A TRANSPERSONALIZAÇÃO DOS DEVERES OBRIGACIONAIS

BROADENING OF SCOPE OF OBLIGATIONAL DUTIES

Paula Soares Campeão

RESUMO

Este estudo tem por escopo demonstrar e externar a reconstrução axiológica do direito privado diante dos valores constitucionais, a partir de uma proposta de releitura, com ênfase na repersonalização e na publicização do direito civil. Diante da mudança paradigmática empreendida pela nova teoria contratual, durante o trânsito entre o liberalismo e o Estado Social, as relações jurídicas privadas assumem uma nova perspectiva, orientadas pela função social dos contratos, introduzida pelo art. 421 do Código Civil. Sob a égide da eficácia social das relações privadas, novos mecanismos jurídicos foram introduzidos como instrumentos de relativização da autonomia privada, assegurando o equilíbrio da relação contratual, em prol da justiça substancial e da primazia da pessoa humana. Emerge o paradigma da confiança, fundado no princípio motor da boa-fé objetiva, como sustentáculo dos vínculos obrigacionais, cujas repercussões civis passam a interessar não somente aos figurantes imediatos da relação negocial, mas também a outros titulares integrantes do âmbito social. Nesse contexto, realizamos um estudo comparado com a reforma do direito das obrigações alemão, com ênfase na introdução do § 311 (3) do BGB, que inaugurou a consolidação da relativização dos efeitos relativos dos contratos, estendendo deveres obrigacionais ao terceiro que reivindica para si confiança, influenciando substancialmente no desenrolar do contrato. O ensaio promove, nesses termos, uma proposta de renovação dos estudos do direito das obrigações, com base no paradigma da constitucionalização do direito civil, contextualizando a nossa realidade jurídica com a reforma realizada no BGB, na Alemanha.
PALAVRAS-CHAVE: Nova teoria contratual; Constitucionalização do Direito Civil; Reforma alemã do BGB; Função social; Relativização dos efeitos relativos do contrato.

ABSTRACT

The objective of this paper is to present and uncover the reconstruct of the value of private law before constitutional values, from the standpoint a proposal of rereading it, placing special emphasis on civil law repersonalization and publicising. Before the shift of paradigm brought about by the new contractual theory, during the transit between the liberalism and Social State, private legal relations take up a new perspective guided by the social role of the contracts, introduced by article 421 of the Civil Code. Under the prism of the social effectiveness of private relations, new juridical mechanisms were introduced as relativization tools of private autonomy, ensuring the balance of the contractual relations in favor of material justice and human beings. The trust paradigm then arises based on the principle of the objective Good Faith as a support of obligational bonds, whose civil repercussion begins to raise the interest not only of individuals immediately related to contractual commitment, but also of other parties integrating the social environs. In this context, a comparative study was made, analyzing the reform of the German obligational Law, with emphasis on the introduction of § 311 (3) of BGB, which launched the consolidation of the relativization of the contractual relative effects, expanding thus obligational duties to a third party who shall claim trust to himself, substantially influencing the development of the contract. This paper proposes a renewal of obligational Law, based on the paradigm of constitutionalization of

Civil Law, contextualizing our juridical reality with the reform performed in BGB, in Germany.
KEYWORDS: New contractual theory; Constitucionalization of Civil Law; German reform of BGB; Social role; Relativization of the contractual relative effects.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem o condão de inaugurar o fenômeno da transpersonalização dos deveres obrigacionais no sistema jurídico privado nacional. Objetiva-se efetuar uma verdadeira relativização do princípio dos efeitos relativos do contrato.

A consolidação desse instrumento jurídico deve ser atribuída à reforma do direito das obrigações na Alemanha, desencadeada no contexto de harmonização transnacional do Direito. O BGB encontrou, no direito comunitário, fonte para realizar importante modificação concernente ao direito obrigacional, codificando novas figuras, com destaque para o § 311 (3), que passam a permear as relações contratuais, garantindo a harmonização entre a ordem autônoma dos contratos e a ordem geral das relações interprivadas.

No entanto, deparamo-nos com a dificuldade de introdução e de aplicação do instituto, em nosso ordenamento jurídico, na medida em que o vigente Código Civil brasileiro não dispõe, expressamente, acerca da matéria. Diante disso, o melhor substrato encontrado para recepção do fenômeno são os institutos solidários da boa- fé objetiva, equivalência material e da função social, norteadores de toda a esfera contratual.

Assim, o estudo é orientado mediante o escopo de demonstrar e externar a reconstrução axiológica do direito privado diante dos valores constitucionais, a partir de uma proposta de releitura, com ênfase na repersonalização e na publicização do direito civil. Destacamos que, a partir da mudança paradigmática empreendida pela nova teoria contratual, durante o trânsito entre o liberalismo e o Estado Social, as relações jurídicas privadas assumem uma nova perspectiva, orientadas pela função social dos contratos, introduzida pelo art. 421 do Código Civil brasileiro. Tal panorama possibilitou a incorporação, à codificação de 2002, de novos princípios jurídicos e cláusulas gerais na seara contratual, revelando uma postura protetiva no que tange aos contratantes tidos como mais vulneráveis no vínculo obrigacional. A novel realidade permitiu uma maior aproximação principiológica entre o sistema do Código Civil e o espírito axiológico constitucional, canalizando a concreção dos deveres de agir segundo o paradigma da função social.

Nesse contexto, realizamos um estudo comparado com a reforma do direito das obrigações alemão, com ênfase na introdução do § 311 (3) do BGB, que inaugurou a consolidação da relativização dos efeitos relativos dos contratos, estendendo deveres obrigacionais ao terceiro que reivindica para si confiança, de modo a influenciar substancialmente no desenrolar do contrato. O ensaio promove, nesses termos, uma proposta de renovação dos estudos do direito das obrigações, com base no paradigma da constitucionalização do direito civil, contextualizando a nossa realidade jurídica com a reforma realizada no BGB, na Alemanha.

Constatamos que o instituto tem sido aplicado na prática jurídica alemã de forma difundida, conforme demonstrado e explicitado em julgados pragmaticamente pontuais proferidos pelo BGH. Sendo assim, pretende-se concretizar, no presente trabalho, a naturalização da transpersonalização dos deveres obrigacionais, no âmbito jurídico nacional, contemplando o instituto jurídico como corolário dos deveres sociais norteadores da dimensão constitucionalizada da nova teoria contratual brasileira.

2. A NOVA TEORIA CONTRATUAL NOS MEANDROS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A partir de uma perspectiva constitucional, o direito civil deve ser concebido como uma realidade sócio-cultural, cuja compreensão só é possível mediante referência e cognição dos valores que o fundamentam e o legitimam. Nesse sentido, balizas pré-determinantes do ordenamento jurídico tornam-se prescindíveis, cedendo lugar a vetores constitucionais direcionadores do direito[1], amparados pelo paradigma do *thelos*: o direito deve estar voltado para atender a seus fins, tendo como escopo precípuo a dignidade da pessoa humana.

O alcance dessa concepção jurídica de realização do direito civil[2] a partir de uma interpretação alicerçada nos princípios fundamentais da Constituição ganhou especial relevância durante o trânsito entre o Estado Liberal e o Estado Social. Historicamente, o jusracionalismo, característico do Estado Moderno, preconizava a racionalização e a sistematização do direito, pensamento que resultou na primeira onda de codificação moderna.

---

[1] PERLINGERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[2] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Faces do Multiculturalismo: Teoria - Política - Direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

Todavia, as regras jurídicas provenientes do movimento codificador pós- Revolução Francesa foram dotadas de generalidade e abstração, sustentadas por uma concepção unitária e abstrata dos sujeitos de direito. O Estado de Direito, nascido em tal contexto, reforça a idéia do fim do direito em si mesmo, diante da preocupação com a garantia jurídico- formal dos direitos e liberdades dos indivíduos. O valor individual, tutelado nos códigos como necessário para a realização da pessoa, consagra-se na propriedade, no domínio sobre os bens, pensamento que culmina na materialização dos sujeitos de direitos, submergindo a dimensão real da pessoa humana. Todavia, verificamos, ainda, a persistência nos códigos desse pensamento formal-patrimonialista das relações civis, o que é visivelmente incompatível com os valores fundamentais adotados pelas Constituições Modernas, dentre elas a brasileira, em seu artigo 1º, inciso III.

Diante da evolução histórico- jurídica, fica evidente a necessidade de inserção constitucional, nas relações civis, dos seus fundamentos de validade. O desafio proposto aos civilistas, a fim de adequar o direito à realidade e aos fundamentos constitucionais, consiste, primeiramente, na restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis. Trata-se da necessidade de repersonalização, isto é, da capacidade de compreender a pessoa em toda sua dimensão ontológica, reposicionando-a como centro do direito civil, em detrimento do predomínio do conteúdo patrimonializante dos códigos. Note-se que não se trata de uma perspectiva individualista. O que se pretende é destacar a dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, posicionando-a acima das ambições patrimonialistas da sociedade capitalista, dentro do contexto da justiça social.

Nesse panorama de superação do paradigma da modernidade, observamos a ruptura com o formalismo jurídico, empreendida pelo Estado Social. O individualismo sede lugar à idéia de solidariedade, sustentada pela postura intervencionista do Estado, não só na garantia dos direitos e liberdades individuais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nasce o Estado Democrático de Direito, marcando uma nova etapa, de constitucionalização de todos os temas sociais juridicamente relevantes. O Estado passa a intervir e a controlar setores da vida privada, antes interditados à ação pública, pelas constituições liberais. A realização do Direito se dá a partir da interpretação da norma conforme o espírito constitucional; submissão do direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Entretanto, mesmo após consideráveis mudanças estruturais na sociedade e no Estado, os Códigos Civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado Liberal. A rigidez da codificação apresenta-se inadequada diante das exigências contemporâneas de

liberdade e igualdade materiais e da necessidade de novos direitos, persistindo em valores individualistas e patrimonialistas considerados, agora, óbices ao desenvolvimento do direito civil e incompatíveis com a ideologia constitucional. Nessa seara, é válido destacarmos o ideal da descodificação do direito civil, em proposta à superação da idéia de direito como sistema hierárquico e axiomático. Trata-se da desagregação do direito civil em corpos jurídicos autônomos, dotados de princípios e unidades próprias, constituídos em novos ramos do direito. Faz-se necessária uma reformulação da ordem jurídica, substituindo o Código Civil por "códigos" setoriais multidisciplinares, congregando temas interdependentes, não limitados exclusivamente ao campo do direito civil. No que tange ao direito brasileiro, todas as normas infraconstitucionais devem espelhar os princípios precisados pela Constituição Federal de 1988, de onde obtém validade. E, nesse sentido, é inadmissível adotar critérios formais de separação entre direito público e direito privado. Trata-se uma técnica de classificação dicotômica que deve ser abandonada na realidade jurídica brasileira.

O direito deve ser concebido como saber prático; prática social orientada por princípios e regras democraticamente estabelecidas e informados pelo espírito constitucional, isto é, a Constituição não só como texto, mas como paradigma axiológico contextualizado.

Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como uma realidade denominada na doutrina por *neoconstitucionalismo ou invasão da Constituição.* A intenção em pauta é a de demonstrar e externar essa reconstrução axiológica do direito privado diante dos valores constitucionais, a partir de uma proposta de releitura, com ênfase na repersonalização e na publicização do direito civil. A constitucionalização do direito civil inaugura, portanto, uma renovação dos estudos do direito civil, orientando os novos trabalhos produzidos pelos civilistas da atualidade, sob o prisma dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, alicerçado na compreensão e realização da primazia da pessoa humana.

3. RAÍZES E CONFIGURAÇÕES DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

A fim de compreendermos o sentido da evolução atual do Direito das Obrigações, já contextualizado sob a ótica da constitucionalização do direito civil, faz-se necessário adentrarmos às suas origens no espaço e no tempo. O Direito privado que as codificações do século XIX intentaram cristalizar refletia as concepções individualistas da ideologia liberal. A noção de contrato, como expressão da liberdade contratual ou da autonomia privada, foi

desenvolvida no contexto histórico do Estado moderno- liberal. Nesse período, foi elaborada a teoria do negócio jurídico e se consagrou a idéia de autonomia da vontade como princípio fundamental do direito privado e cujo corolário precípuo, em matéria de obrigações, era a importância atribuída aos contratos.

A formação do contrato estava estruturada no consentimento livre e na igualdade formal das partes. Assentada na livre e consciente manifestação de vontade, visava à mínima interferência do Estado, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Judiciário. Tal concepção possuía função meramente individual, promovendo a regulação autônoma de interesses privados, considerados formalmente iguais e destituídos de qualquer função social. Desse modo, competia ao ordenamento jurídico prover as regras gerais para o reconhecimento das relações oriundas da exclusiva iniciativa das partes, traçando os requisitos de existência, validade e eficácia, sem, contudo, interferir no conteúdo das relações privadas. Os próprios particulares regulamentavam mutuamente seus interesses, determinando suas relações recíprocas, os objetivos e os mecanismos que melhor atendessem a seus interesses privados. Assim, o contrato gerado passou a ser lei entre as partes, assumindo poder criador de efeitos jurídicos, na medida em que o indivíduo possuía legitimidade para criar direitos e contrair obrigações. Vinculou-se o contratante ética e juridicamente pela força obrigatória e legítima do contrato, traduzida no princípio do *pacta sunt servanda*, que revestia o instrumento contratual com o manto da intangibilidade.

O contrato, como meio de circulação de riquezas, estava estreitamente vinculado à concepção de propriedade privada, funcionando como instrumento de realização de funções meramente individuais e de garantia da segurança dos negócios jurídicos. Todavia, como a experiência histórica demonstrou, o direito privado da era liberal assegurava, mediante a doutrina da autonomia da vontade, a liberdade apenas dos que efetivamente exerciam poderes negociais dominantes. A realidade fática revelava uma igualdade apenas formal, que submetia, na prática, os contratantes mais fracos ou vulneráveis a situações desvantajosas e abusivas. Assim, verificávamos um paradoxo entre a igualdade formal, idealizada pelo ordenamento jurídico, em detrimento da desigualdade econômica, constatada faticamente entre os figurantes da relação obrigacional, o que resultava em uma fonte de injustiça.

Diante dessas circunstâncias desferidas contra o modelo clássico, somadas à evolução do sistema capitalista, a teoria contratual tradicional sofreu o desencadear de uma crise, já que não correspondia mais às necessidades da sociedade contemporânea. Para começar, o crescimento exponencial da população multiplicou a imputação de efeitos negociais a inúmeras condutas, prescindíveis da manifestação de vontade dos obrigados. A

concorrência econômica, por sua vez, abriu espaço para a progressiva concentração capitalista, servindo de base para o fenômeno da globalização da economia. A massificação da sociedade, em geral, ofereceu campo fértil para a frutificação dos direitos de terceira geração, de natureza transindividuais, cujo escopo ultrapassa o âmbito dos figurantes concretos da relação negocial, atingindo a proteção de interesses ditos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Frente ao novo contexto histórico que se consolidava mediante transformações nos planos social, econômico e político, tornou-se evidente a necessidade de intervenção do Estado nas relações sociais. A intervenção pública nas relações econômicas privadas, em nosso ordenamento, alcançou seu ápice com o enunciado do art. 421 do Código Civil brasileiro, ao fundamentar o sistema obrigacional sobre a função social do contrato, limitando o exercício da liberdade. Sob a ótica publicista, interessa destacar a afirmação atribuída à Lacordaire de que "entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta" [3]. O Código Civil Brasileiro, nesse sentido, contemplou os princípios sociais do contrato da boa-fé e da equivalência material, na medida em que instrumentalizou o reflexo dos valores básicos sociais de liberdade, justiça e de ordem, fundamentadores do novo paradigma do Estado Social.

Na seara de publicização do Direito Civil, o Estado passa a direcionar o contrato a uma função social, em detrimento da vontade exclusiva humana. O dirigismo contratual assumiu a nova realidade jurídico- social, na qual a relação contratual é regulamentada, dirigida e fiscalizada pelo Poder Público. A força obrigatória do contrato, desde então, transcende o dever moral de cumprimento da palavra entre os figurantes da relação, abarcando a realização do bem comum e resguardando sua finalidade social. A vontade individual humana cede lugar preponderante para a vontade do grupo ou do Estado, desconstituindo o binômio liberdade- igualdade, forjado pelo liberalismo no direito das obrigações. Assim, a autonomia perde sua posição central nas relações jurídicas da emergente sociedade de massas, propiciando o fenômeno da despersonalização e objetivação do contrato. O foco obrigacional deixa de ser sujeitos concretos e identificáveis, assumindo o Estado o dever de garantir a comutatividade contratual. Nesse contexto, o princípio do *pacta sunt servanda* foi mitigado, em prol da proteção dos economicamente desfavoráveis e do conseqüente alcance do equilíbrio das relações sociais, necessário para suprir as desigualdades fáticas e promover a justiça social.

---

[3] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p.33.

Vale ressaltar, doravante, que a mitigação do princípio da autonomia privada não significou sua extinção, tendo em vista seu caráter fundamentador dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos. A função social do contrato não eliminou tais princípios, mas limitou e conformou seu alcance e conteúdo, de modo que os interesses individuais das partes sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais. A compreensão que se tem hoje dos institutos solidários informadores do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios individuais, pois estes, como aqueles, refletiram etapas da evolução do direito contratual e do próprio Estado moderno. O Estado social manteve a importância da liberdade de contratar, que diz respeito, conforme os ilustres ensinamentos de Fernando Noronha[4], à faculdade de realizar ou não determinado contrato. Já no que tange à liberdade contratual, concernente à determinação do conteúdo do contrato, esta, sim, sofreu restrições no âmbito da nova teoria contratual.

Seguindo o mesmo raciocínio, o intuito mitigador também deve se aplicar ao princípio do efeito relativo dos contratos, corolário da autonomia da vontade. Analisado sob a perspectiva do liberalismo, os efeitos decorrentes do contrato somente atingiriam as partes nele vinculadas, não alcançando terceiros, seja em benefício ou em prejuízo. Entretanto, devemos interpretar o princípio do efeito relativo dos contratos segundo o novo paradigma constitucional da teoria contratual, relativizando tal efeito com base no princípio da boa- fé objetiva. Conforme discutimos, o contrato não deve ser visto apenas entre seus sujeitos concretos, mas contextualizado em uma complexidade de interesses e valores sociais contemporâneos, além de norteado pelos princípios constitucionais. A limitação à autonomia privada é imposta pela lei, através das cláusulas gerais da função social do contrato e do principio da boa- fé objetiva.

Diante das transformações históricas vislumbradas, percebemos uma mudança paradigmática no Direito Civil brasileiro. A preocupação com o patrimônio e a segurança jurídica, característica do Código Civil de 1916, cedeu lugar à busca pela eficácia contratual na satisfação das demandas sociais. Dadas a incapacidade do ordenamento jurídico de regulamentar todos os fatos sociais e a contraposta necessidade de atualização do sistema jurídico, observamos um processo de transformação dos contratos, por meio do qual criou-se espaço para as cláusulas gerais, aproximando a prática jurídica com a moral. O caráter estável do contrato, revestido pela sua intangibilidade e pela força obrigatória introduzida pelo brocardo do *pacta sunt servanda*, observou o surgimento da Era da eficácia jurídica, com a

---

[4] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

imposição de limites aos contratantes, a intervenção do legislador, bem como com a possibilidade de revisão judicial. Os novos mecanismos jurídicos elencados funcionaram como instrumento de relativização da autonomia privada, assegurando o equilíbrio da relação contratual, em prol da justiça substancial. Nesse contexto, inaugura-se o paradigma da confiança, fundado na função social dos contratos, paralelamente ao princípio motor da boa-fé objetiva.

Conforme já discutido, "o Código Civil de 2002 consagrou a boa-fé objetiva como mandamento básico contratual, conforme disposto no artigo 422.[5] Confia-se no seu significado comum, reconhecido como a regra de conduta dos indivíduos na relação contratual, alicerçada sobre comportamento honesto e leal dos contratantes. Os valores legais abordados integram e unificam todas as fases contratuais, a saber, pré-contratação, conclusão, execução e pós-contratação. Apesar de tais fases não estarem expressas no dispositivo em questão, a aplicação dessa tese torna-se possível a partir do entendimento consagrado pelo enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil.[6]

Sob essa perspectiva, importam os deveres de cooperação e lealdade, além da preocupação com os legítimos interesses do parceiro contratual. Desse modo, emerge o paradigma da confiança de uma parte sobre a retidão de conduta da outra, tendo por base que a doutrina da confiança exprime a tentativa de sedimentar a crença de um sujeito nas representações fiduciárias que tenha por efetivas em relação ao outro.

No que tange às relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, III,[7] ressalta a importância da aplicação do princípio da boa-fé não somente ao devedor, mas a ambos os contratantes. As partes estão imersas em deveres secundários, anexos ou laterais de conduta, que são inerentes ao ato de agir honestamente. Sob uma perspectiva histórica, antes do advento do Código Civil de 2002, apenas o Código de Defesa do Consumidor elucidava acerca da nova teoria dos contratos, elevando o princípio da boa-fé objetiva ao patamar de mandamento regulador das relações contratuais, além de intervir no

---

[5] Código Civil, Art. 422: **"**Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

[6] Enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil: "O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós–contratual."

[7] Código de Defesa do Consumidor, Art. 4º: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores."

conteúdo material dos contratos. Todavia, a nova codificação civil passou, também, a abarcar os novos princípios jurídicos e cláusulas gerais no âmbito contratual, sobretudo no que concerne à função social e à equivalência material.

O paradigma da boa-fé inova a relação contratual ao trazer novos deveres que independem da vontade das partes. Diferem-se dos deveres contratuais firmados pelos contratantes, já que sua abrangência e existência não são determinadas como melhor lhes aprouver. Seu papel é ungir as obrigações pactuadas com o dever da boa-fé, renovando a forma do seu desenrolar ao longo da relação jurídica.

Sob a rubrica da boa-fé, nenhum direito subjetivo pode ser exercido de forma a não se preocupar com o parceiro, a quem é imputado o dever jurídico. A prática dos direitos concedidos pelo ordenamento deve ser ponderada nos valores de justiça, socialidade, cooperação, lealdade e legitimidade formal/material, a fim de que seu uso não seja discricionário. Visa a impedir que o titular do direito utilize seu poder em descompasso com a razão de ser da norma que lhe confere legitimidade, transformando-o em ato substancialmente ilícito; a saber, abuso de direito. "[8]

Portanto, a nova teoria dos contratos, ao superar a concepção tradicional, ampliou o objeto obrigacional para além do instrumento contratual, abarcando sua relevância para o complexo da sociedade. O princípio da boa- fé objetiva emerge, nesse contexto, como fundamento das obrigações, criando deveres de cooperação e lealdade entre as partes, vedando, assim, cláusulas abusivas, em prol do equilíbrio substancial. A incorporação de princípios constitucionais refletiu o novo paradigma interpretativo da relação contratual, por meio do qual o direito privado se organiza em novas bases. É nesse sentido que as obrigações encontram respaldo na função social dos contratos e a pessoa passa a substituir o indivíduo, valorizando a dignidade da pessoa humana. Preocupa-se com a eficácia da função social, pois as repercussões do contrato passam a interessar não somente aos figurantes imediatamente vinculados na relação jurídica, mas também a outros titulares integrantes do âmbito social.[9]

Nesse sentido, vale destacarmos os ensinamentos de Enzo Roppo, quando explica a fórmula da relatividade do contrato, imersa no contexto constitucional de incorporação de

---

[8] CAMPEÃO, Paula S.; SIQUEIRA, Carlos A. C. . *A cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor.* In: XX Congresso Nacional CONPEDI, 2011, Vitória, ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. v. 20. p. 1-13815.

[9] TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 244.

valores ao vínculo contratual: "o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico- social em que está inserido."[10]

4. A REFORMA DO DIREITO ALEMÃO DAS OBRIGAÇÕES E A HARMONIZAÇÃO TRANSNACIONAL DO DIREITO PRIVADO

Vive-se hoje em um mundo globalizado, no qual as relações jurídicas ultrapassam as fronteiras dos Estados, não mais se circunscrevendo a um único ordenamento jurídico interno. Por um lado, cada Estado possui um conjunto de regras destinadas a resolver questões relativas a situações de multiconexão entre as relações privadas internacionais. Por outro, quando determinado pelo Direito Internacional Privado, todos os países permitem a aplicação do direito estrangeiro ao caso concreto, excluindo-se as normas internas sobre a matéria.

Devido à pluralidade de sistemas jurídicos, torna-se cada vez mais subjacente a questão do conflito de leis, mediante o qual uma mesma situação jurídica pode ser regulamentada por mais de um ordenamento.

É nesse contexto que se pretende atingir a harmonia jurídica internacional, assegurando a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas. Para tanto, o Direito Internacional Privado emerge com o objetivo de promover e garantir a estabilidade das situações jurídicas multinacionais, através da uniformidade valorativa entre os diversos sistemas interessados, adequando seus métodos ao conjunto de direitos fundamentais. Nesse sentido, são válidas as lições de Ferrer Correa, ao afirmar que "o Direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de caráter internacional. São essas relações (ou situações) aquelas que entram em contato, através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo: são relações 'plurilocalizadas'."[11]

Segundo o método conflitual tradicional, o Direito Internacional Privado cumpre sua missão de prover a regulamentação da vida jurídica internacional, através da determinação de normas de conflitos, responsáveis por designar a lei aplicável ao caso concreto. Assim, a

---

[10] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.24.
[11] CORREA, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p.11.

concepção clássica defende que não compete ao DIPr fornecer a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável deverá ser requerida. Entretanto, a aplicação de tal método demonstra problemas de três ordens. Primeiramente, há a possibilidade de uma mesma situação ser resolvida de forma distinta por cada Estado, já que estes possuem regulamento próprio. Além disso, a decisão empregada por um ordenamento jurídico pode ser considerada inválida em outro. E, por fim, não podemos deixar de considerar a possibilidade de as partes tentarem beneficiar-se das diferenças entre os sistemas para buscar a solução que melhor lhe aprouver, como uma espécie de *forum shopping.*

Diante disso, verificamos a tendência do surgimento cada vez maior de regras materiais de DIPr, que atuam diretamente na situação jurídica, em vez de procurar a lei aplicável pela regra indireta mediadora entre os sistemas jurídicos envolvidos. Um exemplo de mecanismo empregado para enfrentar essas diversidades de país a país foi a harmonização através da criação de normas conflituais internacionais uniformes. São visíveis também iniciativas no intuito de uniformizar regras substantivas, como, v.g., a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL, ao promover a modificação e unificação de uma parcela do Direito Privado Material, bem como os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, do UNIDROIT.

A Comunidade Européia também se enquadra nessa tendência uniformizadora, na medida em que vem passando por um processo crescente de integração entre seus Estados-Membros. A fim de confirmar o intuito de harmonização entre os países que a compõem, observamos a criação de sucessivas diretivas no sentido de adequar as legislações nacionais ao paradigma interpretativo da constitucionalização do Direito Civil, visando à unificação do Direito Internacional Privado.

A viabilização desse objetivo de harmonização do pensamento jurídico europeu encontra bases na perspectiva de constitucionalização do direito privado, através da elaboração de princípios fundamentais comuns à ordem jurídica sob o primado do direito internacional. Por outro lado, é válido assegurar os aspectos específicos de cada Estado Nacional, garantindo a manutenção de sua identidade cultural e jurídica, adequada às demandas de sua comunidade.

Foi nesse contexto da harmonização transnacional do Direito que se desencadeou a reforma do direito das obrigações na Alemanha. O BGB encontrou, no direito comunitário, fonte para realizar importante modificação concernente ao direito obrigacional, completada pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetzt* (“lei para modernização do direito das obrigações”),

de 26/11/2001[12]. Sua importância reside na codificação de novas figuras de direito obrigacional, que passam a permear as relações contratuais, garantindo a harmonização entre a ordem autônoma dos contratos e a ordem geral das relações interprivadas.

A reforma se deu mediante a combinação entre as mudanças empreendidas pelo direito comunitário e o próprio projeto alemão de reforma apresentado pela Comissão responsável em 1992. Além disso, foram integradas diversas leis satélites do BGB, bem como institutos jurídicos derivados de construção jurisprudencial, aproximando o texto da lei à realidade.

Importa para este estudo destacarmos os aspectos da reforma atinentes ao princípio dos efeitos relativos do contrato. Para tanto, são imprescindíveis as palavras de Wanderlei de Paula Barreto, trazidas por Luiz Edson Fachin e Uiara Andressa Brekailo[13]:

"No direito alemão a Constituição faculta a cada pessoa a invocação do Tribunal Constitucional federal por 'ter sido violado em um dos seus direitos fundamentais pelo Poder Público', por meio de um 'recurso constitucional'. Poder Público é considerado, nesse sentido, como os tribunais cíveis, sendo possível recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra qualquer sentença de tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*). Essa possibilidade, porém, não existe em muitos outros países, o que resulta em dificuldades quando se pensa na harmonização.

Por meio do fundamento legal central da 'Violação de Dever' do § 280, alínea 1, bem como da positivação dos deveres acessórios da relação obrigacional do § 241, alínea 2 BGB[14], as chamadas 'Violações Positivas do Crédito' passaram a ter uma inédita consolidação legal, na medida em que a norma do § 311[15], alínea 3, subvertendo o princípio

---

[12] NORDEMEIER, Carl Friedrich. *O novo direito das obrigações no Código Civil alemão- a reforma de 2002.* In: MARQUES, Claudia Lima (coordenação). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.

[13] BARRETO, Wanderlei de Paula. In: FACHIN, Luiz Edson e BREKAILO, Uiara Andressa. *Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual.*

[14] BGB § 241 Deveres Derivados da Relação Obrigacional

"(1) Por força da relação obrigacional, o credor é autorizado a exigir do devedor uma prestação. A prestação pode consistir, também, em uma abstenção.

(2) A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada uma das partes a levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses da outra parte." (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, Op. cit.).

[15] BGB §311 Relações Obrigacionais Negociais e Relações Assemelhadas a Relações Negociais

"(1) Contanto que a lei não estabeleça o contrário, para a constituição de uma relação obrigacional por meio de negócio jurídico, bem como para a modificação do conteúdo de uma relação jurídica é necessário um contrato entre os partícipes.

(2) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 nasce por meio

1. da entabulação de negociações contratuais,

da força relativa dos contratos, elasteceu o rol dos obrigados para incluir 'pessoas que não deverão elas próprias ser contratantes', instituindo uma verdadeira 'transpersonalização dos deveres obrigacionais', se nos for reconhecida a vênia para sugerir a denominação deste fenômeno normativo."

Para um melhor aprofundamento do tema, importa discutirmos a respeito do inadimplemento obrigacional[16], quando constatamos que "é crescente o entendimento doutrinário da concepção da obrigação conforme a perspectiva dualista do débito (*Schuld*) e da responsabilidade (*Haftung*).[17] Uma vez cumprido o débito, a obrigação satisfaz-se na fase inicial do vínculo. Todavia, a não satisfação total da obrigação, conforme pactuado, enseja a responsabilidade. Desse modo, há que se falar em inadimplemento da obrigação, em descumprimento, a partir do qual nasce o dever da responsabilidade civil contratual, amparado pelos artigos 389 a 391 do Código Civil[18].

A doutrina clássica sistematiza duas formas de inadimplemento obrigacional, a saber: inadimplemento parcial, mora ou atraso; e inadimplemento absoluto.

Na primeira hipótese, a obrigação é cumprida parcialmente, em relação ao tempo, o lugar ou a forma estipulados. Há uma imperfeita satisfação obrigacional, porém ainda existe possibilidade de cumprir a prestação ou interesse em realizá-la. Enquanto que no inadimplemento absoluto, a obrigação não pode mais ser satisfeita, tornando-se inútil ao credor. Sendo assim, faz-se necessário analisar o critério da utilidade da obrigação para o credor, a fim de distinguir as duas formas clássicas de inadimplemento apontadas.

A doutrina atual, entretanto, tem discorrido ainda acerca de outra forma de inadimplemento obrigacional: a violação positiva do contrato. Trata-se da quebra dos deveres anexos ou laterais de conduta, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. Como consequência da concepção da obrigação como processo, deve-se observar um sistema de colaboração entre os contratantes, sustentado sobre o respeito aos deveres secundários durante

---

2. do encaminhamento de um contrato, no qual uma das partes, com vistas a uma possível relação negocial, concede à outra a possibilidade de concretização dos seus direitos, bens jurídicos ou interesses ou confia a ela tal concretização, ou
3. de semelhantes contatos negociais.

(3) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 pode nascer também para pessoas que não deverão ser elas próprias partes contratantes. Uma tal relação obrigacional nasce, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais." (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, Op. cit.).

[16] CAMPEÃO, Paula S. ; SIQUEIRA, Carlos A. C. . *A cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor*. In: XX Congresso Nacional CONPEDI, 2011, Vitória, ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. v. 20. p. 1-13815.

[17] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 2. p. 209.

[18] Código Civil Brasileiro de 2002.

todo o curso obrigacional. O paradigma em pauta é ratificado pelo Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Em complementaridade à ideia, destaca-se o Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência de violação”.

Discorrido acerca do conceito da violação positiva do contrato, podemos, agora, associá-lo ao contexto normativo alemão, na medida em que foi consolidado no §311 do BGB. O instituto em tela encontra fundamento na quebra dos deveres anexos, oriundos do princípio da boa-fé, configurando uma espécie de inadimplemento obrigacional. A alínea 3 do §311 do BGB, nesse sentido, inaugurou uma nova concepção da relação obrigacional, ampliando os pólos jurídicos para além das partes contratantes. O novo entendimento consagra a extensão dos deveres contratuais para o terceiro não contratante originariamente. Esse vínculo nasce a partir do momento em que o terceiro reivindica para si confiança, como reflexo da atribuição dos deveres anexos ou laterais, influenciando substancialmente o desenrolar da relação contratual. A nova relação configurada com o ”terceiro”- as aspas ressaltam que este também passa a integrar a relação jurídica privada, adquirindo deveres e, portanto, assume posição jurídica de parte contratante- encontra alicerce no paradigma da confiança, traduzido pelo princípio da boa-fé objetiva, norteador das relações obrigacionais.

Destaca-se: BGB §311 Relações Obrigacionais Negociais e Relações Assemelhadas a Relações Negociais: (3) Uma relação jurídica com deveres consoante o § 241, alínea 2 pode nascer também para pessoas que não deverão ser elas próprias partes contratantes. Uma tal relação obrigacional nasce, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais.”[19]

A jurisprudência alemã promove, nesses termos, a relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos, na medida em que amplia subjetivamente a relação jurídica contratual, atribuindo deveres ao terceiro, que não precisa ser propriamente parte no contrato, mas que influencia diretamente na conclusão contratual ou sofre influência direta pelo contrato concluído. O terceiro se vê vinculado à relação contratual dos autores, através dos deveres anexos de conduta que assume, integrando, assim, o vínculo obrigacional originário.

---

[19] Tradução por Wanderlei de Paula Barreto, Op. cit.

Importa ressaltar que a inovação trazida pela reforma alemã não se restringe à efetivação da relatividade dos efeitos relativos obrigacionais, alcançando também a preocupação em limitar a própria relativização. Para tanto, a jurisprudência tedesca cuidou de esclarecer casuisticamente qual deve ser a função exercida pelo terceiro para que se configure a relatividade.

A fim de compreendermos a aplicação do instituto na prática forense, vamos analisar algumas decisões proferidas pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), fundamentadas pelo §311 (3), após a entrada em vigor da reforma do direito obrigacional alemão. Destacamos, neste estudo, a pesquisa jurisprudencial[20] realizada pelo professor Fachin, juntamente com a bacharel em Direito, Uiara Andressa Brekailo, administradora graduada com diplomação na Alemanha pela Faculdade de Münster (Fachhochschule Münster)- "Diplom- Betriebswirtin (FH)".

Em decisão do BGH (IX ZB 57/06-OLG Celle LG Hannover), a relatividade da força relativa do contrato é evidenciada pela função exercida pelo administrador da massa falida, uma vez que este é responsabilizado pela conclusão contratual.

"(...) Uma pessoa, que não é parte do contrato, especialmente, quando o terceiro reivindica para si confiança, de forma intensa e, por meio disso, influencia substancialmente as tratativas ou a conclusão contratuais (§311 Abs. 3 BGB). Neste caso, a responsabilidade de terceiro é semelhante a do administrador da massa falida, haja vista que a massa não disporia de recursos suficientes para quitar todas as suas obrigações. Mesmo que sua obrigação não seja a mesma da massa, ele é responsabilizado pela conclusão contratual, que segundo uma conduta condizente com sua função, não deveria ter sido realizada (...)."

O BGH, assim, entendeu que o administrador da massa falida enquadra-se na hipótese do §311 (3), uma vez que assume posição influente de confiança ao exercer função de parceiro das negociações e parceiro contratual da parte que quer concluir o negócio com a massa. Sua conduta deve obedecer aos deveres anexos norteadores da relação obrigacional, sob a égide do paradigma da confiança. As ações do administrador atingem patrimônio alheio, a saber, a massa falida, sendo responsabilizado pessoalmente se, transcendendo o âmbito de suas responsabilidades, propiciar um contexto de confiança suficiente para interferir substancialmente no negócio jurídico.

Em outra decisão, no processo IX ZR 114/01 (OLG Karlsruhe), o acórdão ressalta "a figura do administrador como aquele que não sendo parte contratual ou cujo representante, ao lado da parte contratual, participa influentemente na conclusão do contrato (*Zustandekommen*

---

[20] FACHIN, Luiz Edson e BREKAILO, Uiara Andressa. Op. cit.

des Vertrages) e oferece, além da confiança corriqueira que se espera em qualquer negociação, uma garantia adicional e pessoal para continuação e conformidade da expectativa do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*)." [21]

Ainda percorrendo o direcionamento traçado pela jurisprudência alemã, constatamos a efetivação do fenômeno da transpersonalização dos deveres obrigacionais na decisão proferida em fevereiro de 2007, pelo BGH, em revisão do processo IX ZR 62/02 (OLG Frankfurt AM Main):

"A acusada por meio do seu administrador, que agia em seu nome e que conhecia Dr. K pessoalmente, usufrui da confiança desse e influenciou de forma considerável a tomada de decisão em formar a sociedade (*stillen Gesellschaft)* entre os autores e a proprietária (SI). Conclui-se que desta maneira, no mínimo existiu uma relação pré-contratual (*vorvertragliches Schuldverhaltnis)* com os autores (cf. atual §311 Abs. 3 BGB). Pois com suas declarações ela criou motivação para a decisão do investimento na concepção/idéia dos autores."

Conforme já discutimos, baseado no art. 422 do Código Civil brasileiro em consonância com o enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil, a nova teoria contratual reconheceu a boa-fé como a regra de conduta dos indivíduos na relação contratual, pautada em comportamento honesto, coerente e leal, refletindo os valores de confiança que integram e unificam todas as fases contratuais, inclusive, a pré-contratação.

Prezando pela harmonização do Direito privado internacional, entendemos, sob a perspectiva do direito comparado, que houve, na verdade, uma limitação da responsabilidade do consultor jurídico, que agia em nome da acusada e que conhecia pessoalmente o Dr. K, na violação do dever, segundo a relação de probidade que se espera no negócio jurídico, evitando-se abuso de direito. Aplicando-se o BGB § 311 (3), constatamos o nascimento de uma relação jurídica pré-contratual, na qual a reivindicação de confiança se deu pela acusada (terceiro influente), que por um comportamento coerente criou motivação para a decisão da formação da sociedade entre os autores e a proprietária, influenciando de forma considerável na concepção ideológica dos autores. Sendo assim, nos termos da alínea 3 do citado parágrafo, nasce uma relação jurídica com deveres obrigacionais para a acusada, que deve observar os direitos, bens jurídicos e os interesses da outra parte, como dispõe o BGB § 241 (2). [22]

---

[21] FACHIN, Luiz Edson e BREKAILO, Uiara Andressa. *Op. Cit.*
[22] BGB § 241 Deveres Derivados da Relação Obrigacional:

As decisões dos acórdãos estudados demonstram claramente a incidência relativizada do princípio dos efeitos relativos dos contratos, atribuindo deveres obrigacionais ao terceiro, quando no exercício da função de representante, intermediário, negociador, mediador, procurador ou administrador. A relativização do princípio em tela ocorre à luz do paradigma da confiança, introduzido pela nova teoria contratual. Pretende-se, com o fenômeno, alcançar uma nova compreensão acerca das relações jurídicas privadas, desconstituindo a visão centralizada do pensamento tradicional, abrindo espaço para uma perspectiva mais ampla do vínculo obrigacional, amparada axiologicamente pelo *thelos* da constitucionalização do direito privado.

5. A TRANSPERSONALIZAÇÃO DOS DEVERES OBRIGACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o conceito civil tradicional, *parte* significa centro de interesses objetivamente homogêneos. Enzo Roppo ressalta que a noção de parte do contrato, por sua vez, contrapõe- se à de terceiro, já que "são terceiros em relação ao contrato todos os sujeitos que não são partes e que, no entanto, nele podem estar de qualquer forma interessados ou são atingidos indiretamente pelos seus efeitos".[23]

Como consectário lógico da autonomia privada negocial, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato consagra o entendimento de que o contrato apenas obriga e vincula suas próprias partes, não podendo ser oponível a terceiros, segundo bem preleciona Paulo Lôbo.

O Código Civil Francês de 1804 é intitulado como responsável por consagrar o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em seu art. 1.165, como expressão do ideário de autodeterminação individual. Tal diploma estabeleceu que a produção de efeitos pelas convenções se dava apenas entre as partes contratantes, não podendo alcançar terceiros. Fernando Noronha é conciso ao afirmar que "no fundo, o que a relatividade significa é que a ninguém é permitido criar obrigações a cargo de terceiros. Já não significa, porém, que

---

"(2) A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada uma das partes a levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses da outra parte." (tradução por Wanderlei de Paula Barreto, Op. cit.).

[23] ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p.82.

terceiros não possam ser obrigados a respeitar a obrigação constituída. Por isso, a relatividade não impede que a obrigação possa produzir alguns efeitos em relação a terceiros." [24]

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais franceses entendeu que os terceiros, ainda que não sejam vinculados à relação contratual, devem respeitá-la. Após a decisão da Corte de Cassação, em 1864, esses tribunais passaram a distinguir a força obrigatória, que se aplica apenas em relação às partes contratantes, da oponibilidade, que também se dirige a terceiros. Todavia, o entendimento que se pretende alcançar é de que o terceiro não apenas tem o dever de respeitar o contrato, mas também pode adquirir novos deveres obrigacionais, na medida em que reivindicar para si confiança, influenciando no vínculo negocial originário.

A função social do contrato, introduzida pelo art. 421 do Código Civil brasileiro consagrou uma profunda contenção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que ampliou os efeitos decorrentes da relação negocial ao complexo âmbito da sociedade, onde se integra a figura do terceiro. A mitigação do princípio em estudo encontra fundamento no fenômeno da constitucionalização do direito privado, de onde emergem os princípios sociais do contrato, em reconhecimento da justiça distributiva na sociedade.

O cenário jurídico criado pela nova teoria contratual propiciou ambiente fértil para a promoção da relativização do princípio dos efeitos relativos do contrato. A realização de tal pretensão, por sua vez, encontra substrato, em nosso ordenamento jurídico, nos princípios da equivalência material, da boa-fé objetiva e da função social, que refletem o pensamento constitucionalizado da atual dogmática civil.

O princípio da equivalência material busca alcançar o justo equilíbrio contratual. A fim de promover a harmonização dos interesses, preserva a equação entre a manutenção da proporcionalidade inicial de direitos e obrigações, e a correção dos desequilíbrios supervenientes. A preocupação quanto ao satisfatório cumprimento da relação negocial adquire um escopo mais amplo, que desfaz a exigência individualista da força obrigatória, traduzida pelo *pacta sunt servanda.* Cria-se, então, espaço para o reconhecimento da importância de um desenrolar contratual equilibrado, orientado por condutas de probidade e boa-fé, em detrimento de um desequilíbrio real entre as partes, marcado por uma onerosidade excessiva para o figurante mais vulnerável e por vantagens materiais ao outro.

Desse modo, o principio da equivalência material realiza uma ruptura com o binômio igualdade-liberdade formal, característico do ideal liberalista, aferindo, sob o critério da razoabilidade, a justa proporção entre a finalidade do contrato e os meios empregados para

---

[24] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

atingi-la. Está voltado para a promoção da mudança social e para a redução das desigualdades reais entre os figurantes, encontrando raízes nas normas fundamentais da Constituição brasileira de 1988, que veiculam os princípios da solidariedade (art. 3º, I) e da justiça social (art. 170).[25] No Código Civil, o princípio foi explicitamente introduzido nos contratos de adesão, disciplinados pelos arts. 423 e 424. Porém, a norma que melhor o expressa, na ordem positiva brasileira, é o art. 6º, inciso V do CDC, que prevê a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O princípio da boa-fé, por sua vez, reflete a confiança que as partes depositam em seus comportamentos recíprocos, vedando cláusulas abusivas. Importa conduta honesta, leal e correta, explicitada no paradigma da confiança, assunto que já mereceu especial abordagem neste ensaio. A doutrina, por seu turno, tem ressaltado que a boa-fé não é aplicável apenas à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas deve nortear também as obrigações sob a perspectiva de processo, alcançando o âmbito social integrado por terceiros.

Da mesma forma, a liberdade de contratar e a função social encontram-se entretecidas, inaugurando uma nova concepção: a autonomia (privada) solidária, como bem dispõe Martins- Costa[26]. Ao correlacionar a ambivalência entre o valor do individuo e o valor da coletividade, Miguel Reale afirma que "o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do individuo como aquele que o cria, mas de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida". [27]

O principio da função social foi consagrado em nosso ordenamento jurídico, através do art. 421 do Código Civil, que elenca a necessidade do exercício dos interesses individuais das partes do contrato em conformidade com os interesses sociais, que são prevalecentes. Busca-se a criação, por meio dos princípios sociais do contrato, de uma justiça distributiva na sociedade, perspectiva que pode ser encontrada no próprio texto constitucional brasileiro, no art. 170, que estabelece que toda atividade econômica está submetida à primazia da justiça social. O contrato, vale dizer, é o instrumento de realização da atividade econômica e de promoção do tráfico jurídico, motivo pelo qual deve ser interpretado segundo a ótica do equilíbrio justo, contemplando a tutela da parte mais vulnerável, em proteção ao interesse socialmente aferível.

---

[25] LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011.
[26] MARTINS- COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos.* Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: IDCLB, n. 29, p. 64- 102, 2007.
[27] REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1986.

Gustavo Tepedino[28] defende que a função social, em última análise, implica imposição de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. É nesse sentido que o principio da relatividade dos efeitos relativos dos contratos harmoniza-se com a na nossa realidade jurídica. A pretensão de mitigar a força relativa dos efeitos jurídicos negociais encontra instrumento de efetivação na realização dos princípios sociais elencados. Sob a tutela constitucional de primazia dos valores sociais, encontramos eficaz substrato, por meio do qual se torna viabilizada a recepção do instituto inaugurado pela reforma do Direito obrigacional alemão, consolidado no BGB § 311 (3).

Assim, o novo contexto vivenciado pela civilística brasileira possibilita uma interpretação extensiva quanto à configuração subjetiva e seus respectivos deveres, no vínculo obrigacional. Pelo pensamento tradicional implantado pelo ideal liberalista, a relação negocial obriga e vincula apenas suas próprias partes, não atingindo terceiros. A mitigação desse instituto, todavia, realiza uma extensão quanto aos efeitos do contrato, adotando uma perspectiva solidária, por meio da qual o terceiro também pode ser atingido pelos efeitos obrigacionais de um vínculo negocial do qual não faz parte *a priori*. Importando o pensamento consolidado no BGB § 311 (3) para a nossa realidade jurídica privada, podemos afirmar que, a partir do momento em que o terceiro, não contratante originariamente, reivindica para si confiança em relação ao vínculo contratual das partes principais, fica sujeito à aquisição de obrigações, na medida em que for capaz, pela confiança depositada, de influenciar diretamente na conclusão contratual ou de sofrer influência direta pelo contrato concluído. Desse modo, uma vez verificadas tais hipóteses, o terceiro passa a integrar o vínculo obrigacional, na condição real de parte. Emerge uma relação jurídica com deveres obrigacionais para o terceiro, que deve observar os direitos, bens jurídicos e os interesses da outra parte, como dispõe o BGB § 241 (2).

Observamos, sob essa ótica, a realização da traspersonalização da obrigação. O ideário promove a desconstituição da concepção tradicional de parte contratual, transcendendo o âmbito restrito de vínculo entre os contratantes originários, para alçar efeitos em outros componentes do meio social. Pretende-se, ainda, ir além do fenômeno da repersonalização das relações civis, que representou a ruptura da visão individual-patrimonialista do Estado liberal, em prol da nobre valorização da dignidade da pessoa humana, alcançando a transpersonalização dos deveres obrigacionais. O arquétipo proposto

---

[28] TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato.*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.

objetiva, na verdade, contextualizar a repersonalização na perspectiva solidária norteadora das relações contratuais, expandindo seu alcance na seara negocial. Diante da preocupação legítima a respeito da inserção da função social nas relações jurídicas, o contrato deve ser satisfeito conforme os valores sociais da equivalência material e da boa-fé objetiva, prezando pelo benefício da coletividade.

É nesse sentido que o terceiro ingressa na relação negocial como parte, adquirindo deveres obrigacionais que devem ser cumpridos, à luz do paradigma da confiança, traduzido na boa-fé objetiva, sob pena de ser responsabilizado pelo inadimplemento obrigacional. Sabemos que a não satisfação da obrigação enseja a responsabilidade. Desse modo, há que se falar em inadimplemento da obrigação, em descumprimento, a partir do qual nasce o dever da responsabilidade civil contratual, amparado pelos artigos 389 a 391 do Código Civil. No caso em pauta, trata-se da espécie de inadimplemento denominada violação positiva do contrato, já abordada ao longo do estudo. Caracteriza-se pela quebra dos deveres anexos ou laterais de conduta, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. É consequência da concepção da obrigação como processo, por meio da qual devemos observar um sistema de colaboração entre os contratantes, sistema este que é expandido pela necessidade de observância e respeito aos valores sociais aplicados também aos terceiros, não integrantes do vínculo negocial originariamente, mas que assumem status de parte, na medida em que tomam para si uma posição de confiança suficiente para interferir em tal vínculo.

Portanto, a recepção do instituto alemão no Direito brasileiro deve ser realizada pela introdução dos BGB §§ 311 (3) e 241 (2), interpretados à luz dos valores sociais elencados pela constitucionalização do Direito Civil, prezando pela efetivação da justiça social, imersa na compreensão extensiva e solidária das relações obrigacionais como processo, promovendo uma verdadeira transpersonalização dos deveres obrigacionais.

6. CONCLUSÕES

O presente ensaio, a fim de atender à proposta de renovação dos estudos do direito das obrigações, traçou fundamentos no paradigma da constitucionalização do direito civil, contextualizando a nossa realidade jurídica com a reforma realizada no BGB, na Alemanha.

Retomou-se o curso da historia, recuperando e dando novas feições aos institutos solidários, como a equivalência material, a boa- fé objetiva e a função social, contribuindo para a humanização ou repersonalização das relações civis e a pacificação social.

Sob a égide da eficácia social das relações privadas, demonstramos que novos mecanismos jurídicos foram introduzidos como instrumentos de relativização da autonomia privada, assegurando o equilíbrio da relação contratual, em prol da justiça substancial e da primazia da pessoa humana.

A fim de melhor compreender o instrumento temático e viabilizar sua naturalização no Direito brasileiro, realizamos um estudo comparado com o a reforma do Direito das obrigações na Alemanha, demonstrando situações pragmáticas, através de decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), concernentes à aplicação do § 311 (3) do BGB.

Sua recepção no sistema jurídico nacional encontra substrato nos novos deveres sociais, introduzidos em nosso ordenamento como desdobramento da constitucionalização do Direito Civil. Nesse contexto destacamos o paradigma da confiança como sustentáculo dos vínculos obrigacionais e mecanismo inovador de seus efeitos no âmago da sociedade, uma vez que suas repercussões civis passam a interessar não somente aos figurantes imediatos da relação negocial, mas também a outros titulares integrantes do âmbito social. Informado pela função social, o instrumento abordado realiza uma ruptura com o pensamento tradicional liberalista, adquirindo dimensão axiológica no plano jurídico-social, mediante a difusão da consciência coletiva em prol de uma justiça solidária.

É nesse sentido que o terceiro ingressa na relação negocial como parte, adquirindo deveres obrigacionais que devem ser cumpridos, à luz dos princípios informadores do direito privado, sob pena de ser responsabilizado pelo inadimplemento obrigacional. Nesses termos, constatamos a existência de instrumentos eficazes, em nossa realidade jurídica, na promoção da relativização do princípio dos efeitos relativos do contrato.

Destarte, concluímos depositando nossa expectativa na evolução do princípio da transpersonalização dos deveres obrigacionais, no âmbito do direito brasileiro, de modo a elastecer o rol dos obrigados no panorama da novel civilística contratual.

Para finalizar, faz-se mister destacar as palavras já dantes mencionadas, pelas quais defendemos que: “Frente ao cenário democrático vivido, atenta-se para a existência de valores que ultrapassam a limitada esfera dos interesses pessoais das partes. Assim, ao mudar a mentalidade no âmago das relações privadas corriqueiras, são lançadas bases para alçar direito

privado – principalmente, a esfera contratual - ao patamar de promotor da democracia e do desenvolvimento coletivo e social.”.[29]

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós- modernidade. Direito Civil: atualidades/ Bruno Torquato de Oliveira Naves, Cézar Fiuza e Maria de Fátima Freire de Sá, coordenadores- Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, 8 (4) 545-657, out./dez. 1996, passim.

ARAÚJO, Nadia. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira.

BARROSO, Lucas Abreu. Introdução Crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPEÃO, Paula S.; SIQUEIRA, Carlos A. C. *A cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor.* In: XX Congresso Nacional CONPEDI, 2011, Vitória, ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. v. 20. p. 1-13815.

CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Centelha, 1981, p.91-92.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

CORREA, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.

FACHIN, Luiz Edson e BREKAILO, Uiara Andressa. *Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual.*

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tartuce, Flávio. Simão, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos.

---

[29] CAMPEÃO, Paula S. ; SIQUEIRA, Carlos A. C. . *A cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor.* In: XX Congresso Nacional CONPEDI, 2011, Vitória, ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v. v. 20. p. 1-13815.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Direito Civil: atualidades/ Bruno Torquato de Oliveira Naves, Cézar Fiuza e Maria de Fátima Freire de Sá, coordenadores- Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 253.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. t. 2.

NORDEMEIER, Carl Friedrich. *O novo direito das obrigações no Código Civil alemão- a reforma de 2002*. In: MARQUES, Claudia Lima (coordenação). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Faces do Multiculturalismo: Teoria - Política - Direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

PERLINGERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1986.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 13 ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

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

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2005, v. 2.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.