam) em torno da contratação gera este liame que reúne coisas e pessoas presentes em um negócio jurídico determinando o comportamento das partes no sentido de fazê-lo nascer.

Insistir na declaração de vontade como único elemento formador dos negócios jurídicos impede de encontrar respostas para questões corriqueiras, tratando-as como exceções para não renovar a estrutura dogmática contratual. As teorias que veem a manifestação de vontade como único fator fundamental para o nascimento de uma obrigação contratual nunca conseguiram explicar as relações paracontratuais oriundas de comportamentos sociais típicos. Consideram nulo - e, portanto, incapaz de gerar efeitos - o contrato firmado por menor impúbere, ignorando, por exemplo, que diariamente crianças e adolescentes contratam. Ou mesmo nas relações válidas, são incapazes de justificar o nascimento de deveres que extrapolam os ajustados pelas partes. A confiança dentro do contrato, a fazer contraponto com a autonomia privada, faz nascer os deveres que ultrapassam os expressamente previstos pelos contratantes.⁹⁷⁴

A confiança no comportamento (manifestado ou deduzido) é que gera as declarações negociais. A conjugação destes elementos gera a vinculatividade, sendo que, em algumas

⁹⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

⁹⁷⁴ “E mesmo que o equilíbrio perfeito só exista enquanto utopia – de leituras românticas da vida e do Direito, das quais, também nós, não conseguimos nos afastar -, é impossível negar que transparência e respeito recíproco delineiam o desvelar de cada relação obrigacional. Tais deveres também não decorrem da autonomia privada. Paradoxalmente, são inafastáveis por essa. Ademais, apesar de recorrente sua conexão com a boa-fé objetiva – sem dúvida, a fonte mais conhecida -, emanam de variadas nascentes, incluídas, aqui, por óbvio, as constitucionalmente consagradas. De modo mais pragmático, pode ser afirmado que o contrato – fonte que é, como fato jurídico, do fenômeno obrigacional – é responsável pelo nascimento de deveres que ultrapassam os expressamente ajustados pelas partes. Deveres que, só poderão ser identificados consoante as circunstâncias peculiares que envolvem cada processo obrigacional apreciado em sua concretude. Ao contrário dos deveres de prestação – que, no universo contratual, em regra, subordinam seus efeitos à autonomia privada -, os deveres aqui tratados produzirão efeitos independentemente de explícita previsão e, mais que isso, independentemente da validade do contrato.” CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 146.

situações, não são necessárias as manifestações de vontade porque o vínculo “se basearia na tipicidade social, nas concepções do tráfico e na boa-fé, de acordo com as quais se geraria uma confiança, fundamento negocial autônomo”.⁹⁷⁵

Os princípios clássicos como a autonomia privada e a obrigatoriedade dos pactos trataram de permitir que o homem pudesse dispor livremente de seu patrimônio, assumindo obrigações voluntariamente por meio de regras dispostas nas cláusulas contratuais. Não significa, entretanto, que na interpretação dessas regras, estes devam ser os valores prevalentes. A confiança bem como a boa-fé e o equilíbrio servem de base para a hermenêutica das regras construídas graças à autonomia privada. Assim, o princípio da confiança atua na interpretação das vontades manifestadas e na avaliação das expectativas criadas.

Notadamente nas relações de consumo, é impreterível considerar esta mudança paradigmática.

Com respeito às relações de consumo, a proteção a confiança é antes de tudo uma resposta à massificação das contratações e das práticas negociais de mercado. Uma das consequências deste fenômeno nas relações de consumo, já referimos, é a crescente despersonalização do contrato, fazendo com os consumidores, sejam identificados pelos fornecedores, não mais pessoalmente, senão a partir de toda espécie de informação, como um número, uma senha ou determinados perfis de consumo, por exemplo.

Daí a necessidade do estabelecimento de novo paradigma objetivo nos contratos de consumo (...).⁹⁷⁶

Apesar de reconhecida a importância da confiança⁹⁷⁷, ainda hoje, para a maioria da doutrina, as fontes das obrigações se limitam a atos voluntários. Teoricamente o fato jurídico gerador da obrigação deve ser um ato de manifestação volitiva: o consenso no contrato, a culpa (intenção) na responsabilidade civil, a declaração unilateral na promessa de recompensa, na emissão de título ao portador e nas figuras do direito restitutivo - que

⁹⁷⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 56.

⁹⁷⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 230.

⁹⁷⁷ Principalmente após as obra de Claudia Lima Marques: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004., entre outras.

também são tidas como declarações unilaterais -, como o pagamento indevido, a gestão de negócios e o enriquecimento ilícito. Isso é, ainda que sejam admitidos o *venire contra factum proprium*, a *surrectio* e a *supressio*, os atos de tipicidade tráfica, entre tantos outros casos em que a legítima expectativa gera obrigações, a teoria das obrigações continua elencando as fontes com base unicamente na vontade das partes.

Ainda que se entenda que a confiança por si só não seja fonte da obrigação, um contrato pode servir de fonte ainda que o consenso não seja fruto unicamente da vontade declarada, mas sim da confiança despertada. Mais do que nos vincularmos apenas ao manifestar nossa vontade, vinculamo-nos quando outrem a compreende e confia na consequência legitimamente esperada.

A questão central está no fato de que o consentimento nem sempre será suficiente para a criação de uma obrigação.⁹⁷⁸ A manifestação de vontade e o seu cumprimento são imprescindíveis para o Direito dos contratos, mas é equivocado ignorar todos os demais fatores que influenciam uma contratação. A confiança agrega uma reciprocidade ao representar o alter, tudo aquilo que não é o contratante e que o faz reagir expressando sua vontade.

Há que se considerar a manifestação volitiva, mas sem olvidar que ela nunca é absolutamente livre, pois estará vinculada à confiança uma vez que se baseia nela. Manifestação de vontade e confiança são duas faces da mesma moeda, pois a vontade é sempre um reflexo daquilo em que o emitente confia e a vontade manifestada servirá de elemento para a confiança subsequente. Por isso, a vontade sozinha não é elemento do negócio jurídico, ela deve dar ensejo a uma declaração de vontade que deve ser apreendida pelo outro contratante para que o negócio exista. Somente quando declarada, a vontade faz nascer o negócio jurídico, pois antes era mero processo volitivo interno⁹⁷⁹, ou seja, a vontade só forma um contrato se provocar confiança. A vontade interna não servirá de base para a confiança do outro contratante, a manifestada, sim, e tal vontade é manifestada a partir de nossa confiança naquilo que acreditamos saber. Em qualquer tomada de decisão, haverá

⁹⁷⁸ Inclusive o contrato sem consenso não é novidade no Direito Civil brasileiro, pois embora como rara exceção, o Código Civil o prevê no artigo 543: “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

⁹⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

alguma confiança, pois, para manifestarmos nossa vontade, nos baseamos naquilo que aceitamos como verdade.⁹⁸⁰

Além de a manifestação volitiva estar limitada pela cognição do manifestante, percebemos que existem inúmeras limitações à autonomia privada, as quais abrem espaço para que a confiança preencha tais lacunas. Assim, “se eu estiver diante de alguém com maior poder de barganha, é possível que minha aquiescência não seja totalmente voluntária, mas esteja subordinada a algum tipo de pressão [...]”⁹⁸¹ Ocorre que em uma sociedade massificada de consumo⁹⁸², onde grandes corporações e seus muitos profissionais especialistas contratam com sujeitos cujo déficit informacional é abismal com relação àqueles, nunca uma contratação será justa se somente a manifestação volitiva das partes for levada em consideração.⁹⁸³ Há mais no núcleo de um negócio, há algo que concretiza a isonomia ao verificar a condição real dos contratantes e reconhecer tudo que influenciou na decisão de e como contratar.

Não se trata de desmerecer a manifestação de vontade, muito menos de enfraquecer o instituto do contrato, mas de adaptar ao contexto social atual as noções dogmáticas que estruturam o estudo desta figura jurídica tão presente na vida das pessoas.

Por outro lado, tampouco se pode derivar desta reconfiguração do peso da vontade um inequívoco enfraquecimento do contrato. Lembre-se que, para além daquelas transformações diretamente relacionadas à atuação do Estado na atividade econômico-social, eventos pertinentes à própria dinâmica do mercado impõem uma revisão da teoria clássica dos contratos: é o caso do contrato de adesão “(...) produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo factor de racionalização e de economicidade da actuação empresarial” -, dos chamados “contratos automáticos” ou, ainda, dos

⁹⁸⁰ Isso porque a verdade é aquilo que acreditamos sentir, pois a verdade absoluta, objetiva, é inatingível, somente a subjetiva, que é mera certeza, pode ser alcançada. “Penso, logo existe” poderia ser a frase de René Descartes (DESCARTES, René. **Discurso do método**. trad. Paulo Neves. Porto Alere: L&PM, 2013. p. 64.), pois aquilo em que acredito ser a realidade, será a realidade para mim. Se meus sentidos e minha lógica baseada na memória indicam uma alteração no mundo, passo a acreditar naquilo; confio que existiu e, portanto, pode fazer parte da minha memória acerca da realidade para manter a lógica que permite a compreensão do meio e que servirá de base para as próximas decisões (e consequentes manifestações).

⁹⁸¹ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 187.

⁹⁸² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 15-21.

⁹⁸³ “Se aceitar a premissa de que as forças do mercado e dos livres mercados nem sempre regulam o mercado para melhor, então talvez se encontre entre aqueles que acreditam que o governo (oxalá um governo razoável e atencioso) deve ter papel mais abrangente na regulamentação de algumas atividades do mercado, mesmo que isso limite a livre-iniciativa. Sim, um livre mercado baseado em oferta, procura e sem fricções seria o ideal se fôssemos verdadeiramente racionais. Não obstante, quando não somos racionais, porém irracionais, as políticas devem levar em conta este fator importante.” ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 39.

contratos resultantes de “atos existenciais”, isso é, de uma conduta valorada como “socialmente típica”. Em qualquer um desses casos, há como característica comum uma certa objetivação do contrato, na medida em que se reconhece a diminuta importância da vontade ou mesmo de sua desconsideração como fator de nascimento de obrigações contratuais. Mas isto não significa, necessariamente, o declínio da importância do contrato como “instrumento de mediação social”, mas apenas de uma determinada concepção de contrato, seguramente erodida por todas estas transformações.⁹⁸⁴

Como bem aduz Nicole Chardin, é necessária “une nouvelle définition du consentement”.⁹⁸⁵ Resta insuficiente para o direito a compreensão de que o consentimento nasce da fórmula *oferta + aceitação = consentimento*, pois o que hoje se percebe é que o processo de decisão no mercado de consumo se dá por uma *preparação da decisão* (fornecedor profissional) + *deliberação* (consumidor leigo) = *decisão* (consumidor leigo).⁹⁸⁶

Mesmo em hipóteses em que não haja o consentimento expresso, é possível vislumbrar o nascimento de uma obrigação, como aduz Sandel, sob o prisma da *common law*: “o consentimento não é condição necessária (...) as reivindicações morais de reciprocidade podem prevalecer, ainda que não haja ato formal de consentimento”⁹⁸⁷ Isso é, a confiança pode prevalecer sempre que a autonomia privada for mitigada. E isso já está reconhecido de muitas formas no ordenamento jurídico brasileiro, como no referido *venire contra factum proprium*.

Outro fator fundamental está no uso da confiança como instituto balizador das noções socializadoras do contrato.

No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (*Vertragsgerechtigkeit*), veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao domínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o Código Civil de 2002 denomina ‘função social do contrato’, novo limite ao exercício da autonomia da vontade. Esta renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual.⁹⁸⁸

⁹⁸⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 209-211.

⁹⁸⁵ “uma nova definição de consentimento” (Tradução do autor) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 125.

⁹⁸⁶ CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 123-126.

⁹⁸⁷ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. p. 183.

⁹⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 168.

O Direito deve se preocupar em que as normas de mercado não afastem totalmente o propósito social dos contratos que representam formas de cooperação. O fato de se tratar de um negócio não faz com que as partes se tornem concorrentes que buscam ganhar o máximo conforme as regras de mercado, mas sim parceiras com um fim comum. Ao implementar o solidarismo como valor a ser considerado na hermenêutica contratual, o Direito pode estimular esse comportamento atento às normas sociais em detrimento das normas mercadológicas individualistas.

O “direito privado solidário”, tradução da expressão alemã *Solidarprivatrecht*⁹⁸⁹, encontra na confiança, enquanto valor que reflete sobre todo o sistema do Direito, uma forma de contornar o egoísmo do mercado sem esperar um altruísmo utópico. A solidariedade é o caminho do meio que permite criar um Direito Privado com função social⁹⁹⁰, capaz de promover o justo em vez de apenas tutelar o comportamento individualista próprio da competição característica do nosso sistema de mercado.⁹⁹¹

É nesta função social do contrato que a confiança ganha força e aparece nos mais variados institutos positivados no Código Civil.⁹⁹² A nova concepção dos vícios do consentimento⁹⁹³ protege muito mais a confiança de terceiros, valorizando a base do negócio

⁹⁸⁹ Expressão de RÖSLER, Hannes. **Europäisches Konsumentevertragsrecht**. Munique: Beck, 2004. p. 93. apud MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 24. Nota 18.

⁹⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25. TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2007. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹⁹¹ “Há, como vimos, uma estreita vinculação entre a proteção da confiança, a lealdade, que deve caracterizar a conduta de todas as pessoas que vivem em sociedade, e a boa-fé tanto subjetiva quanto objetiva. Existe também uma relação entre a confiança e o equilíbrio contratual, considerando-se que, se o acordo de vontade foi comutativo, essa comutatividade deve ser mantida e respeitada durante toda sua execução. [...] Os princípios da confiança e da função social do contrato, que se complementam, significam o respeito ao equilíbrio contratual que domina todo o direito privado, mas deve ser apurado de acordo com as circunstâncias de cada caso.” WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005. p. 43-44.

⁹⁹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 361-367.

⁹⁹³ “É muito mais no meio social, do que na esfera pessoal do contratante que se divisa a função social do contrato. A teoria da confiança, que o novo Código Civil valoriza, a partir da ótica do princípio da socialidade, é exemplo de como se pode entender a função social do contrato.

Assim, o erro de um contratante, que não foi conhecido, nem tinha condições de ser conhecido pelo outro, não pode invalidar o contrato, por se tratar de fenômeno exterior à relação contratual de que não participou o beneficiário da declaração, a título algum (Código Civil, art. 138). Da mesma forma, o dolo ou a coação praticada por terceiro sobre um dos contratantes, mas ignorada pelo outro, não é causa de anulação do contrato, pelas mesmas razões aplicáveis no erro não conhecido pelo co-contratante (Código Civil, arts. 148 e 154).

no sentido das circunstâncias fáticas que circundam o acordo. Também o abuso de direito⁹⁹⁴, regulado pelo Direito brasileiro, se orienta pela proteção da confiança. Tal qual as teorias revisionistas aprofundadas por Larenz⁹⁹⁵ e a interconexão entre negócios jurídicos como previa MacNeil.⁹⁹⁶ Além de reunir a função social e a econômica do contrato ao conferir-lhe um viés reflexivo, verificando o que era legítimo esperar naquele caso e naquelas condições, traz essas condições para dentro do contrato. Essa concepção da confiança permite incluir na teoria geral do contrato tudo o que faz parte dele, mas não consta das manifestações volitivas, tais quais os comportamentos típicos e os aspectos culturais específicos; a legislação vigente; os demais negócios relacionados a este; a boa-fé e os demais princípios de direito contratual; as circunstâncias fáticas, sociais, históricas; enfim, tudo o que possa gerar a expectativa legítima e, assim, compor a obrigação justa.

A própria eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais (*Drittwirkung der Grundrecht*)⁹⁹⁷ e a constitucionalização do Direito Privado⁹⁹⁸ vêm neste sentido.⁹⁹⁹ “Assim, até – e antes de tudo – por exigência constitucional, o contrato não é mais simples instrumento

Ainda, a aquisição de bens transmitidos a título oneroso por herdeiro aparente subsiste à anulação da partilha hereditária (Código Civil, art. 1.817). Mais ainda, a anulação do título do alienante não prejudica a aquisição feita por terceiro que ignorasse o vício (Código Civil, art. 182). Em todos esses casos, e em muitos outros similares, põe-se em jogo o problema da “tutela da confiança de terceiros”, ou seja, não se pode deixar de ponderar a situação de quem, acreditando na validade de negócios antecedentes, celebra um contrato que se presta à base de um investimento de confiança considerável. Nessas circunstâncias, a regra geral de que a nulidade de um negócio contamina os subsequentes é afastada, em razão de um fenômeno relevante para o interesse social na segurança do tráfego jurídico. ‘Os terceiros são protegidos por estarem de boa-fé e por terem realizado o investimento de confiança’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. p. 102-104.

⁹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Abuso de direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁹⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1.

⁹⁹⁶ MACNEIL, Ian. **The relational theory of contract**: selected works of Ian Macneil. London: Sweet & Maxwell, 2001.

⁹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁹⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 253-266. DUQUE, Marcelo Schenck. **Direito privado e Constituição**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

⁹⁹⁹ Foi a partir desta percepção que hoje se reconhece que os contratos não podem ferir direitos fundamentais. Um dos principais efeitos disso é a garantia de um mínimo existencial a evidenciar a proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento das consequências patrimoniais oriundas do direito obrigacional. SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídicas-privadas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (coord.); LONGO, Luís Antônio (coord.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 113-156. e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.16, n.61, p. 90-125, jan. - mar./2007.

para a satisfação de interesses egoísticos.”¹⁰⁰⁰ A inclusão da confiança no negócio jurídico celebra a visão solidarista em detrimento do individualismo próprio de uma concepção que se limita a analisar as relações humanas com base unicamente nas vontades egoísticas das partes.¹⁰⁰¹

A confiança humaniza o direito,¹⁰⁰² funciona como princípio enquanto a vontade cria regras cuja aplicação fria pode resultar em injustiça. Permite a flexibilização da vontade manifestada para adequá-la ao justo daquele caso concreto, analisando suas particularidades desde antes de sua formação. Avalia o que legitimamente as partes podem exigir dentro do contexto do contrato, para além do documento que lhe dá forma. Este é um período de repersonalização do Direito para permitir que se faça um contraponto com a coisificação do indivíduo no mercado de consumo.

John Rawls¹⁰⁰³ já defendia que o senso de justo tem base na confiança mútua, a qual é capaz de provocar sentimentos como ressentimento e indignação, gerando a verdadeira noção de humanidade. O princípio da confiança é capaz de inserir os sentimentos e as sensações humanas que compõem as circunstâncias do contrato, dentro da teoria contratual, afastando a rigidez da regra contida nas cláusulas contratuais, fruto da autonomia privada. O Direito é uma ciência humana e social e, como tal, não pode basear-se em uma técnica que desconsidere isso, tratando o contrato como objeto alheio aos seus sujeitos como se a forma pudesse se sobrepor ao justo. Mesmo porque, a hipercomplexidade do mundo atual impede os

¹⁰⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 322.

¹⁰⁰¹ “Outro aspecto positivo a ser destacado é que a solidariedade social atua ao afastar a premissa individualista – que leva à competição, ao distanciamento, ao isolamento e ao esquecimento –, inserindo, em seu lugar, o paradigma solidarista – que conduz ao diálogo e à convergência dos interesses dos parceiros negociais (ou não) –, o que ocorre quando impõe, na análise de cada problema surgido na concretude dos fatos, o dever de olhar para o *alter*.” CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

¹⁰⁰² “Segundo Wolkmer, o vocábulo humanismo ‘surgiu somente no início do século XIX, para designar um modo de pensar o humano, uma determinada forma de compreender a experiência humana’ e hoje significa, dentre outros princípios: (a) eleger o humano como valor central; (b) afirmar a igualdade de todos os seres humanos; (c) reconhecer e considerar a diversidade (pessoal e cultural).” MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 209.

¹⁰⁰³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 524.

contratantes de imprimirem todos estes fatores na forma do contrato: “Busca-se o *ethos* da confiança, a fim de que a pessoa se livre da obsessão de segurança absoluta”.¹⁰⁰⁴

Há um novo modelo de contratação oriundo de um novo modelo de sociedade. As obrigações de consumo massificadas e padronizadas tornaram-se regra e as teorias clássicas não acompanharam tal mudança.¹⁰⁰⁵

O Direito como um todo é influenciado pela noção de confiança. Negócios são celebrados partindo-se de premissas que orientam a confiança, sendo que esta cria a legítima expectativa, tal qual o comportamento dos contratantes no aspecto subjetivo, ou as normas vigentes naquele local e época no aspecto objetivo, que amparam a criação de uma expectativa justificável.

“O negócio jurídico não pode se fechar em si mesmo, negando que somente a vontade, exteriorizada e reconhecida pelos membros da sociedade, é que pode originá-lo.”¹⁰⁰⁶ As circunstâncias que fazem um contrato existir vão muito além da comunhão de vontades, notadamente no atual cenário das negociações. “Assim, o princípio da proteção das expectativas se ergue com autonomia e especificidade onde os efeitos jurídicos de uma conduta já não possam ser atribuídos ao exercício da liberdade de autodeterminação da pessoa”¹⁰⁰⁷, lembrando que não apenas a vontade do outro contratante (conteúdo subjetivo do vínculo) é capaz de gerar a legítima expectativa, mas também tudo aquilo que envolve a contratação, desde o ordenamento jurídico por suas regras e princípios até os usos do tráfico e o comportamento razoavelmente esperado naquela cultura (conteúdo objetivo).

¹⁰⁰⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

¹⁰⁰⁵ “Contudo, pode-se afirmar que essa importância à confiança somente foi dada no momento de crise do modelo voluntarista do século XVIII, com o advento das relações de massa. Nesse sentido, também fundamental a análise da obra do Professor Clóvis do Couto e Silva, a qual traz a categoria dos contatos sociais, aproximando a análise jurídica das relações sociais, isso é, dos fatos que permeiam toda a construção do direito. Assim, quanto mais complexa se apresentar a sociedade, quanto mais intermediários se estabelecerem nas relações comerciais e econômicas, maior a necessidade de proteção da confiança, pois já não se consegue identificar, como no passado, quem era o vendedor e o comprador, em Roma, ou quem é o consumidor e o fornecedor, no século XX.” ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 117 e 118.

¹⁰⁰⁶ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 139.

¹⁰⁰⁷ ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58, abr/jun, 2006. p. 127.

O consenso enquanto formador do contrato só é perfeito e justo quando considerar os demais elementos que envolvem uma contratação. A confiança enquanto valor, calcada no que o princípio representa, serve de elemento *sui generis* a integrar os elementos subjetivos (pessoas e suas vontades) e objetivos (coisas e suas características) de um acordo. Trata-se de considerar nos negócios uma figura que traduz e integra à formação contratual tudo aquilo no que acreditamos. A expectativa passa a fazer parte deste novo consenso que não mais se foca na manifestação de vontade, ampliando seus horizontes e revalorizando a justiça contratual (*Vertragsgerechtigkeit*).¹⁰⁰⁸ “À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes”¹⁰⁰⁹

A noção jurídica de contrato, assim como o Direito como um todo, deve acompanhar as mudanças sociais.¹⁰¹⁰

Na lição de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem: “Há uma mudança de paradigma no fato de o direito privado atual concentrar-se não mais no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos.”¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 771.

¹⁰⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 214.

¹⁰¹⁰ “Verifica-se, então, a ruptura paradigmática que acompanha a evolução do instituto do contrato no curso do século passado e na primeira década do século XXI. O contrato é obrigatório, mas sua força não mais advém exclusivamente da vontade das partes, pois a vontade é de relevância minorada. Objetivada a lógica contratual, relativizou-se a própria noção de força obrigatória dos contratos. Na percepção do contrato como um processo dinâmico, complexo, de cooperação e confiança, sem as quais o comércio não se desenvolve, impõem-se novos paradigmas: renova-se a lógica contratual, percebendo-se o contrato não como manifestação de uma vontade interna que deve ser elevada à sacralização, mas sim como uma externalização de vontade relevante na medida em que produz determinada repercussão social, gerando confiança em uma ou mais pessoas dentro de critérios objetivos de aferição.” CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 263.

¹⁰¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 88.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que a confiança ocupa as lacunas deixadas pela vontade e amplia os horizontes da hermenêutica contratual. O contrato é construído pelo comportamento das partes que manifestam suas vontades comuns determinadas pela confiança nas consequências lógicas esperadas. Declara-se o propósito do ato de consenso (*vontade*) enquanto se confia que disso decorrerá um efeito legitimamente esperado (*confiança*).

O Direito é baseado em valores protegidos na cultura de um determinado lugar em uma determinada época e, portanto, não pode ficar inerte diante de uma ruptura paradigmática tão significativa como a que temos presenciado nas contratações dessa nova sociedade tecnológica de consumo em massa, que tem potencializado a importância da confiança depositada no outro e, por isso, demanda uma adaptação na estrutura sistemática das teorias clássicas com o intuito de tutelar corretamente a expectativa legitimamente gerada. Portanto, um direito privado solidário e constitucional pressupõe que a confiança, como representante da função social e da boa-fé, seja reconhecida na gênese do negócio jurídico.

Propõe-se, assim, que a confiança integre o cerne do suporte fático do negócio jurídico juntamente com a vontade declarada, a fim de avaliar a existência de um determinado contrato e as decorrentes consequências obrigacionais.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. **Negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. 1947. Disponível em: <<http://antivalor.vilabol.uol.com.br>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de Arnaldo do Espírito Santo, João Beato e Maria Cristina de Castro Maia de Souza Pimentel. Lisboa: Imprensa Nacional, 2001.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 14, n. 20. abr./jun. 1995.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 4, t. 2: da extinção do contrato.

_____. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. O Direito das Obrigações na contemporaneidade. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Min. Ruy Rosado de Aguiar jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 18, set./dez. 2000.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, 2000.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Susana. As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e a opção de inscrição em listas Robinson. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 1, n. 2, jun. 2011.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p. 9-13. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia, 2. Coimbra, 1989.

_____. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 85, n. 22. Jan./fev. 2013.

BARAK-EREZ, Daphne. The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests. **European Public Law**, v. 11, n. 4, 2005.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMER, David; POINDEXTER, J.C. **Cyberlaw and E-Commerce**. New York: McGraw Hill, 2002.

BECKER, Verena Nygaard. A categoria Jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 7-8, 1973/1974.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: NERY JR., Nelson, et. al. (Coord.) **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 147-159.

_____. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 161-196.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

_____. **Relações de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 369-426.

_____. Vício do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. **Superendividamento aplicado**: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 6960/2002**. Autoria: Sen. Ricardo Fiuzza. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 10 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. RMS nº 6183/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. **DJ**. 14 nov. 1995.

_____. REMS nº 6183/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. unânime. j. 14 dez. 1995. **DJ**. 08 dez. 1995.

_____. MS 22.357. Relator: Min Gilmar Mendes. **DJ**. 09 ago. 2006.

BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. Paris: Dalloz, 1986.

CALAMARI, Jonh D.; PERILLO, Joseph M. **Contracts**. 3. ed. St. Paul, Minn: West Group, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, maio/jun. 2013.

CAVALLAZZI, Rosângela L.; SILVA, Sayonara G. L.; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção do salário. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.

CHRISTOPHE, Jamin. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: MAZEUD, Denis; _____. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 96, p. 7-30, jul./dez. 2007.

CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTELLA, Mario Sérgio. **Não nascemos prontos!**: provocações filosóficas. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

COSSIO, Carlos. **La teoría de la imprevision**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976.

_____. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 655, 1990.

_____. O dever de indenizar, in FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies por meio da seleção natural**. trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Editora Escala, 2009.

D'AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado. Lisboa: Relógio d'Água, 2000.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alere: L&PM, 2013.

DIAS, Gabriel Nogueira. **O positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Luciane Maria Padoin. Implicações da definição de negócio jurídico na concepção de contrato: dogma da vontade, teoria da declaração e teoria da confiança. **Revista Jurídica da FADISMA**. Santa Maria, v.2, n. 1, jan. 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenck. **Direito privado e Constituição**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991.

ENGELMANN, Wilson. **Da lei de inovação à inovação na lei: o diálogo entre as Fontes do Direito e a produção artística como condições de possibilidade à construção do Direito Humano Ambiental**. Projeto “As Nanotecnologias e o Direito: os Direitos Humanos como condição de possibilidade à regulamentação jurídica dentro de um cenário marcado pelo (novo) conceito de inovação”, CNPq/Universal 014/2010.

_____. **A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”**: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. No prelo.

FABRO, Cornelio. **La nozione metafisica di partecipazione**: secondo S. Tommaso D’Aquino. 3. ed. Torino: Internazionale, 1963.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FAURE, Michael G.; LUTH, Hanneke A.. Behavioural economics in unfair contract terms: cautions and considerations. **Journal of Consumer Policy**. p.337-358, 2011.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, abr./jun. 2008.

FERRI, Luigi. **L’autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959.

FERRY, Luc. **Aprender a viver: filosofia para os novos tempos**. trad. Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: objetiva, 2010.

FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevision: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. Racionalidade Limitada do Consumidor e Assimetria de Informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1. p. 109-121, jan./jun. 2012.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, out./dez. 1997.

_____. Les contrats du consommateur. **Le consommateur**. Journées Colombiennes. Bogotá: Bruylant et LB2V. Tome LVII, 2007.

_____. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, jul./set. 2004.

_____. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos atípicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANTZ, Laura Coradini. **Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2007.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

FROTA, Mário. Contratos celebrados à distância. **Revista Jurídica Consulex**, ano 5, n. 107, Brasília, 2001.

GIOVENE, Achile. **Negozi giuridico**: rispetto ai terzi. 2. ed. Torino: UTET, 1917.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GORDLEY, James. **Foundations of private law**: property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford University, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUEROULT, Martial. **Spinoza**. Paris: Aubier-Montaigne, 1974.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Organização e introdução de Patrick Savidan; Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising: Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges. **Theoretical Inquires in Law**, July 2006. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 1992.

HELLER, Eva. **A psicologia das cores**: como as cores afetam a emoção e a razão. trad. Maria Lucia Lopes da Silva. São Paulo: Gustavo Gili, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (org.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. vol 2, p. 191-204.

_____. TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. _____; _____ (orgs) **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo Método, 2007.

HYLTON, Keith N. The law and economics of products liability. **Heinonline**, 2013.

HUSSERL, Edmund. **Lições para uma fenomenologia da consciência interna do tempo**. trad. Pedro M. S. Alves. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1994.

IRTI, Natalino. É vero ma... Replica a Giorgio Oppo. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, n. 2., p. 273-278, 1999.

_____. **Introduzione allo studio del diritto privato**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1976.

_____. Scambi senza accordo. **Rivista Trimstrale di Diritto e Procedura Civile**, anno 52, n. 2, p. 347-364, Milano, 1998.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne : cours général de droit international privé. **Recueil des cours**: collected courses of The Hague Academy of International Law: 1995. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996.

JOBIM, Marcio Felix. **Confiança e contradição**: a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JOBIM, Maria Luiza Kurban. The Real Relation between Microcredit and Development: a critical analysis of the international regulation of financial services. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2012.

JOLLS, Christine et. al. A behavioral approach to law and economics. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000.

JOSSERAND, Louis. **A proteção aos fracos**. In: Edição comemorativa dos 100 anos da Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 279-254.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

KELMAN, Mark et. al. Context-depending in legal decision making. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University Press, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. tradução Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.) **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. O contrato de adesão no âmbito da defesa dos direitos do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 181-184, 1998.

LANGEVOORT, Donald C. Organized Illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause others social harms) In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1997.

LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 11, 2003.

LEVITT, Steven. D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: o lado oculto de tudo que nos afeta. trad. Regina Lyra; revisão técnica Ronaldo Fiani. 1 ed. 8ª reimpressão, rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIMA, Rogério Montai de. Relações de consumo via internet: regulamentação. **Repertório de Jurisprudência IOB**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, v. 3, n. 15, ago. 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no Estado social**. Maceió: Edufal, 1983.

_____. **Direito civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor: princípios. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O direito na história**: Lições introdutórias. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo, Ed. RT, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACNEIL, Ian. **The relational theory of contract**: selected works of Ian Macneil. Edited by David Campbell. London: Sweet & Maxwell, 2001.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

_____. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **RT** 741, p. 11-37.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

_____. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; _____. BENJAMIN, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 64, out. 2007.

MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 112, dez. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou da coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. (Parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, out. 2006.

_____. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, n. 670, ago. 1991.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Apresentação de Jacob Gorender; Coordenação e revisão de Paul Singer; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZEUD, Denis. Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? _____; CHRISTOPHE, Jamin. (org.) **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica**: aspectos jurídicos no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

McLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **O meio é a mensagem**: um inventário de efeitos. Tradução de Julio Silveira. Rio de Janeiro: Ímã, 2011.

MELGARÉ, Plínio; ALMEIDA FILHO, Agassiz. (Orgs.) **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELGARÉ, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Min. Ruy Rosado de Aguiar jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, v. 2, 1984.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Abuso de direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

_____. Responsabilidade pré-contratual da administração e proteção da confiança no direito brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 58, p. 131-152, dez. 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Bens**: fatos jurídicos. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Introdução**: pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Melo, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1-6.

_____. **Tratado de direito privado**. 5. ed. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Mirgem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 38.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORENO, Cláudio. **Um rio que vem da Grécia**: crônicas do mundo antigo. Porto Alegre: L&PM, 2013.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **La confianza en el sistema jurídico**. Mendoza: Cuyo, 2002.

MUNAR BERNAT, Pedro A. Protección de datos en el comercio electrónico. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. Gewere no direito alemão medieval. In: ASSIS, Araken de (et. al.) **Direito Civil e Processo**: estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY, Rosa Maria Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e a teoria geral do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; _____. **Obrigações**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NIETZSCHE, Friederich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução de Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2012.

_____. **Crepúsculo dos ídolos**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del Contratto? **Rivista de Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998.

PACHECO, José da Silva. Do contrato de adesão perante o novo código civil. **Adv. Advocacia dinâmica**: Boletim informativo semanal, n. 33, 2004.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, jul./dez. 2002.

PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del contrato. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PINHEIRO, Henrique Soares. Mensagem subliminar na teoria do negócio jurídico. **De jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. rev., atual. de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Carlos Alberto Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 16, out./ dez. 2003.

_____. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1999.

PINTO, Manuel da Costa (Org.); **O Livro de ouro da psicanálise: o pensamento de Freud, Jung, Melanie Kein, Lacan, Winnicott e outros**; 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

PINTO, Paulo Cardoso C. Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no Direito Público. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 127-142, jun. 2006.

PUCHKIN, V. N., **Heurística: a ciência do pensamento criador**. trad. Vera Neverova. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: MELGARÉ, Plínio; ALMEIDA FILHO, Agassiz. (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Denise Gimenez; MACHADO JR., Pericles Pinheiro. Individuação e subjetivação: os conceitos junguianos de inconsciente coletivo e arquétipo mostram o caráter universal das imagens e dinâmicas do inconsciente que representam modos de estruturação da subjetividade no processo de individuação. In: PINTO, Manuel da Costa (Org.); **O Livro de ouro da psicanálise: o pensamento de Freud, Jung, Melanie Kein, Lacan, Winnicott e outros**; 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REUL, Rodrigo Araújo. A defesa do consumidor e a falta de legislação específica para a regulação do comércio eletrônico no Brasil. **Revista Direito e Liberdade/ Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**, Mossoró, n. 9, p. 255-289, jul./dez. 2008.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes n. 591083357. Relator: Juiz Adalberto Libório Barros, J. 01/11/91. **Jurisprudência TJ/RS**, Cíveis, 1992, v. 2, T. 14.

RODRIGUES, Alexandre; SANTOS, Priscilla. A ciência que faz você comprar mais. **Galileu**, São Paulo, n. 254, p. 58-65, set. 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Dos vícios do consentimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**: trattato di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. **Il contratto del duemila**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. trad. Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo castigat mores, 2001.

RUSSELL, Bertrand. **Ensaio céticos**. Tradução Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores, 2014.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Anotações sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n. 21, jul./set. 2012.

_____. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2005.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: Cejud, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.16, n.61, p. 90-125, jan.-mar./2007.

_____. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídicas-privadas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (coord.); LONGO, Luís Antônio (coord.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 113-156.

SARTRE, Jean Paul. **A idade da razão**. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1981.

_____. **O existencialismo é um humanismo**. trad. João Batista Kreuch. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHONBERG, Soren. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford, 2000.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Sobre a vontade na natureza**. trad. Gabriel V. Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SCHREIBER, Andreson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Contratos eletrônicos no Direito brasileiro – formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Min. Ruy Rosado de Aguiar jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

SILVA, Danny Monteiro da. As faces da regulamentação internacional do comércio eletrônico. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 37, maio/ago. 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Revisão dos contratos:** do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Igor Ferry de, GOMES, Magno Frederici. Conflito entre jurisdições nas controvérsias advindas de contratos consumeristas por meios eletrônicos, via Internet. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 888, out. 2009.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Thomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

STANGROOM, Jeremy. **O enigma de Einstein**. Tradução de Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Marco Zero, 2009.

STARNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. trad. Anna Maria Dalle Luche, Roberto Galman; revisão técnica José Mauro Nunes. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2007.

_____. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. **Esmape notícias**, Recife, n. 13, p. 18-23, dez. 2006.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico:** doutrina, jurisprudência e prática: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: A exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 377, jan./fev. 2005.

_____. **A parte geral do novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

THOMAS, Robert. **Legitimate expectations and proportionality in administrative law**. Oxford and Portland: Hart, 2000.

TIROLE, Jean; DEWATRIPOINT, Mathias; ROCHET, Jean-Charles. **Balancing the Banks**: global lessons from the financial crisis. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun. 2006.

TONON, Rafael. Você não está no comando. **Galileu**, São Paulo, n. 261, p. 45-51, abr. 2013.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos**: temas atuais. 2. ed. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. trad. Ivone Benedetti. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

VEBLEN, Thorstein B. **A teoria da classe ociosa**: um estudo econômico das instituições. São Paulo: Pioneira, 1965.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERSIGNASSI, Alexandre et. al. Os ingredientes do seu corpo. **Superinteressante**, São Paulo, n. 284, p. 50-51, nov. 2010.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, set. 2001.

VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jul. 2007.

VIVANT, Michel. **Les contrats du commerce électronique**. Paris: Litec, 1999.

WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIN NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquin Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.) **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O contrato: passado, presente e futuro. **Cidadania e Justiça: O Direito no Século XXI**, n. 1, 2000.

_____. O direito do desenvolvimento: eficiência e ética. **Informativo IASP**, São Paulo, n. 72, p.3-4, abr./maio 2005.

_____. O princípio da confiança. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, dez. 2005.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil. In WERNECK VIANNA, Luiz et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. trad. Marina Guaspari. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**. Tradução de Fadda e Bensa. Torino: UTET, 1902.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. trad. Marcos G. Montagnoli e Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

WRIGHT, Joshua D. Behavioral Law and Economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 2, n. 3, p. 470-511, 2007.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparativa entre o CDC e o CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006.

ZURILLA CARIÑANA, Maria Ángeles. Comercio electrónico y protección de los consumidores en España. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 1, n. 2, jun. 2011.

ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel. (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.