



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado Acadêmico em Direito**  
**Área de concentração: Constituição e Sociedade**

**A exigibilidade do contrato preliminar de  
doação diante dos valores sociais  
constitucionais que fundamentam as  
relações privadas.**

**Daniel Eduardo Branco Carnacchioni**

Brasília - DF

2012



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**

**Mestrado Acadêmico em Direito**

**Área de concentração: Constituição e Sociedade**

**A exigibilidade do contrato preliminar de  
doação diante dos valores sociais  
constitucionais que fundamentam as  
relações privadas.**

**Daniel Eduardo Branco Carnacchioni**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, área de concentração Constituição e Sociedade.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Brasília - DF

2012

**Daniel Eduardo Branco Carnacchioni**

**A exigibilidade do contrato preliminar de  
doação diante dos valores sociais  
constitucionais que fundamentam as  
relações privadas.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, área de concentração: Constituição e Sociedade.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em 24/2/2012.

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof<sup>a</sup>. Dra. Júlia Maurmann Ximenes

---

Integrante: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

---

Integrante: Prof. Dr. José Eduardo Sabo Paes

À minha doce e adorável filha, Clara Carnacchioni,  
razão da minha vida, a quem agradeço por  
compreender a minha ausência e por sempre me  
encantar com o seu sorriso.

Agradeço à professora Júlia Maurmann Ximenes, que me incentivou à conclusão deste trabalho, o valorizando com as suas ideias;

Aos demais professores do Curso de Mestrado, minha gratidão pelo desprendimento na partilha de conhecimentos;

Aos colegas, pela troca de experiências e informações durante o curso;

A todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a concretização desse estudo.

## RESUMO

Esta dissertação versa sobre a validade do contrato prévio, com ênfase no contrato preliminar de doação e a sua exigibilidade dentro do sistema jurídico brasileiro, principalmente sob uma visão civil-constitucional. Para tanto, serão abordadas questões principiológicas e dogmáticas sobre o Estado Democrático de Direito e seus princípios regentes, bem como será realizado um estudo dos direitos fundamentais, traçando-se um paralelo entre o antigo Estado Liberal e o atual Estado Social. Assim, levando-se em consideração que a promessa de doação é um tipo de contrato submetido aos mesmos valores sociais constitucionais que inspiram e orientam todas as relações jurídicas de natureza privada, em especial no âmbito contratual, serão realizadas incursões sobre os princípios e valores constitucionais que são a referência do sistema civil, além de uma análise sobre uma concepção contemporânea de contrato, sua teoria, princípios e evolução histórica para, finalmente, analisar o contrato preliminar de doação e todas as suas implicações no campo da exigibilidade. Para tanto, serão estudados os valores mais caros que fundamentam a República, a teoria dos direitos fundamentais e a sua necessária aplicação nas relações privadas para demonstrar como a confiança e a boa-fé daquele que será o beneficiário da promessa, merecerão a devida tutela estatal no âmbito da exigibilidade.

**Palavras-chave:** Contrato preliminar. Doação. Direitos fundamentais. Princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana. Boa-fé objetiva. Função social. Confiança.

## *ABSTRACT*

This dissertation focuses on the validity of the prior contract, with emphasis on preliminary contract and its enforceability donation within the Brazilian legal system, especially in a civil and constitutional vision. To do so, will be addressed on the dogmatic principles, and democratic state and its guiding principles as well as a detailed study of fundamental rights by drawing a parallel between the old liberal state. Thus, taking into account that the promise of giving is a type of contract subject to the same constitutional social values that inspire and guide all legal relations of a private nature, especially under an agreement will be carried out raids on the principles and constitutional values which are the reference from the civil system, and an analysis of a contemporary conception of contract, its theory, principles and historical development to finally analyze the preliminary contract of donation and all its implications in the field of liability. Finally, we will study the values that underlie the most expensive Republic, the theory of fundamental rights and this application in private relationships that necessarily demonstrate how trust and good faith that it will be the beneficiary of the promise, will deserve proper state supervision in scope of liability.

***Key-words:*** *Preliminary contract. Donation. Fundamental rights. Constitutional principle. Human dignit. Objective good faith. Social function. Trust.*

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| Introdução   | 09 |
| 1. Valores Sociais Constitucionais como parâmetros das relações jurídicas privadas                   | 15 |
| 1.1. Noções preliminares   | 15 |
| 1.1.1. A transição do Estado Liberal para o Estado Social  | 17 |
| 1.1.2. Liberalismo e os direitos fundamentais nas relações privadas                                  | 21 |
| 1.1.3. Estado Social e relações privadas   | 24 |
| 2. Princípios Constitucionais e sua relevância para as relações privadas                             | 27 |
| 2.1. Princípios Constitucionais a serem observados nas relações jurídicas entre particulares         | 32 |
| 2.2. Diferenças entre Regras e Princípios  | 36 |
| 2.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana   | 45 |
| 2.4. Solidariedade Social e Igualdade Substancial  | 49 |
| 3. Teoria Geral dos Contratos  | 54 |
| 3.1. Noções Gerais de Contrato   | 54 |
| 3.2. Contrato e Teoria Geral do Fato Jurídico  | 58 |
| 3.3. Contrato Preliminar e Negócio Jurídico  | 61 |
| 4. Princípios Contratuais – Clássicos e Contemporâneos   | 70 |
| 4.1. Princípios Clássicos  | 70 |
| 4.1.1. Autonomia da Vontade  | 72 |
| 4.1.2. Obrigatoriedade ( <i>Pacta Sunt Servanda</i> )  | 75 |
| 4.1.3. Relatividade dos contratos  | 79 |
| 4.1.4. Princípio do Consensualismo   | 81 |
| 4.2. Princípios Contemporâneos (Função Social dos Contratos e Boa-Fé Objetiva – Tutela da confiança) | 82 |
| 5. Teoria do Contrato Preliminar   | 95 |
| 5.1. Introdução e Considerações Preliminares   | 95 |
| 5.2. Contrato Preliminar e Contrato Definitivo: Delineamentos e Natureza jurídica                    | 98 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.3. Definição e Objeto do Contrato Preliminar  | 101 |
| 5.4. Pressupostos Genéricos e Específicos<br>do contrato preliminar   | 104 |
| 5.5. Efeitos Jurídicos do Contrato Preliminar:<br>adimplemento e inadimplemento   | 108 |
| 6. Contrato Preliminar de Doação  | 112 |
| 6.1. Noções Preliminares  | 112 |
| 6.2. A promessa de doação, os valores sociais<br>constitucionais e os princípios contratuais  | 119 |
| 6.3. A questão da exigibilidade da promessa de<br>doação e a necessária relação com a tutela da confiança   | 124 |
| 6.4. A exigibilidade da promessa de doação e<br>a relação com a Teoria da Eficácia Direta e Imediata<br>dos direitos fundamentais nas relações privadas | 130 |
| 6.5. Os fundamentos da recusa da<br>exigibilidade da promessa de doação nas Cortes Superiores   | 142 |
| 6.6. A promessa de doação e o direito fundamental<br>ao respeito à ética (boa-fé objetiva) nas relações privadas  | 148 |
| Conclusão   | 152 |
| Referências Bibliográficas  | 159 |

## INTRODUÇÃO

A exigibilidade da promessa de doação suscita acalorados debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial. A resistência em relação à plena exigibilidade deste tipo de promessa é fundada no pretexto do caráter benéfico ou gratuito deste especial contrato preliminar. O argumento principal para recusar exigibilidade a este contrato preliminar específico é que não se pode obrigar ninguém a cumprir promessas sem a necessária contraprestação. A natureza jurídica desta espécie de contrato não permitiria que o responsável pela promessa fosse obrigado a fazer qualquer liberalidade.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto competente para processar e julgar questões relativas à exigibilidade da promessa de doação, em decisões fundadas em valores sociais, culturais e jurídicos anteriores à Constituição Federal de 1988, consolidou o entendimento<sup>1</sup> contrário à exigibilidade deste tipo de promessa, salvo quando esta fosse materializada no bojo do acordo de separação<sup>2</sup>. A Suprema Corte brasileira sempre defendeu a incompatibilidade entre a liberalidade e a exigibilidade da obrigação neste tipo de contrato.

No entanto, após a Constituição Federal de 1988, com a criação e a implementação de outro Tribunal Superior<sup>3</sup>, cuja missão precípua seria unificar a lei federal, o Supremo Tribunal Federal não mais enfrentou a questão objeto deste trabalho. O Superior Tribunal de Justiça analisa a matéria sob uma perspectiva privatista e individual, com entendimento ancorado em valores contemporâneos ao Estado Liberal. O fato é que a matéria, devido à sua relevância para as relações privadas intersubjetivas, deve ser analisada à luz dos parâmetros sociais incorporados ao texto de 1988, sendo esta a principal hipótese deste trabalho.

Diante da nova ordem constitucional, cuja referência é retratada nos princípios sociais, de observância obrigatória em todas as relações de natureza privada (entre atores particulares), somada à evolução da sociedade brasileira,

---

<sup>1</sup> Recursos Extraordinários 105.862; 109.097 e 122.054.

<sup>2</sup> A justificativa de admitir a promessa na separação era que, neste caso, estaria entrelaçada com outras obrigações e, por conta disso, se fosse negada exigibilidade à promessa, haveria um desequilíbrio no acordo.

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça.

aos valores éticos, senso de justiça, pluralidade e democracia, seria possível afirmar que o Pretório Excelso alteraria a orientação em relação à exigibilidade da promessa de doação.

Para tutelar um dos valores mais caros a qualquer relação privada na atualidade, a confiança, que decorre dos princípios constitucionais da solidariedade e boa-fé objetiva, base de todas as espécies contratuais, independentemente da sua natureza, a exigibilidade da promessa de doação suportaria outra conformação jurídico-constitucional na Suprema Corte.

No Estado Social<sup>4</sup>, os direitos fundamentais possuem papel relevante. Deixam de garantir apenas a liberdade dos indivíduos perante o Estado para concretizarem as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana em todas as vertentes. Diante disso, o Estado intervém nas relações privadas para promover a igualdade concreta ou “substancial”, ao contrário da mera igualdade formal do sistema liberal. Em uma relação privada qualquer, um dos atores poderá invocar um direito fundamental em detrimento de outro particular, a fim de ter o seu direito tutelado, que, no caso em análise, é a confiança gerada pela promessa em contraposição à liberdade de contratar.

O Superior Tribunal de Justiça, que assumiu a competência para discutir esta matéria após a Constituição Federal de 1988, manteve a orientação da Suprema Corte, em total contrariedade a estes novos valores sociais constitucionais que fundamentam as relações de natureza privada.

Vale ressaltar, que a seleção da jurisprudência utilizada foi feita tendo-se por parâmetro a sua menção em obras e artigos relacionados com o tema, devendo-se frisar que certamente há várias outras que poderiam ser tratadas no presente estudo e não o foram pelo critério de escolha adotado.

O presente estudo buscará examinar a validade, eficácia e a exigibilidade do contrato preliminar, em função da confiança inserida no princípio da boa-fé objetiva, bem como a sua utilização como forma de balizar e preparar um contrato futuro e definitivo, tendo como exemplo a promessa de

---

<sup>4</sup> O termo “Estado Social” é objeto de referência para evidenciar o Estado que disciplina a ordem econômica e social, como é o caso do brasileiro. Para alguns o termo “Estado Social” não seria o mais adequado para retratar os valores da Constituição Federal de 1.988, mas sim “Estado Democrático de Direito”.

doação. Também se investigará se a exigibilidade desse tipo específico de contrato se justifica, especialmente em face dos novos valores sociais e princípios constitucionais que regem o direito civil atual, inclusive as relações privadas. Em uma análise mais apurada da questão, será possível perceber que estes mesmos valores cantados em verso e prosa pelas Cortes Superiores serão os parâmetros axiológicos para a defesa da tese da possibilidade de um sujeito impor ao outro o cumprimento desta promessa.

No entanto, no intuito de cumprir o objetivo geral e para bem estruturar o trabalho, serão realizadas incursões sobre os princípios e valores constitucionais que são a referência do sistema civil, além de uma análise sobre uma concepção contemporânea de contrato, sua teoria, princípios e evolução histórica para, finalmente, analisar o contrato preliminar de doação e todas as suas implicações no campo da exigibilidade. Para tanto, serão utilizados os valores mais caros que fundamentam a República, a teoria dos direitos fundamentais e a sua necessária aplicação nas relações privadas para demonstrar como a confiança e a boa-fé daquele que será o beneficiário da promessa, merecerão a devida tutela estatal no âmbito da exigibilidade.

Como a doutrina e a jurisprudência majoritárias rejeitam a possibilidade de reconhecer efeitos obrigacionais à promessa de doação, pela incompatibilidade entre a natureza da doação, fundada na liberalidade da disposição patrimonial, e a execução coativa desta obrigação de fazer, demonstrar-se-á que os valores sociais constitucionais, atrelados aos princípios da nova teoria contratual, podem fundamentar a pretensão do sujeito prejudicado pelo não cumprimento da promessa.

O fato é que poucos se dão conta de que o cumprimento da promessa é a efetivação e materialização de uma vontade já manifestada livremente, de acordo com o preconizado pelo princípio da autonomia privada.

O princípio da autonomia privada e a liberdade de contratar do doador promitente são direitos fundamentais que podem ser contrapostos a outros direitos fundamentais do promissário donatário, que confia na promessa. A boa-fé objetiva fundamenta a expectativa gerada na esfera jurídica do promissário donatário. Neste caso, será demonstrado que o promitente doador, diante destes valores sociais constitucionais, não pode se recusar a consumir

o contrato definitivo de doação, invocando o direito fundamental à liberdade de contratar nesta relação de natureza tipicamente privada. Ademais, será demonstrado que a liberdade e autonomia individual do promitente doador antecedem o direito fundamental do promissário donatário. Por esta razão, não haverá colisão de direitos fundamentais.

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas também contribuirá para a demonstração da viabilidade desta tese.

É possível visualizar, na promessa de doação, como os direitos fundamentais interagem nas relações entre atores privados. Nossa norma fundamental<sup>5</sup> permite aos indivíduos, em suas relações privadas, a invocação de direitos fundamentais para tutela de seus interesses. É a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com a qual se compatibiliza o nosso ordenamento jurídico. A questão é saber se o promitente doador pode invocar o direito fundamental à liberdade para não consumir o contrato de doação.

Para se compreender esse processo de transformação nas relações privadas, em especial no âmbito da promessa de doação, é essencial uma análise apurada dos novos valores sociais constitucionais que, obrigatoriamente, terão de interagir com estas relações, cujo fato, como consequência, levará a uma mudança de postura dos responsáveis por exercer uma função interpretativa – integrativa do conteúdo das normas a serem aplicadas numa relação privada.

O problema a ser estudado é o conflito entre a liberdade de doar do doador e o direito subjetivo do promissário donatário, cuja expectativa e confiança também devem ser tuteladas, à vista dos atuais valores sociais constitucionais. Para resolver essa questão será crucial analisar a exigibilidade da promessa de doação à luz destes valores constitucionais<sup>6</sup>, bem como da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, sob as perspectivas do doador e donatário.

---

<sup>5</sup> Constituição Federal de 1988.

<sup>6</sup> Dignidade da pessoa humana, Solidariedade social e Igualdade substancial.

Na elaboração do trabalho, foi utilizada bibliografia nacional e estrangeira, especialmente a espanhola, a francesa, a alemã e a norte-americana.

Ao analisar e aprofundar a teoria geral do contrato e os princípios e valores balizadores das relações privadas, tais como a dignidade humana, a função social, a boa-fé objetiva e a confiança, buscando revelar o seu sentido, significado e finalidades, bem como ao examinar o fenômeno da colisão entre a autonomia privada e esses princípios e valores, a pesquisa terá cunho analítico (dogmático).

Esquemáticamente, a dissertação foi dividida em seis capítulos.

No primeiro, os valores constitucionais sociais regentes das relações privadas são apresentados, destacando-se principalmente seu conceito e finalidades substantivas, possibilitando, assim, a compreensão do seu significado, sentido e alcance, com uma digressão histórica sobre o seu surgimento e desenvolvimento até a atualidade.

No segundo capítulo são estudados os princípios constitucionais e a sua incidência nas relações jurídicas privadas, especialmente no âmbito contratual.

No terceiro capítulo é feita uma análise pormenorizada da teoria geral do contrato, com ênfase o estudo do fato e do negócio jurídico, com as suas principais características.

No quarto capítulo o estudo é baseado nos princípios contratuais clássicos e contemporâneos, demonstrando a sua forma de incidência e fazendo uma distinção entre eles e as regras, bem como analisando as possibilidades dos operadores de direito aplicá-los.

O quinto capítulo trata da teoria geral do contrato preliminar e faz importantes considerações sobre essa espécie contratual, traçando um paralelo entre a autonomia privada e os princípios e valores constitucionais.

Na última parte do trabalho, sexto capítulo, é feita uma análise da promessa de doação e a sua aceitabilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base na doutrina moderna e na jurisprudência atual, fazendo

menção aos princípios que devem nortear as relações privadas com o intuito de resguardá-las da arbitrariedade de qualquer pessoa.

## 1. VALORES SOCIAIS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETROS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

Os valores sociais constitucionais passaram a interferir no direito civil com o intuito de humanizar as relações privadas, independentemente de elas se darem entre particulares ou entre o Estado e o particular, em respeito aos princípios da função social, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, em especial no âmbito contratual.

A “constitucionalização”<sup>7</sup> do direito civil impõe uma releitura dos institutos de direito civil e a adequação destes aos valores sociais constitucionais. Os pactos entre particulares devem ser interpretados em sintonia com os valores sociais expressos ou implícitos na Constituição de 1988, os quais impõem novos parâmetros e paradigmas hermenêuticos aos institutos privados.

### 1.1. Noções preliminares

A promessa de doação é um contrato preliminar que integra a teoria geral dos contratos, objeto de disciplina do direito civil<sup>8</sup>. Portanto, antes de analisar a exigibilidade da promessa de doação propriamente dita, à luz dos novos valores sociais constitucionais, é essencial uma incursão na história, desde a consolidação do Estado Liberal até o estágio atual do Estado Social. O objetivo proposto neste trabalho depende de uma avaliação da mutação dos valores relacionados ao direito privado, cujo ramo centraliza as relações entre os particulares e incorpora regras sobre o contrato preliminar, as quais deverão se sujeitar a estes novos preceitos constitucionais.

Na ótica do direito privado, o direito civil sempre foi considerado a “Constituição” das relações privadas, pois constitui o conjunto de normas, regras e princípios, onde estão centralizados os temas e institutos jurídicos relevantes para a sociedade civil, como, por exemplo, contrato, propriedade, casamento, filiação, sucessão, entre outros. O direito civil, portanto, desde sua origem, monopoliza as relações privadas intersubjetivas.

---

<sup>7</sup> O termo “constitucionalização” significa uma variação hermenêutica, ou seja, é a necessária interpretação de regras e princípios privados à luz de valores constitucionais.

<sup>8</sup> Artigos 462 a 466 do Código Civil.

Tal “ramo” do direito, se assim pode ser classificado, tem por objeto a regulação de interesses e direitos no âmbito exclusivamente privado.

No entanto, o direito privado, a partir dos séculos XIX e XX, suportou profundas transformações, principalmente por conta da socialização das relações privadas, de uma tutela diferenciada para a pessoa humana, da previsão de direitos fundamentais para estas, da introdução de cláusulas gerais nos sistemas jurídicos, da incorporação de princípios essenciais, como vetores da nova ordem legal. Essa alteração de paradigmas ocorreu em função de vários acontecimentos históricos, fato que levou a um questionamento da própria função ou da finalidade do direito civil na sociedade civil contemporânea.

De fato, a bipartição do direito em público e privado não corresponde mais à realidade jurídica atual. Isso em virtude da evolução da sociedade, que adquiriu maior complexidade nas suas relações e, principalmente, devido à constitucionalização que o direito privado vem suportando.

Os valores sociais constitucionais conferem ao operador do direito maior flexibilidade<sup>9</sup> hermenêutica, tudo com a finalidade de alcançar a justiça social no caso concreto. No caso da promessa de doação, esse conflito de direitos fundamentais entre liberdade do doador e confiança do donatário evidencia esse giro hermenêutico. A possibilidade de invocar direitos fundamentais nas relações privadas, fato já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, permitirá que o promissário donatário invoque, de forma direta e imediata, o direito fundamental à tutela da confiança e boa-fé em detrimento da liberdade do promitente doador, para que este cumpra a promessa, tornando-a exigível. Até porque, neste exemplo específico, tal confronto de direitos fundamentais simplesmente não ocorrerá. No momento da consolidação da promessa, poderá o promitente doador invocar o direito fundamental à

---

<sup>9</sup> Os princípios são exemplos deste poder hermenêutico, porque exige do intérprete a necessidade de integrar o conteúdo da norma (aberta) com valores pessoais pautados em um sentido de justiça.

<sup>10</sup> No Recurso Extraordinário n. 201.819-RJ, cujo relator para o acórdão foi o ministro Gilmar Mendes, ficou definido que a violação a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o estado, mas igualmente nas relações travadas entre particulares, ou seja, os direitos fundamentais estão direcionados também a proteção dos particulares em face dos poderes privados. Há limites à autonomia privada, uma vez que os particulares não estão imunes à incidência dos princípios fundamentais nestas relações.

liberdade e autonomia privada para efetivar ou não a promessa. Efetivada a promessa, o promissário donatário, para fins de sua execução, invocará o direito fundamental à confiança, decorrente do princípio da boa-fé objetiva.

Ainda há resistências injustificadas a esse novo sistema baseado em valores.

Para bem compreender esta mudança de paradigmas, bem como a transição de um sistema de regras para um sistema de valores e princípios, é essencial uma rápida digressão histórica, tendo como marco inicial a consolidação do Estado Liberal, pós-revolução francesa.

Atualmente, alguns princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, são a base de sustentação de todas as relações jurídicas privadas, norteando a aplicação de todas as normas e princípios existentes na legislação civil. E são estes valores sociais e jurídicos que permitem a invocação, pelo promissário donatário, da tutela da sua boa-fé e confiança nesta relação privada. Para chegar a esse ponto, o Código Civil percorreu um longo caminho. É o que será demonstrado.

### **1.1.1. A transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito (fundado em direitos fundamentais)**

As relações de natureza privada tiveram seu auge no chamado “Estado Liberal”, período em que se exaltava a liberdade e a autonomia dos indivíduos nas relações privadas e, como consequência, não se admitia a intervenção do Poder Público nos assuntos particulares. O “Estado Liberal” se consolidou na Revolução Francesa de 1789, embora os ideais liberais tenham integrado aquela sociedade antes da eclosão deste golpe.

Antes deste movimento social, que representa um divisor de águas na história da humanidade e, principalmente, do direito, durante a Idade Média, a Igreja teve forte influência na sociedade, quando pretendeu incutir a filosofia religiosa, cuja base era a evocação de divindades. Na verdade, tal pensamento da Igreja acabou dando suporte para o absolutismo, regime em que se concentrava o poder nas mãos de um monarca. O pretexto de que “tudo era

desejo de Deus” acabou por servir como justificativa para o reinado de vários déspotas monarcas durante a Idade Média. Neste período pré-Revolução Francesa não havia codificação. As relações privadas, de um modo geral, e o direito civil, em particular, eram basicamente representados por valores medievais e do mencionado absolutismo monárquico, que, de certa forma, não passavam de um emaranhado de regras costumeiras somadas a resquícios dos ideais que ainda sobreviviam do combalido e decadente direito romano.

Com a decadência da monarquia absolutista surge o Iluminismo, que forneceu as bases ideológicas para a Revolução Francesa. O Iluminismo se iniciou na França, no século XVII, e defendia preponderância da razão sobre a visão teocêntrica que dominava a Europa desde a Idade Média. Os pensadores iluministas pregavam que o pensamento racional deveria prevalecer sobre crenças religiosas e questões místicas. Para os filósofos iluministas, de forma geral, o homem era naturalmente bom, porém era corrompido pela sociedade com o passar do tempo. Eles acreditavam que, se todos fizessem parte de uma sociedade justa, com direitos iguais, a felicidade comum seria alcançada. Por essa razão, os iluministas eram contra as imposições de caráter religioso, as práticas mercantilistas, o absolutismo do rei e, principalmente, os privilégios dados à nobreza e ao clero. Tal resistência iluminista acabou eclodindo com a mais importante revolução da história da humanidade, justamente a Revolução Francesa.

Na verdade, a burguesia francesa “encampou” o movimento iluminista, porque, embora fosse uma classe abastada em termos financeiros, buscava poder e influência política, dos quais era desprovida.

Os burgueses tiveram participação decisiva para o sucesso da Revolução Francesa, movimento que teve por objetivo principal a liberdade dos cidadãos em relação ao Estado Absolutista. Tanto foi assim que muitos rotulam a revolução francesa de “revolução burguesa”, cujo termo não é justo, porque exclui desse movimento social os seus principais mentores, quais sejam, os filósofos iluministas.

Os principais filósofos do Iluminismo foram: John Locke (1632-1704), que acreditava que o homem adquiria conhecimento com o passar do tempo por meio do empirismo; Voltaire (1694-1778), que defendia a liberdade de

pensamento e não poupava críticas à intolerância religiosa; Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que defendia a ideia de um estado democrático que garantisse igualdade para todos; Montesquieu (1689-1755), que defendia a divisão do poder político em Legislativo, Executivo e Judiciário; Denis Diderot (1713-1784); e Jean Le Rond d'Alembert (1717-1783). Tais filósofos, juntos, organizaram uma enciclopédia que reunia conhecimentos e pensamentos filosóficos da época.

Explicando esse movimento, DANIEL SARMENTO<sup>11</sup>, em sua obra “Direitos fundamentais e relações privadas”, resume os motivos que levaram à luta contra o despotismo do Estado:

Era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável. Por outro lado, tornara-se inadmissível a continuidade da discriminação fundada no nascimento, o que exigia a abolição de privilégios estamentais desfrutados pela nobreza e pelo clero. A nova cosmovisão inverte a ótica pela qual se concebia o poder político, que passa a ser analisado *ex parte populi* e não mais *ex parte principis*. Um dos temas recorrentes do pensamento político no Iluminismo era a fundamentação da legitimidade do poder estatal, o que buscava através da teoria do contrato social, presente em autores como LOCKE, KANT e ROUSSEAU.

Entre os pensadores iluministas havia diferenças consideráveis, mas o objetivo era o mesmo: a busca da liberdade, na crença de que esta levava à felicidade.

Por exemplo, segundo anota DANIEL SARMENTO<sup>12</sup>,

ROUSSEAU enfatizava a importância da democracia e da soberania popular, erigindo, a partir do seu conceito de *volonté générale*, uma teoria que confiava cegamente na sabedoria das maiorias. No seu contrato social, os indivíduos alienavam toda a sua liberdade, mas não para um terceiro, que, como em HOBBS, assumiria a função de governante absoluto, e sim para um corpo social a qual todos pertenciam. Governantes e governados passariam a se identificar plenamente, e isso, na sua visão, representava a liberdade. Sem embargo, é evidente que tal concepção abria espaço para um absolutismo das maiorias, que poderia atropelar os direitos das minorias. No campo oposto, LOCKE defendia a liberdade dos modernos, preocupando-se, sobretudo, com a proteção dos direitos individuais em face do Estado. No modelo de contrato social que formulou, os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em HOBBS E ROUSSEAU. Eles retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificava até mesmo o exercício do direito de

---

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 07.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 07.

resistência. Dentre tais direitos, o mais essencial, segundo LOCKE, era a propriedade, cuja proteção representava a mais importante função estatal.

As ideias iluministas sofriam variações de acordo com a concepção de cada filósofo, mas o objetivo principal era a salvaguarda da liberdade, fato este que influenciou decisivamente nas relações privadas durante todo o Estado Liberal, servindo como principal instrumento para assegurar a autonomia dos indivíduos, “protegendo-os” de intervenções do Estado. Como bem frisa SARMENTO<sup>13</sup>, o “Estado era visto como um adversário da liberdade”.

Com a forte influência dos pensadores e filósofos do movimento Iluminista, eclodiu a Revolução Francesa, tendo início o Estado Liberal, ponto em que começa a análise do direito civil na modernidade.

O Estado Liberal praticamente nasce com a Revolução Francesa e tem por fundamento básico a defesa da liberdade do cidadão em suas relações privadas, rejeitando qualquer tipo de intervenção estatal. Daí o nome liberalismo ou liberdade. Alguns filósofos iluministas, como Rousseau, chegaram a afirmar a liberdade como a felicidade plena. Durante o liberalismo, os direitos fundamentais tinham apenas o objetivo de garantir essa separação entre Estado e sociedade. Por isso, eram considerados direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.<sup>14</sup> Os direitos fundamentais no liberalismo, reconhecidos como direitos de primeira geração, eram direitos de liberdade, onde o titular, o indivíduo, poderia opô-los apenas contra o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), o qual tinha o dever de abstenção. Nessa visão liberal, com a predominância da vontade e autonomia dos indivíduos nas relações privadas, período em que as liberdades públicas eram negativas, pois os direitos fundamentais apenas poderiam regular a interferência ou não do Estado nas relações privadas, ainda não se cogitava da eficácia horizontal destes direitos.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 08.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

### **1.1.2. Liberalismo e os direitos fundamentais nas relações privadas**

Durante o Estado Liberal, os direitos fundamentais assumiram uma função de mera defesa dos indivíduos em relação ao Estado, por impor a este um dever de abstenção ou de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo. É o que JELLINEK, em trabalho sobre as funções dos direitos fundamentais, denominou de status negativo. Nas palavras de BERNARDO FERNANDES,<sup>15</sup>

Certo é que o indivíduo deve ter uma esfera de autonomia e liberdade imune à intervenção ou interferência estatal. Nesse sentido, o indivíduo desfruta de um poder jurídico circunscrito em que o Estado não pode interferir, exceto, obviamente, se for para garantir o próprio direito de autonomia privada do indivíduo.

Neste período, o objetivo dos direitos fundamentais era assegurar a plena autonomia do indivíduo em suas relações privadas. Com isso, durante o liberalismo passou a existir um paralelismo entre a Constituição e o Código Civil. A Constituição, basicamente, servia para limitar o poder do Estado, ao passo que o Código Civil regulava as relações privadas.

Na época do Estado Liberal, os indivíduos tinham plena liberdade para atuar em qualquer relação jurídica privada. O liberalismo exaltava a autonomia da vontade, pregando que os indivíduos eram livres para contratar e realizar negócios. Naqueles tempos, os burgueses, que dominavam o Parlamento e ainda tinham receio dos magistrados, pois estes eram egressos da nobreza, controlavam os juízes com um sistema “fechado” de leis, não admitindo, em um primeiro momento, qualquer tipo de interpretação. Apenas no final do século XIX, passou-se a admitir a interpretação meramente literal da lei.

No liberalismo, o Código Civil desempenhava o papel de constituição das relações privadas, relegando-se à Constituição o papel de regular as relações entre Estado e indivíduo, justamente para limitar a atuação dos governantes.

---

<sup>15</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 3. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 239.

Como bem ressalta SARMENTO:<sup>16</sup>

Na lógica do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do direito público e do direito privado. No âmbito do direito público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do direito privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

O culto da lei pelo liberalismo e a ideia de que a sociedade perfeita era aquela que não admitia a intervenção do Estado nas relações privadas começou a ruir já no final do século XIX. Diante da desigualdade provocada pelo liberalismo, o movimento passou a suportar críticas, principalmente porque os valores humanitários não estavam sendo observados.

A Constituição, influenciada por esse ideal liberal, tinha uma concepção estritamente política, não dispendo sobre regras e princípios de direito privado. Nas relações entre particulares, a única fonte legislativa era o direito civil. As regras e os princípios constitucionais somente eram invocados nas relações entre o indivíduo e o Poder Público, para garantir a liberdade individual. A Constituição tinha como objetivo limitar o poder do Estado. Neste período, os valores patrimoniais preponderavam sobre questões e valores existenciais. Isso influenciou a nossa principal legislação que trata de relações privadas, o Código Civil. Em razão da plena autonomia da vontade, nesse período, surgiu um dos principais princípios da teoria clássica dos contratos, qual seja, a obrigatoriedade do cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*) – o contrato faz lei entre as partes.

Diante da autonomia plena da vontade, não se admitia a intervenção do Estado para rever uma obrigação ou contrato que violasse, de forma flagrante, direito de uma das partes.

A primeira Guerra Mundial (1914-1918), a Revolução Russa de 1917, a influência do modelo soviético em vários países que passaram a adotar esse novo regime, entre outros movimentos sociais, começaram a minar as

---

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 13.

resistências a um novo modelo de Estado, iniciando-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

O Estado Liberal conseguiu se sustentar enquanto havia uma relativa estabilidade econômica. Já no final do século XIX e início do século XX, as crises econômicas, provocadas por vários fatores e que se intensificaram durante a primeira grande guerra, deixaram de ser conjunturais ou excepcionais e, a partir de então, se vislumbrou a necessidade da mudança de paradigmas, ao se permitir que o Estado interferisse nas relações privadas. O Estado denominado “social” tem origem nessa necessidade de proteção das pessoas em suas relações privadas. Exemplo disso é a LEI FAILLOT, pós 1ª guerra, editada na França, que passou a permitir a resolução de contratos de fornecimento de gás que se tornaram prejudiciais aos contratantes. Os franceses se renderam às vicissitudes da economia porque estavam mitigando, pela primeira vez, um dos principais princípios liberais, o *pacta sunt servanda*.

A ideologia do Estado Social sempre foi baseada na justiça social e distributiva e, por isso, defendia a intervenção do Poder Público nas relações privadas. Embora haja controvérsias sobre a consolidação e a própria existência de um Estado Social na sociedade brasileira, o fato é que as Constituições Brasileiras posteriores à primeira guerra mundial disciplinaram alguns deveres de prestação do Estado, constitucionalizando direitos sociais, principalmente em capítulos da ordem econômica, o que lhe conferia status social. Sobre essa questão, PAULO BONAVIDES<sup>17</sup>, em comentários sobre a Constituição Brasileira de 1.934, destaca que a decisão de constitucionalizar a ordem econômica e social se inseriu na modelagem do estado Social, em cujo âmbito promove a convergência entre liberdade e igualdade, sendo que os direitos sociais serviram para conferir aos direitos individuais uma nova dimensão.

A partir dos anos 30, o contingente de leis extravagantes se intensifica e o Código Civil começa a perder a exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. Através de tais normas, conhecidas como leis especiais – justamente por sua técnica, objeto e finalidade de especialização em relação

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 3. ed., Campinas: Paz e Terra, 1991, p. 270.

ao corpo codificado -, o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, expressão da política legislativa do *WELFARE STATE*, que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, se constituiu no fenômeno do dirigismo contratual.

### **1.1.3. Estado Social e relações privadas**

A transição do Estado Liberal para o Estado Social, como não poderia ser diferente, acabou repercutindo nas relações privadas. Antes baseadas na plena liberdade de atuação jurídica e na mais absoluta autonomia de vontade nas relações privadas, as relações entre atores particulares passou a transigir com essas ideias de justiça social e, com isso, começaram a surgir novas gerações de direitos fundamentais, onde o indivíduo busca a realização de prestações sociais, o que impõe uma intervenção do Estado nas relações privadas. Surgem os deveres de prestação, que são aqueles que se exige do estado uma atuação positiva para atenuar as desigualdades.

Segundo PAULO BONAVIDES<sup>18</sup>, com o desenvolvimento dos direitos de segunda geração, também se operou uma mudança na leitura dos direitos fundamentais, percebendo-os agora não mais como direito de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também como garantias institucionais, já que remetiam à ideia de uma sociedade muito mais ampla que o modelo atomista dos liberais, centrado no indivíduo como ator solitário e egoísta da vida em sociedade.

A consolidação dessas ideias sociais no Brasil somente se deu com a Constituição Federal de 1988, até porque, após a Segunda Grande Guerra Mundial e um pequeno período de estabilidade política, o país acabou mergulhado por 20 anos em um sistema ditatorial, cujo regime não estava sintonizado (para dizer o mínimo) com esse movimento social.

O Estado Social, que no Brasil assumiu a roupagem de Estado Democrático de Direito, fez o Poder Público deixar de lado a sua inércia, que o caracterizava com o evidente absenteísmo na esfera econômica, para que

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.

passasse a assumir um papel ativo. Em razão deste novo modelo, o Estado começa a ter deveres positivos, de prestação, das mais variadas naturezas, em prol da pessoa humana. Os direitos fundamentais da pessoa humana, a serem analisados em tópico próprio, dão sustentação a tais deveres de prestação.

Os direitos de prestação exigem do Estado uma atuação ativa para atenuar as desigualdades sociais. Nas palavras de MENDES<sup>19</sup> e GONET, os direitos à prestação partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades sociais. Tais direitos supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil. O traço característico dos direitos à prestação está no fato de se referirem a uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão.

Nesse contexto, o Estado intervém nas relações sociais sempre no intuito de tutelar o mais fraco no caso concreto.

No âmbito das relações de natureza privada, isso fica evidente, pois começam a se multiplicar normas de ordem pública, ampliam-se as limitações à autonomia da vontade, modificam-se os paradigmas, tudo agora em prol do interesse coletivo e não mais do indivíduo. Com isso, o Estado passa a intervir nas relações privadas, passando a promover a igualdade concreta, chamada de igualdade substancial, diferente da mera igualdade formal do sistema liberal.

As relações privadas passam por uma profunda transformação com a transição do Estado Liberal para o Estado Social. A autonomia da vontade passa a ser mitigada por princípios e valores sociais, e a propriedade, instituto pilar do Estado Liberal ao lado do contrato, no Estado Social, somente tem a tutela estatal se tiver uma função social. A primazia deixa de ser a vontade para ser a justiça social. O direito privado deixa de ser instrumento para a garantia da autonomia e liberdade dos cidadãos para ser instrumento de promoção de justiça social nas relações privadas.

Com o Estado Social, acaba o paralelismo entre Código Civil e Constituição Federal, pois, nesse novo estágio, a Constituição deixa de ter uma

---

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291.

concepção estritamente política para adotar também uma concepção jurídica. Assim, todas as normas constitucionais possuem força normativa, sendo todas suas disposições espécies de normas jurídicas. O Código Civil passa a interagir com a Constituição Federal em um verdadeiro e bem sucedido “diálogo de fontes”.

A Constituição Federal incorpora regras e princípios de direito privado que, antes, apenas integravam as legislações infraconstitucionais, fato que impõe uma releitura do direito civil, em especial dos contratos preliminares (no nosso exemplo, a promessa de doação), agora à luz do direito constitucional. O Código Civil não mais monopoliza os institutos de direito privado, devendo observar os princípios e valores estabelecidos na Constituição Federal para que as relações privadas mereçam a devida tutela estatal. Como é a Constituição Federal que confere unidade ao sistema civil (efeito irradiante), o contrato preliminar, que integra este sistema, não pode ser analisado de forma desvinculada dos preceitos estruturantes e fundamentais que são a base de sustentação da República e da sociedade.

Os princípios e valores sociais constitucionais que fundamentam as relações privadas serão objeto de nossa análise no próximo capítulo.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA RELEVÂNCIA PARA AS RELAÇÕES PRIVADAS

No ordenamento jurídico brasileiro, o Estado intervencionista, e fundado em preceitos democráticos, se consolida com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O novo texto constitucional, pós-ditadura militar, sob a influência dos pensadores denominados “neoconstitucionalistas”, procurou dar ênfase para os direitos fundamentais sociais, como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, os quais levam, inexoravelmente, à funcionalização das relações privadas e à necessidade dos sujeitos adotarem um comportamento ético nas relações entre si.

A necessidade de um padrão de conduta ou comportamento ético nas relações privadas, em geral, e nos contratos, em particular, é uma exigência do princípio constitucional da solidariedade social, que impõe um dever de mútua cooperação e colaboração entre os particulares nas relações entre si. Como decorrência deste agir cooperativo, surge a boa-fé objetiva<sup>20</sup>. Este princípio ético impõe a tutela da confiança ou expectativa que a conduta de um sujeito, em qualquer relação jurídica, tenha gerado na esfera jurídica de outrem.

Atualmente, a força normativa dos princípios constitucionais e a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal impõem uma análise da conduta ou do comportamento humano que possa ser capaz de gerar um direito subjetivo digno de tutela. A própria construção dos direitos fundamentais leva em consideração o comportamento humano na análise das relações privadas, tendo em vista que a pessoa humana foi inserida no centro das relações jurídicas.

A Constituição Federal passa a ser interpretada de forma a dar plena efetividade aos princípios fundamentais que norteiam o Estado brasileiro, em especial àqueles previstos no artigo 1º, os quais dão sustentação à República. Para a concretização desses princípios no mundo dos fatos, a doutrina estabelece vários princípios específicos de interpretação do texto constitucional, integrando a chamada “hermenêutica constitucional”.

---

<sup>20</sup> A boa-fé objetiva significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata.

Entre eles, pode ser citado o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas como um todo harmônico ou, como diz CANOTILHO<sup>21</sup>, “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais”. Ou seja, a Constituição é um conjunto de normas a serem consideradas e, no processo de interpretação, é imprescindível afastar eventuais conflitos, utilizando, se for o caso, técnicas específicas, como a ponderação de interesses.

Igualmente relevantes são os princípios do efeito integrador e da máxima efetividade. O primeiro decorre do princípio da unidade da Constituição e indica que, na solução de conflitos entre normas constitucionais, deve-se privilegiar a interpretação que favorecer a integração política e social, possibilitando o reforço da unidade política.

Já o princípio da máxima efetividade indica que, na interpretação das normas constitucionais, é preciso utilizar aquela que lhes dê maior eficácia. Conforme ensina CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>22</sup>, “as normas constitucionais devem ser tomadas como normas atuais e não como preceitos de uma Constituição futura, destituída de eficácia imediata”. Pelo princípio da máxima efetividade reconhece-se normatividade aos princípios e valores constitucionais, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

Segundo BARROSO<sup>23</sup>, a ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social.

As normas constitucionais possuem força normativa. Foi longa a trajetória do Direito Constitucional em busca da efetividade, na Europa, em geral, e na América Latina, em particular.

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 162.

<sup>22</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

<sup>23</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

No Brasil, notadamente, a influência do modelo francês deslocava a ênfase do estudo para a parte orgânica da Constituição, com o foco voltado para as instituições políticas. Consequentemente, negligenciava-se a sua parte dogmática (prescritiva, deontológica), a visualização da Constituição como carta de direitos e de instrumentação de sua tutela.

Outro a ser considerado é o princípio da concordância prática ou harmonização, o qual nada mais é do que um desdobramento do princípio da unidade, pois não há supremacia entre princípios, devendo o intérprete buscar a harmonização do sistema. Conforme CANOTILHO, citado por PEDRO LENZA<sup>24</sup>:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais – colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

De acordo com as regras de hermenêutica, também se apresenta o princípio da força normativa, que assume papel preponderante na hermenêutica constitucional.

Segundo esses princípios, deve ser extraída de todas as normas constitucionais efetividade jurídica, para que seja cobrado do Estado o cumprimento de seus deveres sociais e de prestação, nesta relação de verticalidade entre ele e o cidadão, bem como se torna possível a invocação de um direito fundamental em uma relação de natureza privada, para que seja tutelada, por exemplo, o direito fundamental à confiança em detrimento do direito fundamental da liberdade.

Nestas relações entre particulares, também merece destaque o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Este, relacionado à hermenêutica constitucional, é fundamental para o entendimento e aplicação dos princípios fundamentais da Constituição nas relações jurídicas privadas.

O princípio da proporcionalidade, conforme nos leciona KARL

---

<sup>24</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

LARENZ<sup>25</sup>,

(...) pode ser entendido genericamente como adequação entre meios e fins, visando a menor restrição possível a um bem jurídico que, no caso concreto, tem de ceder a outro bem jurídico igualmente protegido. Trata-se da busca da “justa medida” consagrada no direito segundo um “equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível.

O jurista DANIEL SARMENTO<sup>26</sup> faz uma interessante consideração sobre a relação entre o Estado Social e as normas programáticas, em tom de crítica:

(...) As alterações do perfil do Estado refletiram-se, como não poderia deixar de ser, sobre as constituições. Estas, que no liberalismo se limitavam a traçar a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais, tornam-se mais ambiciosas, passando a ocupar-se de uma multiplicidade de assuntos, assumindo funções de direção das instâncias políticas e da própria sociedade. No afã de conformarem a realidade social, as constituições passam a se valer com frequência de normas de conteúdo programático, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, de modo suficientemente preciso, de que modo os mesmos devem ser atingidos. Elas não mais se limitam à disciplina do fenômeno estatal, passando a cuidar também da ordem econômica e das relações privadas. O direito constitucional, em suma, não é mais “a lei do Estado”, mas o Estatuto fundamental do Estado e da sociedade.

A crítica de SARMENTO procede, principalmente quando argumenta que a constituição dirigente, em substituição às constituições liberais, trará dificuldades, pois as promessas descumpridas certamente acumular-se-ão no texto constitucional, frustrando expectativas e disseminando a ideia de que as constituições não são “para valer”.

No atual estágio, a Constituição deixa de ter um papel estritamente político, porque não mais se limita a regular a estrutura do Estado, possuindo força normativa todas as normas jurídicas. Em razão disso, os novos valores e fundamentos da Constituição Federal de 1988 possuem efeitos irradiantes sobre todos os ramos do direito, em especial do direito civil, o que leva ao estudo deste sob uma perspectiva Constitucional.

Todavia, como alguns princípios e regras de direito privado migraram para o texto constitucional, exige-se do intérprete uma nova postura em relação

---

<sup>25</sup> *Apud*, CUNHA, José Ricardo. Sistema aberto e princípios na Ordem Jurídica e na Metódica Constitucional. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp. 23/24.

ao direito civil. O jurista PAULO LUIZ NETTO LOBO<sup>27</sup> esclarece que o constitucionalismo e a codificação são contemporâneos ao Estado Liberal e à afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel, a Constituição limitou profundamente o Estado e o poder político, ao passo que o Código Civil assegurou autonomia aos indivíduos.

A intervenção maior ou menor do Estado nessa relação entre particulares dependerá dos interesses envolvidos, mas sempre o interesse coletivo será preservado. Regular relação entre particulares, hoje, significa tutelar uma relação privada de interesse público, sem distinção do público e do privado, pois prevalecerá sempre o interesse público em qualquer relação privada entre particulares.

Sobre o assunto, é interessante a constatação de PAULO LUIZ NETTO LOBO<sup>28</sup>, quando ressalta:

No Estado social (*welfare state*), todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado. Independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado. Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

Assim, nesse contexto, as normas do direito civil não são de direito privado, são normas que regulam relações entre particulares e, nessa condição, todas têm por objetivo fundamental a tutela do interesse coletivo. Isso não altera a essência do direito civil, mas apenas o modo de interpretar e aplicar suas normas. O operador do direito não deve mais se restringir àquela relação enclausurada entre os atores privados, sendo obrigatória a análise da compatibilidade dessa relação com os princípios constitucionais, os quais

---

<sup>27</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/43>>. Acesso em: 17 de junho de 2010.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

passam a fundamentar as normas existentes no Código Civil do primeiro ao último artigo.

Enfim, quais são esses princípios constitucionais que fundamentam as relações jurídicas privadas?

## **2.1. Princípios Constitucionais a serem observados nas relações jurídicas entre particulares**

O sistema constitucional brasileiro é aberto e, basicamente, fundado em princípios que retratam os valores fundamentais e essenciais da nossa sociedade, bem como é repleto de cláusulas gerais e conceitos indeterminados. O modelo clássico ou subjuntivo, baseado em regras jurídicas, no qual a interpretação jurídica se resumia a um silogismo lógico, com premissa maior, premissa menor e conclusão, cede lugar para o modelo valorativo, onde a atividade integrativa do intérprete, em relação ao conteúdo da norma, passa a ser fundamental. Em razão disso, há uma sintonia perfeita entre os princípios constitucionais e as normas, princípios e regras dispostas na legislação privada, em um verdadeiro diálogo de fontes.

Os princípios estão no centro do sistema jurídico. Segundo LUIZ BARROSO<sup>29</sup> “os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”.

Qual o significado de “princípio”?

Princípio, no sentido etimológico, significa origem, começo, alicerce ou orientação de caráter geral. Aliás, a generalidade é uma das principais características dos princípios. No âmbito jurídico, os princípios identificam os valores fundamentais da sociedade, a base jurídica de um povo, o fundamento da própria nação, a causa de todas as coisas ou a representação das diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele).

A melhor definição de princípio é de autoria do mestre CELSO

---

<sup>29</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 2, p. 52.

## ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>30</sup>, que define princípio jurídico

(...) como mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

No que tange especificamente aos princípios constitucionais, é importante ressaltar a lição de CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>31</sup> em seu Curso de Direito Constitucional:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecidora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de normas.

O jurista JORGE MIRANDA<sup>32</sup> também dá uma grande contribuição para o estudo do tema:

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do direito; também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas ou abolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõe às normas, contrapõe-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições (...) A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pode exprimir cabalmente.

O espectro de incidência de um princípio é amplo. Em uma sociedade onde os princípios representam os valores a serem preservados, estes passam a ter eficácia jurídica, sendo uma das espécies do gênero norma jurídica. Dentre esses valores, certamente terão preferência os existenciais, relacionados às questões mais íntimas da pessoa humana, como é o caso dos

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

<sup>31</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60.

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. 1, p. 199.

direitos que decorrem da personalidade, da valorização da ética e da função social de vários institutos, ficando em segundo plano a tutela de valores patrimoniais.

A Constituição Federal de 1988 levou os princípios a alcançarem o *status* de norma jurídica. A dogmática atual entende que as normas jurídicas representam o gênero, dos quais são espécies os princípios e as regras jurídicas. Ambas as categorias de normas têm eficácia jurídica.

As regras jurídicas descrevem condutas, de forma objetiva, tendo incidência absolutamente restrita. Por outro lado, quando a Constituição estabelece, nos artigos 5º, 170, 182 e 186, que a propriedade deve ter função social, está impondo a observância de um valor fundamental para a sociedade. Toda propriedade deve ter função social. Tal norma não se dirige a uma situação específica, tendo caráter de abstração e generalidade e é isso que identifica um princípio.

A importância da distinção entre princípios e regras como categorias ou espécies de normas jurídicas é fundamental para o correto entendimento do tema proposto. Durante o Estado Liberal e até boa parte do século passado, o direito privado adotava como parâmetro regras jurídicas e, por isso, bastava que o intérprete conhecesse a lei para aplicá-la ao caso concreto. Nesse modelo clássico liberal, o promitente doador poderia invocar a sua pretensa liberdade ou autonomia privada para não consumir uma liberalidade prometida. Como a atividade do intérprete se resumia a um simples silogismo, parecia lógico tutelar a recusa do promitente doador em consumir a promessa de doação, sob o falso pretexto de estar no pleno exercício da autonomia da vontade.

Por outro lado, no atual modelo de Estado, social para alguns (apenas por disciplinar a ordem econômica e social) e, para outros, democrático e de direito<sup>33</sup>, os princípios ganharam espaço e passaram a preponderar sobre as -

---

<sup>33</sup> As expressões “Estado Social” e “Estado Democrático de Direito” é utilizada por muitos autores como sinônimas. O nosso Estado atual é democrático, de direito e social. O Estado “social” pode ser democrático e de direito ou ditatorial. Portanto, independente destas concepções semânticas, o fato é que o Estado brasileiro é social, democrático e de direito, porque traz preceitos disciplinadores da ordem econômica e social (social – deveres de prestação do Estado), porque é um Estado em que se vive sob o primado do Direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelos

regras jurídicas. O Código Civil de 2002 seguiu essa tendência e passou a ter como parâmetros princípios inseridos no próprio texto civil e, fundamentalmente, princípios constitucionais. Agora, por conta destes valores constitucionais, promitente e promissário são titulares dos mesmos direitos fundamentais e, efetivada a promessa de doação, fica exaurida a discussão da autonomia privada para ser resguardada e tutelar a confiança, direito fundamental do promissário donatário, o qual acreditou na vontade exteriorizada pelo outro sujeito.

Isso foi notado por GUILHERME CALMON NOGUEIRA GAMA:<sup>34</sup>

De acordo com a concepção da tutela e da promoção da pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico, é correta a orientação segundo a qual as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em favor das situações existenciais, especialmente no campo do Direito Civil. O quadro normativo no segmento do direito civil ampliou-se com o advento e início de vigência do texto codificado de 2002. De se registrar, no entanto, que o Código Civil de 2002 ainda se ressentia de grande preocupação voltada às situações jurídicas patrimoniais, mas reconhece a importância da presença de outros fatores, princípios e valores que devem nortear a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Contudo, o texto codificado revela algumas potencialidades hermenêuticas que bem podem ser aproveitadas pela doutrina e pela jurisprudência, desde que observados os valores, os princípios e as regras previstas na Constituição Federal de 1988.

Alguns princípios constitucionais, carregados de força normativa, são a base de sustentação de todas as relações jurídicas entre atores particulares. Tais princípios constitucionais são complementados por outros princípios civis, de forma harmônica e conciliadora. Atualmente, uma relação jurídica privada, regulada pelo direito civil, somente terá a tutela do Estado se estiver em perfeita consonância com os princípios constitucionais fundamentais. Essa interação entre o texto constitucional e o direito privado é essencial para demonstrar que o promissário donatário pode invocar o direito fundamental à tutela da confiança depositada no comportamento alheio para ter assegurado o objeto da promessa de doação, sem que o promitente doador tenha condições de recusar o cumprimento da promessa com base no direito fundamental da liberdade de contratar.

---

menos o império da lei, a divisão de poderes, a legalidade da administração e os direitos e liberdades fundamentais (de direito – Mendes, Gonet e Coelho, Curso de Direito Constitucional, 2007, Editora Saraiva, pp. 36/37).

<sup>34</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12.

Basicamente, são três os princípios ou valores que fundamentam as relações privadas, em geral, e os contratos e promessas de contratos, em particular: o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88, constituindo, com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, inciso I, da CF/88, cujo dispositivo estabelece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como sendo um dos objetivos fundamentais da República e, finalmente, o princípio da igualdade substancial, o qual pode ser extraído do artigo 3º, inciso III, da CF, segundo o qual também é objetivo da República erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como do artigo 5º, *caput*, que consagra a igualdade de todos os cidadãos brasileiros perante a lei.

Tais princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade substancial) possuem íntima conexão com as relações jurídicas privadas, sendo a base normativa da legislação civil reguladora de todas as relações entre atores privados.

Antes de analisar esses princípios constitucionais e sua repercussão na legislação civil, é importante estabelecer, neste momento, as principais diferenças entre os princípios e as regras jurídicas, tudo para que se tenha a exata noção de como se deve trabalhar com um sistema baseado em princípios, como é o caso do direito civil atual.

## **2.2. Diferenças entre regras e princípios**

Como já ressaltado, a Constituição Federal impôs uma releitura dos institutos fundamentais de direito civil, pois alguns princípios gerais e regras referentes às instituições privadas simplesmente migraram para o texto Constitucional.

Em razão dos princípios constitucionais de interpretação (hermenêutica), em especial os da máxima efetividade das normas constitucionais, da unidade da constituição e da força normativa, os princípios e as regras jurídicas estabelecidos no texto constitucional têm efetividade e força normativa, ou *status* de norma jurídica.

Sendo assim, é necessário estabelecer as diferenças entre essas duas categorias.

As regras jurídicas possuem um conteúdo objetivo e previamente definido pelo legislador. As regras de conduta são descritas de forma objetiva para terem incidência em uma situação jurídica determinada.

Como diz LUIZ BARROSO<sup>35</sup>, “as regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”.

GILMAR MENDES<sup>36</sup> e PAULO GONET BRANCO afirmam que,

(...) em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas incompatíveis.

A regra jurídica detalha a conduta a ser seguida. Por essa razão, a atividade do intérprete é absolutamente simples. Segundo BARROSO<sup>37</sup>, “nas regras, o intérprete não faz escolhas próprias, mas revela o que há de conter a norma. O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, ao passo que no princípio o intérprete exerce função integradora da norma, à luz do caso concreto”. A REGRA deve incidir pelo mecanismo tradicional da subsunção, enquadrando-se os fatos na previsão abstrata da lei, com o que se terá uma conclusão. Silogismo puro.

Sobre a aplicação, continua BARROSO dizendo: “A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada, ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Nas hipóteses de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer”.

Portanto, as regras se limitam a traçar condutas. Os valores da norma, no caso de regras, já foram previamente definidos pelo legislador, motivo pelo qual basta conhecer a norma (regra) para aplicá-la ao caso concreto. Regras

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 2, p. 80.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

<sup>37</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 2, p. 80.

são proposições normativas aplicáveis sob a forma de “tudo ou nada”. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos.

MENDES<sup>38</sup> e GONET mencionam:

(...) na aplicação dos casos ocorrentes, as regras - disjuntivamente, - valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que para uma mesma situação de fato existam conseqüências jurídicas antinômicas ou reciprocamente excludentes, uma solução que é lógica só nas aparências e não revela o intrincado jogo consigo mesmo que, em qualquer instância, o aplicador do direito é obrigado a disputar até descobrir e/ou eleger as normas que levará em conta para decidir as causas ou controvérsias submetidas à sua apreciação.

As regras jurídicas nada exigem do intérprete, estando previamente valorizadas pelo legislador. Para lidar com um sistema de regras jurídicas, como ocorria durante o Estado Liberal, basta “conhecer a lei”. Desse sistema fechado, que é o mundo das regras jurídicas, vem o adágio “aplicação da lei ao caso concreto”. É suficiente a subsunção, a adequação da conduta ao disposto na lei.

Não há conflitos entre regras jurídicas. Como assim? Considerando que as regras descrevem as condutas de forma objetiva para situações específicas e determinadas, diante de um caso concreto, o operador da norma aplicará a regra “X”, “Z” ou “H”, sendo que as demais serão excluídas. Não há como conceber a “colisão” ou “tensão” entre regras. Isso é próprio dos princípios.

Por isso que se diz que as regras são aplicadas na regra do “tudo ou nada”, sendo que ou o fato se amolda à regra jurídica ou não se amolda. Havendo várias regras, apenas uma pode se encaixar na situação concreta, ao passo que as demais são automaticamente excluídas. Há um processo automático de exclusão de regras. Assim<sup>39</sup>:

Enquanto as regras são aplicadas na forma de disjuntivas (tudo ou nada) – a partir da aferição de sua validade – os princípios incidem de forma diferente, porque não estabelecem conseqüências jurídicas que devem ocorrer automaticamente quando determinadas

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

<sup>39</sup> PEREIRA, Jane R. Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte. A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 03/24.

condições se apresentem. Por essa razão, quanto aos princípios, não há como prever todas as possíveis formas de aplicação que podem ensejar, pois estes enunciam razões que indicam determinada direção, sem exigir uma decisão particular.

Dessa diferença entre as regras e os princípios decorre outra: os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância, que não está presente nas regras. Essa característica se torna visível nos casos de conflito. Quando dois princípios opostos colidem – incidindo no mesmo caso concreto – a solução do conflito tem que ser encontrada levando-se em conta o peso relativo de cada um deles.

Em relação às regras, por não possuírem a dimensão de peso, a solução de um conflito aparente não pode ser que uma ceda espaço à outra em função de possuir maior peso. O afastamento de uma das regras só pode ocorrer a partir da aplicação do critério hierárquico, cronológico ou da especialidade. É possível, também, a prevalência de determinada regra em razão de estar amparada por um princípio mais importante.

O “princípio” tem um conteúdo mais rico, pois identifica valores a serem preservados, em especial valores existenciais, tendo em vista que a pessoa humana foi colocada no centro do sistema jurídico.

Não há como comparar essa categoria de norma jurídica com as regras. Os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida, não descrevem situações em termos objetivos e se aplicam a um conjunto amplo e indeterminado de fatos e situações.

Portanto, em matéria de conteúdo, o princípio é mais denso, pois, quando a Constituição diz que a República tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, está expressando um valor básico a ser preservado. Ou seja, todas as normas do Estado devem ter por objetivo tutelar e garantir ao ser humano o mínimo necessário para que tenha uma vida digna, o denominado “mínimo existencial”.

Explicando o conteúdo dos princípios, BARROSO<sup>40</sup> afirma:

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores (...) Já os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *in* A Nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Org. Luís Roberto Barroso. São Paulo: Renovar, 2002, p. 340.

Como os princípios não descrevem as condutas objetivamente, não as detalhando, a atividade do intérprete é mais complexa. No caso dos princípios, o legislador não definiu previamente o valor da norma, cabendo ao intérprete essa função, a ser exercida no caso concreto. Exemplo simples é o princípio da função social.

O legislador disse que a propriedade e o contrato devem ter função social. No entanto, não definiu, objetivamente, qual o sentido da expressão “função social”. E fez isso justamente para que o intérprete tenha a liberdade e o poder de, no caso concreto, verificar se determinada propriedade ou contrato tem função social. Trata-se de um valor a ser preservado, e o intérprete deve zelar pela sua preservação. O legislador simplesmente delegou aos operadores da norma jurídica a função de interpretar.

Segundo BARROSO,<sup>41</sup>

Os princípios contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentais, quando se defronte com antagonismos inevitáveis.

Somente é possível aplicação de um princípio à luz do caso concreto, ao contrário das regras jurídicas, em que o intérprete consegue uma solução em termos abstratos, justamente porque as regras descrevem objetivamente as condutas.

No que se refere à aplicação, ante a possibilidade de colisão dos princípios, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentais quando se defrontar com uma situação em que vários princípios possam ser invocados no mesmo caso concreto. Em caso de colisão ou tensão entre princípios, não há como partir para a técnica do “tudo ou nada”, relacionada às regras jurídicas. No presente trabalho haverá colisão entre o valor fundamental à liberdade de contratar e o valor fundamental confiança, decorrente dos princípios da

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

solidariedade social e da boa-fé objetiva.

No caso dos princípios, o intérprete fará as escolhas fundamentais por meio de um juízo de “ponderação”. Na “ponderação” ele identifica as normas pertinentes, seleciona os fatos relevantes e, com a conclusão, atribui o peso ou a ponderação do mais relevante. Em razão da unidade da Constituição, não há hierarquia entre normas constitucionais, cabendo ao intérprete a busca da harmonização entre comandos que tutelam valores que se contraponham. Essa ponderação levará à necessidade do promitente doador cumprir a promessa de doação, como forma de tutelar a confiança do sujeito que criou a expectativa de ter o bem objeto da promessa incorporado em seu patrimônio.

Segundo LUIZ ROBERTO BARROSO<sup>42</sup>, a ponderação é uma técnica de decisão judicial aplicável aos casos difíceis, em especial quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferentes. O juízo de ponderação liga-se ao princípio da proporcionalidade. A prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto, pois não existe um critério de solução de conflitos entre princípios válidos em termos abstratos, como acontece com as regras jurídicas.

Em relação à aplicação, considerando as características dos princípios que não definem objetivamente condutas, pois identificam valores, somente por meio da técnica da ponderação de interesses ou dos valores, será possível solucionar um caso concreto.

Nessa linha, interessante a constatação de MENDES<sup>43</sup> e GONET BRANCO sobre a aplicação dos princípios:

No campo da aplicação dos princípios, ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação – parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de tensão ou de mal-estar hermenêutico, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do direito (...) diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como imperativos

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55

categoricos, mandatos definitivos nem ordenações de vigência diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam motivos para que seu aplicador decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na consciência jurídica geral, o legislador desde logo e com exclusividade define os respectivos suposto e disposição, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva conseqüência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos – daí o seu caráter não conclusivo (...) pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e quatro mãos: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se concretizam, naturalmente, como normas do caso ou de decisão, pelos intérpretes e aplicadores do direito.

KARL LARENZ<sup>44</sup> argumenta que os princípios, em si mesmos, não são ou ainda não são regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que sinalizam para a norma a ser descoberta ou formulada, que será aplicada conforme as exigências do caso.

Os princípios, sem impor aos operadores do direito uma única solução justa, admitem a convivência e conciliação com outros princípios, igualmente incidentes e eventualmente concorrentes em relação a um caso específico.

VITAL MOREIRA<sup>45</sup> argumenta que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 319-DF<sup>46</sup>, em que foi relator o

---

<sup>44</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Madrid: revista de Derecho privado, 1978.

<sup>45</sup> MOREIRA, Vital; CANOTILHO, JJ Gomes. *Constituição da República portuguesa anotada*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, v. 1, p. 190.

<sup>46</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. – Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. – Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. – Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação à expressão ‘marco’ contida no parágrafo 5º do

ministro Moreira Alves, proferiu decisão que muitos consideram ser um paradigma no que tange à aplicação de princípios jurídicos. Conforme se observa na ementa do acórdão, o Supremo buscou uma conciliação entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, cujos valores, se considerados em termos abstratos ou em sentido absoluto, não seriam conciliáveis.

Como bem ponderou GILMAR MENDES<sup>47</sup> e PAULO GONET, diante das antinomias de princípios, quando, em tese, mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repete igualmente utilizáveis como normas de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre *standarts* concorrentes, obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização da justiça.

Em citação a ROBERT ALEXY, no tema “teoria dos direitos fundamentais”, MENDES<sup>48</sup> e GONET afirmam que se resolve esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, mediante as peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.

Para definir essas diferenças entre regras e princípios, GOMES CANOTILHO<sup>49</sup> adota os seguintes critérios: *grau de abstração* - os princípios

---

artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao ‘caput’ do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. – Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘marco’ contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o ‘caput’ e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”.

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>49</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed., Coimbra: Medina, 1991, pp. 172/173.

jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que as regras de direito; *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto* - os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador ou do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; *caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes dos direitos* - os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (princípio do Estado de Direito); *proximidade da ideia de direito* - os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na ideia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; *natureza normogénica* - os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso uma função normogénica fundamentante.

Isso tudo nada mais é do que o método de ponderação de valores e interesses à luz do caso concreto.

Dessa forma, considerando que alguns princípios constitucionais são a base de sustentação de todo o direito civil – principalmente a dignidade da pessoa humana como o princípio matriz, a base de toda a ordem jurídica ou o valor-fonte de todos os demais valores –, a aplicação das regras e princípios de direito privado se torna uma árdua tarefa.

O intérprete de um contrato preliminar deve exercer uma função “integradora da norma jurídica”, ou seja, tem a obrigação de buscar o valor preponderante ou o valor que a norma pretende tutelar e, apenas diante do caso concreto, recomendar ou dar uma solução justa.

Após essas considerações preliminares sobre a relevância dos princípios para o direito civil, resta analisar, separadamente, aqueles princípios constitucionais balizadores das relações jurídicas privadas.

### 2.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe que a República Federativa do Brasil tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. Tal cláusula geral de tutela da pessoa humana repercute diretamente nas relações privadas, em que os princípios de direito civil terão a função de identificar valores existenciais, ou seja, valores que garantem à pessoa humana viver com dignidade.

As normas de direito civil são direcionadas para a tutela das pessoas humanas e a garantia da dignidade destas. O princípio da dignidade da pessoa humana insere o ser humano no centro do sistema jurídico, em torno do qual gravitam todos os demais institutos. O Estado só existe como nação se a dignidade da pessoa humana estiver preservada e assegurada.

A tutela do ser humano é tão intensa que a Constituição Federal, no artigo 170, ao tratar da ordem econômica e financeira (fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa), enuncia que esta tem por finalidade assegurar a todas as pessoas existência digna. É interessante observar um estado capitalista ressaltar a ordem econômica como sendo instrumento necessário para garantir a todos os cidadãos existência com dignidade.

Em direito civil, esse dispositivo constitucional (artigo 170) serve para nortear a atividade das pessoas jurídicas, conforme se verá em capítulo próprio, bem como os contratos. O fato a ser ressaltado é que, ao tratar da ordem econômica, novamente, aparece a dignidade da pessoa humana como o objetivo principal desta.

No que tange à tutela da pessoa humana, a Constituição Federal foi além, ao permitir a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis, conforme disposto no seu artigo 34, inciso VII. A União poderá efetivar essa intervenção sempre que houver necessidade de assegurar a observância de alguns princípios constitucionais, em especial direitos da pessoa humana (alínea “b”). Se um estado ou o Distrito Federal violar direitos da pessoa humana, sujeitar-se-á à intervenção federal. Considerando que a intervenção é exceção no Estado Democrático de Direito, fica evidente a valorização do ser humano ou da

pessoa no atual ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana também é ressaltado no capítulo da Constituição Federal referente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. No § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, cujo dispositivo foi regulamentado pela Lei Federal n. 9263/96, que trata do planejamento familiar, está disposto o seguinte:

(...) fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Em direito civil, a base de todo o sistema jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana. Toda e qualquer relação privada ou entre atores privados deve, necessariamente, observar se a dignidade da pessoa está sendo preservada e, em caso de violação desta dignidade, pelo Estado ou por outros particulares, a pessoa humana será tutelada e, neste contexto, a sua condição existencial sempre prevalecerá sobre os aspectos patrimoniais.

Essa preocupação da Constituição Federal com a pessoa em si considerada tem reflexos no direito civil, o qual também insere o ser humano como o principal protagonista do sistema jurídico privado. Pode-se dizer que todas as normas jurídicas de direito civil, princípios e regras possuem um só objetivo, garantir à pessoa humana o mínimo necessário para que tenha uma existência digna. Esse é o desafio do direito civil neste século.

O atual Código Civil nitidamente humanizou as relações jurídicas privadas, ao deixar em segundo plano as questões e valores meramente patrimoniais. Os valores existenciais certamente devem prevalecer sobre os valores patrimoniais. É a pessoa se sobrepondo ao patrimônio. Não há dúvida de que o direito civil ainda tem suas recaídas e flerta constantemente com ideias liberais que caracterizaram a legislação anterior e o Estado Liberal, em que se valorizava o patrimônio sem qualquer preocupação com a tutela da pessoa humana.

As normas de direito civil e os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal e no próprio Código Civil, visam proporcionar à pessoa vida com dignidade. Não se esqueça de que não há República se a dignidade

da pessoa humana não for preservada. Isso é a base de nosso Estado.

Essa dignidade está relacionada a valores do espírito e a condições materiais de subsistência, o que, neste último caso, é denominado pelos alemães de “mínimo existencial”, ou seja, o mínimo necessário e indispensável para que a pessoa tenha uma vida digna. Portanto, somente terá dignidade aquele que tiver preservada sua vida, integridade física, nome, honra, liberdade, vida privada, imagem, intimidade, a função social de suas relações privadas, a ética nessas relações e a responsabilidade objetiva daqueles que lhe causarem danos, bem como a pessoa que tiver acesso a bens materiais mínimos.

A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral, a base de todo o ordenamento jurídico e o princípio norteador das relações privadas. Embora indeterminada, como os demais princípios, a dignidade da pessoa humana também possui um núcleo essencial. A dificuldade do intérprete será justamente concretizar esse princípio, pois seu grau de generalidade e abstração é muito intenso. A dignidade da pessoa humana não pode ser um “soldado de reserva”, para ser invocado em toda e qualquer relação entre atores privados ou entre o particular e o Estado. A dignidade da pessoa humana deve ser a condição ou pressuposto fundamental de legitimidade de toda e qualquer relação jurídica, não a própria relação. Essa confusão deve ser dirimida: a preservação de direitos essenciais da pessoa humana é a garantia da dignidade. Portanto, a dignidade é a base de sustentação das relações intersubjetivas, o solo sobre o qual será construído todo o edifício de relações intersubjetivas. A dignidade é anterior, o alicerce e o fundamento das manifestações privadas e sobre ela serão construídas e desenvolvidas as relações jurídicas. Por isso, a dignidade da pessoa humana é um princípio e não o complexo de relações.

Essa base ou esse núcleo essencial fundamental extraído deste princípio é o respeito aos valores espirituais e o mínimo existencial, condição material mínima em qualquer relação jurídica privada. A questão que se coloca é se tal princípio tem ou não caráter absoluto.

ROBERT ALEXY<sup>50</sup>, em sua teoria dos direitos fundamentais, ressalta esse aspecto da dignidade, quando diz que tal princípio comporta graus de realização. Diz que, ainda que o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, a dignidade preceda a todos os outros princípios, ela não tem um caráter absoluto, significando, apenas, que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa humana sob determinadas condições.

Entretanto, uma tese como essa, de posição central, vale também para outras normas de direitos fundamentais, sem que isso afete o seu caráter de princípio. Por isso, pode-se dizer que a norma da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto e que a impressão de que o seja resulta do fato de que esse valor se expressa em duas normas – uma regra e um princípio –, assim como da existência de uma série de condições sob as quais, com alto grau de certeza, ele precede a todos os demais.

Não se discute o valor da dignidade da pessoa humana em si mesmo, até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos, mas tão somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental.

O próprio ALEXY<sup>51</sup> ressalta que a imprecisão da norma da dignidade da pessoa humana torna difícil a sua compreensão. O que ALEXY quer dizer é que a dignidade da pessoa humana é norma em parte tratada como regra e em parte como princípio.

Sobre o assunto, MENDES<sup>52</sup> e GONET, em crítica a ALEXY e citando INGO SARLET, argumentam que todas as pessoas são iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção do poder público e da sociedade), poder-se-ia imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174.

diversas, impondo – também nesses casos – o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização), que necessariamente implica a hierarquização ou a ponderação dos bens em rota de conflito, nesse caso, do mesmo bem (dignidade), em concreto, atribuído a dois ou mais titulares.

Segundo eles,

(...) se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos limites em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entram em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.

Não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana é um princípio supraconstitucional, valor fundamental para a sociedade e existência do Estado. Sendo assim, seria uma hipótese rara de princípio absoluto quando confrontado com outros princípios, justamente porque não é um princípio qualquer, mas o princípio máximo, a base de todos os princípios, um princípio superior, o que leva a doutrina à conclusão correta de que ele somente poderia conflitar com ele mesmo, na medida em que se sobrepõe a qualquer outro princípio.

Essa tutela da pessoa e a preservação da sua dignidade é o objetivo principal das normas, regras e princípios, de direito civil.

## **2.4. Solidariedade Social e Igualdade Substancial**

Além da dignidade, as relações privadas se norteiam pelos princípios da solidariedade social e da igualdade substancial.

A solidariedade social pode ser extraída da Constituição Federal. Segundo o disposto no artigo 3º, inciso I, da CF, constitui objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade implica mútua cooperação nas relações privadas e ainda fundamenta a necessária observância de um comportamento ético nas nestas relações (boa-fé objetiva).

O direito dos contratos, em geral, e a promessa de contrato, em particular, é todo influenciado pela solidariedade, cujo princípio alterou a concepção clássica de que a obrigação é uma relação de sujeição, na qual o

devedor se subordina aos interesses do credor. Com a solidariedade, modificam-se os conceitos de adimplemento, inadimplemento e a caracterização da relação entre credor e devedor.

Atualmente, credor e devedor são ambos titulares de direitos fundamentais e, por conta da solidariedade que norteia a obrigação moderna, há entre eles uma relação de mútuo respeito e cooperação, um auxiliando o outro, sempre na busca de um adimplemento satisfatório para o credor e menos oneroso para o devedor.

A solidariedade é exigida em todas as relações entre atores privados, seja qual for a sua natureza. Essa sociedade solidária, pretendida pela Constituição Federal, passa pelas normas de direito privado, sendo o direito civil um dos principais instrumentos para o alcance desse objetivo. Para o presente trabalho, a solidariedade implica no fundamento principal da exigibilidade da promessa de doação. E a razão é simples: como a solidariedade fundamenta o princípio da boa-fé objetiva que, por sua vez, impõe a tutela da confiança nas relações privadas, tal valor estruturante permitirá que o promissário donatário invoque tal direito fundamental à tutela da confiança para que a promessa de doação possa ser exigível.

Tal princípio busca uma conciliação entre as exigências coletivas e os interesses particulares. O direito civil agora suporta grande alteração em seu conteúdo, pois os valores mudaram. As relações são privadas, o direito é privado, mas o interesse público sempre deve preponderar, o que não desnatura sua essência privada.

Na mesma linha de pensamento, outro princípio constitucional se interpenetra com as normas de direito civil. Trata-se do princípio da igualdade substancial.

O mesmo artigo 3º da CF dispõe, em seu inciso III, ser objetivo da nossa República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Tal isonomia também é retratada no artigo 5º, *caput*, segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A igualdade substancial é diferente da igualdade formal. A formal era

aquela garantida pelo Estado Liberal, que partia do princípio de que todos deviam ter o mesmo tratamento, como se todos tivessem os mesmos poderes. Todos sabiam que a vontade do mais forte, no liberalismo, sempre prevalecia sobre a vontade do mais fraco. Tal ideia, ingênua, de igualdade, provocou intensas injustiças sociais, permitindo que a oligarquia burguesa explorasse essa igualdade “garantida” pelo Estado Liberal.

Com o Estado Social, o princípio da isonomia passou a ter outro significado. Não basta que todos sejam iguais perante a lei, deve o Estado tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. O Código de Defesa do Consumidor expressa esse sentimento, ao tratar desigualmente fornecedores e consumidores, porque, na essência, são desiguais. É essa igualdade substancial que repercute nas relações privadas.

O Código Civil também busca essa igualdade nas relações privadas (que não sejam de consumo, pois estas têm estatuto próprio), quando, no artigo 157, permite a anulação do negócio jurídico, caso se caracterize a lesão; no artigo 317, que prevê a revisão judicial de qualquer obrigação se, por motivo imprevisível, houver desequilíbrio da prestação comparada em dois momentos (formação e execução da obrigação); e no artigo 478, que admite a resolução do contrato se houver excessiva onerosidade.

Tais dispositivos representam a igualdade substancial nas relações privadas, ou seja, tais relações devem nascer equilibradas, sob pena de rescisão por lesão e, após a formação, devem assim se manter (equivalência material), sob pena de revisão ou resolução.

A igualdade material também dá sustentação aos princípios da função social e da boa-fé objetiva, paradigmas do direito civil. A relação jurídica somente terá função social, entre outros motivos, se a dignidade das pessoas estiver sendo preservada, se houver solidariedade ou cooperação mútua e, principalmente, se houver equilíbrio econômico-financeiro e tratamento materialmente igualitário, ou seja, desigual para pessoas desiguais, na exata medida e proporção desta desigualdade.

Em relação à boa-fé objetiva, cláusula geral que serve como parâmetro

de interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113 do Código Civil), esta limita o exercício dos direitos subjetivos, sob pena de caracterizar o abuso de direito (artigo 187) e cria deveres anexos, colaterais, secundários ou instrumentais (artigo 422). A igualdade material serve como seu substrato.

A boa-fé objetiva está relacionada a aspectos exteriores da pessoa, como padrão de comportamento e dever de conduta. É o agir com ética e probidade nas relações privadas. Em razão disso, se houver desequilíbrio em uma relação jurídica, por conta da boa-fé objetiva, a pessoa já deve ter a consciência prévia de que o Estado poderá intervir para garantir esse equilíbrio ou essa equivalência material.

TEPEDINO<sup>53</sup> ressalta a superação dessa dicotomia ao dizer que é inevitável a alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual é o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores do direito.

Interessante a constatação de CRISTIANO CHAVES<sup>54</sup>, segundo o qual a Magna Carta assumiu verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens e da proteção de núcleos familiares, entre outros institutos de direito privado.

Embora os princípios e regras de direito privado tenham migrado para a Constituição Federal, o Código Civil continua sendo o ramo do direito que agrega o conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada. A expressão “direito civil constitucional” é uma variação hermenêutica ou mudança de postura no ato de interpretar a Lei Civil,

---

<sup>53</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

<sup>54</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: Teoria Geral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 34.

ou seja, significa o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais de direito civil.

O objetivo fundamental dos princípios constitucionais é garantir à pessoa humana o mínimo necessário para que tenha existência digna e, como desdobramento deste valor e da necessária solidariedade, a confiança passa a ser um direito fundamental, razão pela qual deverá ser objeto de tutela. Na teoria contratual, essa confiança sempre está implícita na relação e, caso seja violada, com base nestes valores sociais constitucionais, deve merecer a devida tutela.

Tais considerações são essenciais para demonstrar que tais princípios constitucionais fundamentam os preceitos éticos norteadores de toda e qualquer relação jurídica de natureza privada (boa-fé objetiva). Em decorrência destes valores, surge para o promissário donatário o direito fundamental à confiança, cuja tutela permitirá a exigibilidade da promessa de doação.

Antes de tratar da exigibilidade da promessa de doação, será realizada uma incursão sobre a teoria geral dos contratos, a fim de dar sustentação ao objetivo aqui proposto.

### 3. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

#### 3.1. Noções Gerais de Contrato

O contrato é o principal instrumento jurídico da vida privada, fazendo parte do cotidiano das pessoas. Por tal motivo, este negócio jurídico sempre foi considerado um dos pilares de sustentação do direito civil. Por conta desta relevância social, CAIO MÁRIO<sup>55</sup> chega a dizer que “o mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a conseqüência seria a estagnação da vida social”.

As relações humanas dependem do contrato, que sempre esteve presente na sociedade, desde a mais primitiva até a atual. O contrato está intimamente vinculado às mais primárias necessidades humanas. A sua repercussão e relevância social o tornaram um dos principais instrumentos das relações intersubjetivas e privadas. Desde os primórdios da civilização o contrato sempre teve uma função social.

Essa finalidade social, ao longo dos tempos, foi suportando mutações. O caráter e a função do contrato se conformam ao contexto social em que ele está inserido. A função social do contrato sempre existiu. No entanto, em tempos remotos, essa função estava relacionada ao contrato como mero instrumento de circulação de riquezas. No liberalismo, esse caráter patrimonial da função social do contrato se manteve presente.

Com a transição do Estado Liberal para o Social, a função social do contrato foi submetida a uma verdadeira metamorfose ou transformação e, de instrumento econômico de circulação de riquezas (caráter patrimonial), o contrato se tornou um instrumento de promoção da pessoa humana (caráter existencial). Essa é a nova característica da função social do contrato. Atualmente, o contrato, para ter tutela estatal deve, necessariamente, ter uma função social com essa nova característica. Essa funcionalização do contrato é um desdobramento dos valores sociais constitucionais ressaltados no capítulo

---

<sup>55</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3. p. 10.

anterior. O princípio da função social passa a interagir com os valores existenciais da pessoa humana (dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e solidariedade social), fato que repercutirá na teoria contratual.

Em tempos atuais, é comum ouvir que o contrato está em crise. Não há que se cogitar em “crise do contrato”. O que há é uma adaptação do contrato aos valores sociais constitucionais (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial, ética), que lhe atribuem uma nova conformação ou função social.

A “crise do contrato”, se assim pode-se dizer, está relacionada aos princípios clássicos da teoria contratual, em especial ao princípio da autonomia da vontade. A vontade sempre foi a base de sustentação de um contrato. Todavia, a vontade, por si só, não é mais suficiente para conferir legitimidade ao contrato, sendo essencial agregar a essa vontade novos valores. Por isso, o Estado intervém para regular a forma como os pactos podem ser celebrados.

A função social, assim qualificada, altera toda a concepção e estrutura da teoria contratual, pois submete este negócio jurídico especial à observância das questões existenciais da pessoa humana em detrimento de questões patrimoniais. A teoria moderna do contrato leva em conta valores existenciais atinentes à proteção da pessoa humana.

Portanto, o contrato moderno se submete a valores constitucionais, envolve situações existenciais e ainda transcende a relação jurídica subjetiva estabelecida entre os sujeitos para repercutir na esfera jurídica de terceiros estranhos e alheios ao contrato (tutela externa ou eficácia externa do contrato).

Embora o contrato seja fonte de circulação de riquezas, somente terá tutela estatal e legitimidade se preservar a dignidade dos sujeitos contratantes e de terceiros não integrantes do contrato, mas cujos efeitos possam repercutir em suas esferas jurídicas. Deverá, ainda, revelar uma mútua cooperação entre os contratantes, em decorrência do dever de solidariedade, e a relação contratual deverá ser equilibrada ou guardar a devida equivalência, tudo para garantir a necessária igualdade substancial.

Esse “novo” contrato tem como primado a justiça social e não mais a vontade, como no Estado Liberal, onde a autonomia privada e a autonomia da

vontade eram elevadas ao seu grau máximo. Aliás, nesta nova e atual concepção de contrato, a autonomia da vontade (desejo do sujeito e sua manifestação exterior) cede espaço para a autonomia privada, que corresponde ao poder de autodeterminação do sujeito, respeitadas as limitações de normas de ordem pública, especialmente os princípios sociais contratuais.

Como argutamente observa ROSENVALD<sup>56</sup>, “nesse percurso rumo a um direito privado humanizado e, por que não dizer, civilizado, desaba a sacralidade da autonomia da vontade, substituída por uma noção renovada de autonomia privada, atada aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da ordem econômica (art. 170, CF)”.

O individualismo cede espaço para a cooperação e a solidariedade nas relações privadas e, nestes novos tempos, o contrato será o principal instrumento de aproximação das pessoas e um meio de viabilização destes princípios sociais. O paradigma voluntarista baseado na plena liberdade contratual, na força obrigatória, intangibilidade dos contratos e na relatividade dos efeitos, restrito às partes, passa por um processo de renovação, na medida em que o contrato, instrumento de tutela da pessoa humana, apenas se legitima caso tais princípios clássicos venham a interagir com a solidariedade constitucional.

Sobre o assunto, ROSENVALD<sup>57</sup> novamente é preciso ao afirmar que “o solidarismo constitucional adicionou à autonomia privada a companhia de outros três princípios: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça (ou equilíbrio) contratual”. Segundo ele, tais princípios não restringem, ao contrário, valorizam a autonomia privada. Realmente, esse é o novo enfoque. As relações privadas estão socializadas. A valoração das relações jurídicas é essencial para essa nova dinâmica contratual.

A funcionalidade do direito subjetivo acarreta a sua socialização e, por isso, a tutela do interesse privado é condicionada à preservação e proteção do interesse público e social.

---

<sup>56</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Direito das Obrigações*, 4. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 3

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 4.

O estudo do contrato moderno, incluindo as promessas ou contratos preliminares, objeto deste nosso trabalho, deve ser orientado e baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial.

Tais princípios constitucionais, somados aos princípios da função social e boa-fé objetiva, orientam todas as relações jurídicas privadas, em especial as materializadas em contrato e, necessariamente, como condição de legitimidade destes, devem interagir com os princípios clássicos dos contratos, como a autonomia da vontade, a obrigatoriedade e a relatividade, tornando-o instrumento de justiça social e não mais pacto para resguardar interesses estritamente individuais.

Em razão da necessária função social, agora renovada por estes novos valores, os efeitos do contrato transcendem o interesse dos contratantes para repercutir na esfera jurídica de terceiros não integrantes do pacto, lhe dando um novo sentido social, cuja legitimidade e conteúdo passam a interessar a toda a coletividade.

O contrato assume papel relevante no Estado Social, pois também por meio dele o poder público garantirá às pessoas o mínimo necessário existencial para que tenham uma vida digna. Tal constatação foi realizada com precisão por NELSON ROSENVALD e CHAVES<sup>58</sup>:

Acreditava-se que o poder público desempenharia o papel que lhe fora confiado pelo ordenamento jurídico, distribuindo o mínimo existencial aos setores marginalizados da sociedade. Se no Estado Liberal o bem estar da população desfavorecida era objeto de caridade por instituições particulares, o Estado Social converteu a caridade em um direito, prestigiando a igualdade material e o acesso ao mínimo existencial, expiando a culpa dos mais favorecidos pela via da tributação.

### **3.2. Contrato e Teoria Geral do Fato Jurídico**

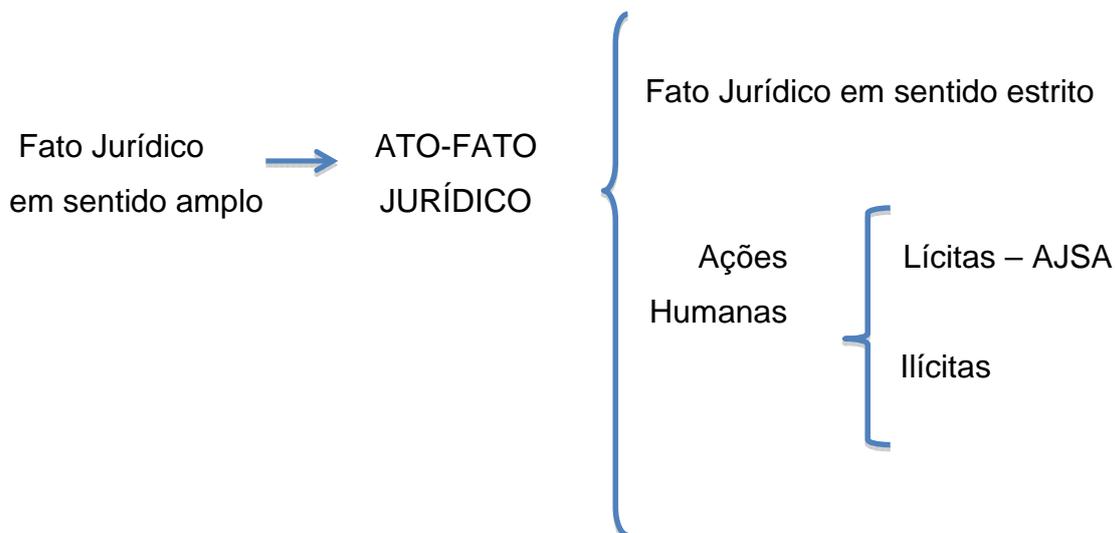
O fato jurídico em sentido amplo se subdivide em fato jurídico em sentido estrito (eventos da natureza com repercussão jurídica), ato-fato-jurídico

---

<sup>58</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 13.

(atos humanos com consequência jurídica, sendo irrelevante a vontade em relação ao resultado previsto na norma jurídica) e, finalmente, ações humanas, lícitas e ilícitas.

A ação humana lícita é desdobrada em ato jurídico em sentido estrito (autonomia da vontade desprovida de poder ou autonomia privada, com os efeitos jurídicos predeterminados pela lei) e negócio jurídico.



O contrato é espécie do gênero fato jurídico e, na sistematização do fato, é qualificado como negócio jurídico, sendo, portanto, o principal instrumento de viabilização dos negócios jurídicos. O contrato é o negócio jurídico por excelência. O contrato, como tipo ou espécie de negócio jurídico, é um fato (evento humano) jurídico (com repercussão jurídica).

Por ser um negócio jurídico bilateral (para sua formação é indispensável a junção ou convergência de duas vontades), aplica-se ao contrato toda a teoria do negócio jurídico, em especial, o estudo da autonomia da vontade e da autonomia privada, regras e princípios relacionados à interpretação do negócio jurídico, pressupostos de validade do negócio jurídico, a teoria da representação, os defeitos do negócio jurídico, elementos secundários do negócio jurídico, como a condição, o termo e o encargo, a teoria da invalidade do negócio jurídico (negócio nulo e anulável), prescrição, decadência e a prova do negócio jurídico.

A teoria geral do negócio jurídico, estudada na parte geral, está relacionada, basicamente, à formação ou à origem do contrato. Explica-se: os pressupostos de validade e a “teoria da invalidade do negócio jurídico” referem-se justamente à origem do negócio, pois os elementos ou requisitos de validade e as causas aptas a invalidar o negócio jurídico são anteriores ou contemporâneas à formação deste fato jurídico.

A parte geral do direito civil tutela o plano de validade do contrato (negócio jurídico). A “teoria geral das obrigações e contratos” disciplina as questões supervenientes à formação do contrato, como, por exemplo, as teorias do adimplemento e inadimplemento das obrigações.

Portanto, na parte geral do Código Civil, os institutos estão todos relacionados ao plano de validade do contrato. Em função disso, os pressupostos de validade, os defeitos e a invalidade do negócio jurídico (e o contrato é um negócio jurídico), estão vinculadas mais especificamente à origem e à formação deste fato jurídico.

O contrato, portanto, é espécie do gênero fato jurídico porque tem o poder de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais. O contrato é negócio jurídico e, como tal, é fundado e baseado na vontade ou na declaração de vontade. Essa vontade, exteriorizada por meio de uma declaração, é direcionada à produção de resultado jurídico desejado pelos sujeitos contratantes e tutelados pelo Estado.

Fato jurídico é igual a EVENTO + NORMA JURÍDICA. O “evento”, no caso do contrato, é uma declaração de vontade. A norma jurídica, ao tutelar essa vontade exteriorizada, atribuindo-lhe efeitos jurídicos, revela o negócio jurídico. No negócio jurídico existe autonomia privada: as partes têm o poder de regular os seus interesses e eleger o resultado ou os efeitos relativos a determinado negócio.

Se a ordem legal reconhecer a legitimidade deste resultado pretendido e lhe atribuir efeitos jurídicos, ter-se-á um negócio jurídico. Se esse negócio jurídico, para ser formado e produzir efeitos, necessitou da junção ou da convergência de duas ou mais vontades, se estará diante de um contrato.

O negócio jurídico, quanto à formação, pode ser bilateral ou unilateral. O contrato, por sua vez, quanto à formação, sempre será negócio jurídico bilateral, dependendo, necessariamente, da junção ou da convergência de duas ou mais vontades para se formar.

É fato que a norma jurídica também atribui efeitos jurídicos à vontade unilateral, também denominada declaração unilateral de vontade (promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido, enriquecimento sem causa e o testamento). O contrato, para ser considerado como tal, nasce ou se origina de duas declarações convergentes de vontade. Por isso, quanto à FORMAÇÃO, o contrato sempre será um negócio jurídico bilateral.

Portanto, há negócios jurídicos que possuem natureza contratual e negócios quem não ostentam essa qualidade ou atributo.

Além de espécie de negócio jurídico, o contrato é a principal fonte de obrigações, produzindo efeitos jurídicos obrigacionais, criando direitos, deveres e obrigações para as partes contratantes. Por isso, toda a teoria geral das obrigações, envolvendo as modalidades (prestação de dar, fazer, não fazer), classificação (obrigações alternativas, solidárias, divisíveis e indivisíveis), transmissão de obrigações (cessão de crédito e assunção de obrigação), teoria geral do adimplemento e do inadimplemento, se aplicam aos contratos.

A fonte da obrigação é a causa que lhe dá origem. O contrato é causa ou fato gerador de direitos e obrigações. O contrato pode ser considerado a principal fonte de obrigações nas relações privadas. Aliás, no ordenamento jurídico brasileiro o contrato “apenas” gera obrigações, não sendo capaz de transferir direitos reais.

A transferência de direitos reais fundados em contrato ocorrerá no momento do adimplemento ou na fase de execução do contrato. Há direitos reais que não se originam de contrato e direitos reais que estão fundados ou decorrem de um contrato.

Em relação a estes últimos (direitos reais que se originam de contratos), não basta a formação do contrato ou o ajuste de vontades para a transferência do direito real: essa transferência ocorrerá durante a execução do

contrato, na fase de adimplemento. Portanto, a transferência do direito real constitui ato posterior e superveniente à formação do contrato.

A topografia dos institutos no Código Civil auxilia o intérprete, pois o contrato, espécie do gênero fato jurídico e a principal fonte de obrigações, somente é estudado após a análise de todos os princípios da parte geral sobre fato jurídico e do direito das obrigações.

### **3.3. Contrato Preliminar e Negócio Jurídico**

O contrato preliminar é espécie do gênero fato jurídico e, em consequência, do negócio jurídico. Portanto, para compreender a essência do contrato preliminar – promessa de doação -, essencial e relevante traçar a estrutura e o perfil do negócio jurídico. O conceito de negócio jurídico deve ser integrado à ideia de contrato.

O negócio jurídico corresponde à exteriorização ou declaração da vontade privada, onde o sujeito pretende a produção de efeitos jurídicos de acordo com seus interesses. Se tais interesses forem compatíveis com a ordem jurídica (não contrariar as normas de ordem pública, em especial os princípios norteadores das relações privadas), o negócio jurídico merecerá a devida tutela.

O negócio jurídico corresponde à junção da autonomia da vontade (vontade destinada a uma finalidade ou resultado desejado) e autonomia privada (poder de autodeterminação). Efetivamente, o elemento diferenciador do ato jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico é a autonomia privada (poder de regular os interesses, os quais merecem tutela estatal), presente neste último e ausente naquele.

Os efeitos pretendidos pelo sujeito e tutelados pelo Estado são a constituição, a modificação ou a extinção das relações jurídicas.

Não há dúvida em afirmar que o negócio jurídico é o instrumento da autonomia privada, pois os sujeitos possuem o poder (poder hoje restrito, é verdade, e por conta dos princípios fundamentais do Estado Social) de estabelecer regras para o seu próprio comportamento, ou seja, o negócio jurídico tem evidente conteúdo normativo, como se as partes criassem

ordenamento jurídico próprio. As cláusulas contratuais concretizam a vontade das partes e conferem personalidade ao contrato. Essas regras peculiares e diferenciadas variam conforme os interesses em jogo e a natureza do contrato.

No negócio jurídico, a declaração de vontade é destinada a produzir os efeitos jurídicos desejados e escolhidos pelos interessados, dentro do campo permitido pelo Estado Social, atualmente restrito, em razão da redução do poder da vontade ou do âmbito de atuação do princípio da autonomia privada.

Perfeita a definição de ORLANDO GOMES<sup>59</sup> sobre negócio jurídico: “Negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei”.

Interessante ressaltar a última expressão da definição acima “reconhecido e garantido pela lei”. Isso significa a mitigação da autonomia privada em razão dos princípios sociais limitadores do poder da vontade no momento da exteriorização desta nas relações privadas.

No negócio jurídico, os efeitos jurídicos devem corresponder ao desejado pelo sujeito, mas tal efeito deve ser reconhecido e tutelado pelo Estado.

Para CAIO MÁRIO<sup>60</sup>, o negócio jurídico seria, então, a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico e pretendidos pelo agente.

O negócio jurídico e, por outro lado, a declaração de vontade, como adverte ORLANDO GOMES<sup>61</sup>, não são expressões equivalentes. A declaração de vontade é a nota comum de todo negócio jurídico, mas este, quase sempre, tem estrutura mais complexa. Alguns negócios jurídicos exigem concurso de vontades (contratos), em outros a vontade unilateral é suficiente, há ainda negócios onde a declaração deve ser recebida pelo destinatário para ter efeito, dentre várias outras situações concretas.

---

<sup>59</sup> GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 269.

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 480.

<sup>61</sup> GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 270.

O negócio jurídico é o instrumento necessário para o sujeito dispor sobre seus interesses privados.

CAIO MÁRIO<sup>62</sup>, citando ENNECCERUS e OERTMANN, relembra os responsáveis pelo conceito de negócio jurídico:

Foi a doutrina alemã que elaborou o conceito do negócio jurídico (*RECHTSGESCHAFT*), encarecido pelos escritores tedescos como dos mais importantes da moderna ciência do direito, e imaginou-o como um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. O fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal.

Para ENNECCERUS, “o negócio jurídico é um pressuposto de fato, que contém uma ou várias declarações de vontade, como base para a produção de efeitos jurídicos desejados”. RUGGIERO e MAROI defendem a “declaração de vontade do indivíduo, tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico”. Finaliza CAIO MÁRIO<sup>63</sup>,

No negócio jurídico há, pois, a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico. Uma vontade orientada no sentido de uma finalidade jurídica, em respeito à qual atribui efeito ao negócio, e em razão de que se diz que aquele efeito decorre diretamente da vontade.

O negócio jurídico decorre da vontade, sendo o elemento volitivo fundamental para sua caracterização como espécie do gênero fato jurídico, que é ação humana provocadora de efeitos jurídicos. Portanto, não há contrato sem vontade. Ocorre que a “vontade” perdeu sua conotação absoluta que havia sido moldada pelo pensamento iluminista, pois passou a ser condicionada a normas de ordem pública e valores sociais constitucionais. Assim, com a mutação de valores fundamentais da sociedade, principalmente durante o século XX, houve uma transição do individualismo exacerbado, existente nas codificações do século XIX, para a solidariedade (para alguns, socialidade) das relações civis, principalmente no campo dos contratos e da propriedade. Agora é era do Estado Social, onde o bem estar coletivo se sobrepõe aos interesses meramente individuais.

---

<sup>62</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, pp. 476/477.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 480.

O negócio jurídico (e o contrato) agora é norteado pelos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade material ou substancial e a dignidade da pessoa humana, bem como pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Em qualquer negócio jurídico, as questões existenciais, relativas à pessoa humana, sempre preponderarão sobre questões patrimoniais. A humanização do direito civil repercutiu também na teoria do negócio jurídico. A tutela deste dependerá da observância destes princípios e, em especial, do necessário resguardo da dignidade do ser humano ou da pessoa.

A pessoa humana, inserida no centro do sistema jurídico e objeto de tutela especial e diferenciada, também será o foco principal de proteção em todo negócio jurídico. É preciso ORLANDO GOMES<sup>64</sup> quando diz que o conceito de contrato é derivado, ou seja, decorre da ideia de negócio jurídico. O contrato preliminar de doação, como negócio jurídico autônomo, também decorre de uma declaração de vontade, dirigida a um destinatário e geradora de efeitos jurídicos, os quais permitirão a sua exigibilidade. O principal efeito do contrato preliminar de doação é a criação de um direito fundamental ao promissário donatário, a confiança, a qual pode ser confrontada com a liberdade do promitente doador em relação à consumação do contrato definitivo (doação).

Os direitos fundamentais de 2ª geração contribuíram para essa nova ideologia relativa à teoria contratual contemporânea. Tais direitos foram inspirados na Revolução Industrial Europeia a partir do século XIX – reivindicações trabalhistas e de assistência social. Eram os direitos sociais, mas não com a característica de serem direitos da coletividade, mas por serem direitos ligados a reivindicações de justiça social. Os direitos humanos de 2ª geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade (direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do estado, mas que o obrigam a prestações positivas). Diz respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, dentre outros.

---

<sup>64</sup> GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 314.

Desta forma, as transformações das relações jurídicas da sociedade do século XX, o incremento da industrialização e o surgimento do consumo de massa, dão ao contrato uma nova conformação. A vontade, paradigma do liberalismo, paulatinamente, é substituída pela moderna concepção de justiça social.

Em tempos mais recentes, diante de princípios norteadores das relações privadas e integrantes do próprio conceito de contrato (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial, função social renovada e boa-fé objetiva), aquela ideia clássica de contrato foi aperfeiçoada para se adequar a estes novos valores, que representam o fundamento da sociedade e do Estado.

Conforme ensina TEPEDINO<sup>65</sup>,

(...) na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, com o conseqüente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a CF de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III).

E continua, fazendo referência às palavras de JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “A autonomia privada, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade de seus efeitos conformam-se, na atualidade, a um conjunto de novos princípios: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico entre prestações e função social do contrato”.

A professor TERESA NEGREIROS<sup>66</sup> defende também a tese da relação entre os princípios clássicos e contemporâneos, os quais devem ser harmonizados em caso de conflito

(...) Em caso de conflito, é preciso decidir sob que circunstâncias os princípios clássicos – autonomia da vontade, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade dos seus efeitos – devem sobrepor-se aos princípios contemporâneos da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social.

Segundo ela, deve-se buscar um novo paradigma, que a mesma denomina “paradigma da essencialidade” e

---

<sup>65</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211.

<sup>66</sup> NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31.

(...) constitui um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem se sujeitar a um regime de caráter tutelar – ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenha por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos.

Essa questão da “essencialidade” é um interessante parâmetro para estabelecer, à luz do caso concreto, a devida ponderação entre os princípios clássicos e os modernos. Quanto mais essencial para satisfazer uma necessidade existencial, o contrato mais deve se aproximar dos princípios modernos, preponderando os valores sociais constitucionais. Em sentido oposto, quanto menor a essencialidade para a satisfação de interesses existenciais preponderará os princípios clássicos.

A ideia é a busca do equilíbrio e da ponderação entre os princípios. Uma harmonização de verdade. Os contratos devem ser diferenciados de acordo com a medida de sua utilidade existencial.

Como novamente observa a extraordinária professora, TERESA NEGREIROS<sup>67</sup>:

Trata-se, sempre com vista a um ponto de equilíbrio, de reconhecer que os contratos não compõem uma categoria homogênea, e, a partir desta premissa, estruturar critérios de diferenciação conforme os quais o conflito entre liberdade e solidariedade seja composto ora em um sentido mais liberalizante, ora em um sentido mais socializante, abandonando-se a idéia de ordenar toda a matéria contratual em torno de um único e absoluto paradigma.

Portanto, o contrato poderia ser conceituado como o acordo de duas ou mais vontades (negócios jurídico bilateral – formação), declaradas em consonância com a lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos obrigacionais e existenciais, cujas vontades exteriorizadas terão tutela estatal se as partes estiverem de boa-fé (tutela interna do crédito) e o pacto se conformar com o princípio da função social (tutela externa do crédito).

De acordo com esse conceito contemporâneo, o contrato, como relação jurídica subjetiva, atualmente, produz efeitos jurídicos obrigacionais e existenciais, tanto entre os sujeitos, bem como em relação a terceiros. Por

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 40.

exemplo, nesta nova concepção, o contrato terá função social quando preservar a dignidade dos contratantes e de terceiros, a solidariedade e cooperação na relação interna e, principalmente, preservar a igualdade substancial ou equivalência material, sob pena de, neste último caso, ocorrer a revisão (artigo 317) ou até a resolução com base na teoria da onerosidade excessiva (artigo 478).

O contrato, por ser um negócio jurídico, tem, na autonomia privada, que é elemento peculiar ao negócio jurídico e consiste no poder de autodeterminação no campo das relações patrimoniais, a sua grande característica. Por isso, esse poder compõe a vontade, elemento nuclear do contrato.

A declaração de vontade no contrato é retratada pela autonomia da vontade e a autonomia privada. No entanto, esse “poder” decorrente da autonomia privada atualmente é mitigado por princípios sociais. Esse direito da parte regular os seus interesses é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, mas é limitado por normas de ordem pública, especialmente por princípios sociais integrantes da nova teoria contratual.

A mutação de valores da teoria clássica para a contemporânea foi percebida por TERESA NEGREIROS<sup>68</sup>, em sua obra Teoria dos Contratos, Novos Paradigmas, quando ela assim dispôs

(...) Reconhece-se, pois, a necessidade de rever o âmbito da autonomia privada no campo das relações jurídicas patrimoniais. Neste sentido, fala-se em “limites” à soberania da vontade individual, “restrições” à liberdade contratual, ampliação do conceito de ordem pública, regimes “especiais” ou “excepcionais” de tutela da parte fraca em certas relações contratuais.

Na referida obra jurídica, TERESA NEGREIROS<sup>69</sup> busca demonstrar as transformações do direito civil em matéria contratual e permanente remodelação deste ramo do direito “à imagem da Constituição Federal e do projeto social ali plasmado”. Segundo ela “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição de seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”.

---

<sup>68</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 51.

O contrato é uma relação de mútua solidariedade e cooperação entre os contratantes. Não serve mais o contrato para o resguardo exclusivo de interesses individualistas e até certo ponto egoístas. O contrato é instrumento de aproximação de pessoas onde ambos se auxiliam para atender ao interesse de todos e da coletividade. O contrato somente terá a tutela do Estado se tiver como objetivo principal a preservação das questões existenciais, a tutela da pessoa humana, o resguardo de sua dignidade. O contrato não escapou a esta revolução social provocada pelos princípios constitucionais, os quais interagem com as relações jurídicas de natureza privada. O Código Civil não é mais a “autobiografia do indivíduo burguês” (NEGREIROS<sup>70</sup>), mas instrumento de tutela da pessoa humana. E nesse novo contexto o contrato deve ser analisado.

O contrato, embora fundado na vontade, somente terá legitimidade se estiver vinculado a estes valores sociais impregnados em nossa Constituição Federal. O consenso deve se agregar a outros valores que qualificam a vontade dos contratantes.

Em razão da reconstrução do sistema contratual, além da vontade das partes (no início, as relações patrimoniais tinham na autonomia privada a sua fonte exclusiva – esse poder de autodeterminação reduzia o contrato ao puro acordo de vontades), outras fontes integram o seu conteúdo: prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e também pela equidade.

A boa-fé, no artigo 422, é exemplo desta fonte de integração. Assim, o exercício da autonomia privada é também restringido pelo expediente da tipicidade dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio, bem como e, principalmente, pelos princípios da boa-fé objetiva e função social.

A conclusão é que o contrato passou por uma reformulação na transição do Estado Liberal para o Estado Social. O modelo liberal de contrato, marcadamente individualista, essencial para dar sustentação política aos burgueses na França pós-Revolução Francesa, cede espaço para um modelo social e funcionalizado de contrato, fundado na solidariedade constitucional e

---

<sup>70</sup> Ibidem, 62.

na dignidade da pessoa humana, cujos princípios passam a integrar o próprio conteúdo deste novo modelo contratual, conferindo-lhe legitimidade. Como desdobramento destes princípios integradores do contrato contemporâneo, a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio ou equivalência material tornam o contrato mais dinâmico, social, interativo, legítimo e, porque não, humano.

O princípio da segurança jurídica é substituído pela justiça contratual, exigência dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro. O contrato moderno é visto como um vínculo de colaboração mútua e recíproca entre os contratantes e não mais como um acordo de interesses opostos.

Na precisa lição de ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES<sup>71</sup>,

(...) deixando no passado a ideia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes, chega-se à percepção da necessidade de atuação cooperativa entre os pólos da relação contratual, pois ambas tem interesse em jogo dependentes da atuação recíproca. A satisfação dos interesses de uma das partes depende de atuação da outra, como antes.

A mesma autora conclui essa nova visão do contrato:

No contrato clássico, o contratante era idealizado com um enorme grau de abstração que o retirava do contexto socioeconômico-cultural determinante de sua conduta. Para o contrato contemporâneo, não há apenas um modelo de contratante, mas vários, correspondendo com os múltiplos contextos socioeconômico-culturais em que estão inseridos, gerando tratamentos jurídicos distintos, adequados a cada contexto.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). *Teoria Geral do Direito Civil*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1, pp. 242/280.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 242/280.

## 4. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS E CONTEMPORÂNEOS

### 4.1. Clássicos

Os princípios contratuais clássicos se assentam no dogma da vontade. Com a consolidação do Estado Liberal, pós-Revolução Francesa, a força jurídica do contrato passou a derivar diretamente da vontade exteriorizada por pessoas livres de interferências estatais. Como forma de garantir a plena liberdade nas relações privadas, em especial no âmbito dos contratos, a teoria contratual foi toda forjada e estruturada sob princípios capazes de preservar a autonomia dos indivíduos.

A necessidade social da época levou a teoria contratual clássica a uma excessiva valorização da vontade, mas não de uma vontade qualquer e sim de uma vontade manifestada por pessoas livres, que não permitiam qualquer interferência em suas relações privadas.

Para preservar essa liberdade plena, a teoria clássica dos contratos passou a girar em torno de três princípios, todos fundados no dogma da vontade, de onde o contrato extraía sua força jurídica: autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos e relatividade das obrigações decorrentes do contrato.

Nas palavras de NELSON ROSEVALD e CRISTIANO CHAVES<sup>73</sup>,

(...) no paradigma voluntarista o contrato se qualifica como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade em três momentos: pela liberdade contratual; pela intangibilidade do pactuado – o vetusto *pacta sunt servanda* justificava a obrigatoriedade dos efeitos contratuais e pela relatividade contratual, isto é, o contrato tão somente vincula as partes, sendo ineficaz em relação a terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

No liberalismo, tais princípios clássicos estavam afinados com a ideia de que o contrato era apenas um instrumento de circulação de riquezas, ou seja, um meio para se obter a tutela de um interesse de natureza meramente econômica. E como não se admitia qualquer intervenção estatal no contrato

---

<sup>73</sup> ROSEVALD, Nelson e CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 130.

pactuado por particulares, a proteção das relações jurídicas materiais no âmbito contratual era conferida pelos princípios clássicos, autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos e relatividade. A vontade individual era o elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória do contrato.

Neste cenário liberal, a autonomia da vontade retratava a plena e irrestrita liberdade de contratar, na medida em que as partes podiam contratar quando, como e com quem queriam. Estavam sujeitas apenas a limites impostos por raras normas de ordem pública. O princípio da obrigatoriedade ou da intangibilidade do conteúdo do contrato tornava o vínculo indissolúvel, equiparando o pacto à lei. E, finalmente, o princípio da relatividade restringia os efeitos jurídicos obrigacionais às partes contratantes, não podendo prejudicar e tampouco favorecer terceiros (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*).

Com o fracasso dos ideais liberais, em especial pela instabilidade econômica provocada pela Primeira Guerra Mundial, o surgimento de um Estado com deveres de proteção e movido por ideais reguladores, a preocupação com o coletivo em detrimento de interesses individuais, a implantação de um Estado Social, a consideração do contrato como instrumento de satisfação de necessidades existenciais, dentre outros fatores sociais e econômicos que caracterizaram o século XX, tais princípios clássicos conseguiram resistir a toda esta transformação, mas passaram a ser conformados a novos valores, em especial àqueles que fundamentam a sociedade brasileira atual (dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade substancial). Os princípios clássicos ainda resistem bravamente, mas não com a mesma força que ostentavam no liberalismo. Ao contrário, agora devem obediência aos valores sociais constitucionais que são a referência de todo o direito civil e são absolutamente mitigados naqueles casos em que a finalidade do contrato é a satisfação de necessidades existenciais da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 passa a controlar a legitimidade destes princípios clássicos em cada caso concreto. Como diz ROSENVALD, o contrato passa a ter um novo caráter e as intervenções devem ser consideradas absolutamente naturais e até indispensáveis no quadro de uma

sociedade desigual e de massas, sendo que tais princípios clássicos não estão sepultados, mas devem interagir com outros princípios fundados na solidariedade constitucional: boa-fé objetiva, função social e justiça ou equilíbrio contratual<sup>74</sup>.

Tais princípios contratuais clássicos, no liberalismo, possuem características próprias, como adiante será analisado, mas todos voltados para o mesmo objetivo: impedir qualquer interferência ou alteração do contrato emanado da vontade de pessoas livres.

Os mencionados princípios, por terem como fundamento a vontade, jamais adequaram a eles a exigibilidade da promessa de doação. Sob uma perspectiva equivocada, a Corte Constitucional brasileira, até 1988, quando possuía competência para analisar essa questão, considerava legítima a recusa do promitente doador na efetivação da promessa, sob o argumento de que ninguém poderia ser constrangido a fazer liberalidades. Neste caso, devido ao caráter gratuito da promessa de doação, deveria prevalecer o princípio da autonomia da vontade ou o direito fundamental à liberdade individual. Portanto, toda a construção jurídica da tese da inexigibilidade da promessa de doação teve como base os princípios contratuais clássicos, objeto de estudo neste tópico.

#### **4.1.1. Autonomia da Vontade**

O princípio da autonomia da vontade é o símbolo mais bem acabado do liberalismo predominante no século XIX. Na teoria contratual clássica, a finalidade deste princípio era garantir, de forma plena e quase absoluta, a liberdade dos sujeitos em relação à escolha do momento para contratar, do parceiro contratual e, principalmente, do conteúdo e da substância do contrato. A vontade era autônoma, independente e originária. A força jurídica de um contrato decorria de uma vontade exteriorizada por pessoas livres.

É a denominada liberdade de contratar. Os sujeitos passaram a ter o poder de autorregular os seus interesses, conforme as suas conveniências. Embora a liberdade contratual fosse ampla, nunca foi ilimitada, mesmo nos

---

<sup>74</sup> Ibidem, p. 131.

áureos tempos do liberalismo. Os preceitos de ordem pública e os bons costumes sempre foram fatores limitadores desta liberdade. Com o passar do tempo e a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo de contrato, quando surgiram novos princípios, estas limitações ou restrições aumentaram consideravelmente.

A liberdade contratual sempre foi mais perceptível em relação às leis supletivas, pois as leis coativas, relacionadas à ordem pública e aos bons costumes, restringiam de alguma forma essa liberdade.

Neste ponto a observação de ORLANDO GOMES<sup>75</sup> é precisa:

O princípio da liberdade de contratar torna-se mais inteligível à luz da distinção entre leis coativas e supletivas. As primeiras ordenam ou proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que não se deve fazer. Quando ordenam dizem-se imperativas. Quando proíbem, proibitivas. Destinam-se as leis supletivas a suprir ou complementar a vontade do indivíduo, aplicando-se quando ele não a declara.

Segundo CAIO MÁRIO<sup>76</sup>, os contratantes devem sujeitar a sua vontade ao ditado dos princípios da ordem pública e dos bons costumes. Para ele, condizem com a ordem pública as normas que instituem a organização da família; as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do Direito do trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones da estrutura social, política e econômica da nação. Bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social.

O fato é que as leis coativas, no liberalismo (modelo clássico de contrato) eram em menor número, o que aumentava, de forma considerável, a liberdade contratual. Atualmente, as leis coativas, imperativas e proibitivas, ocupam o maior espaço legislativo e, por isso, impõem um “dirigismo estatal”, fato que reduz o espaço para os sujeitos regularem os seus interesses.

A liberdade de contratar ou autonomia da vontade é a faculdade que as pessoas têm de livremente concluir um contrato. Essa liberdade, no século XIX, era mais ampla. As limitações e restrições eram mínimas, porque o dogma da

---

<sup>75</sup> GOMES, Orlando, *Contratos*, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

<sup>76</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 25.

vontade estava entranhado na teoria contratual. No Estado Social atual, a liberdade contratual ainda se apresenta com destaque na teoria dos contratos, mas mitigada por novos princípios fundados nos valores sociais constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial.

O sujeito ainda tem a liberdade de escolher o momento de contratar, isto é, se deseja ou não se vincular contratualmente. Além disso, a liberdade de contratar também implica a escolha da pessoa que será o parceiro contratual, embora em alguns contratos públicos não haja essa possibilidade. Quanto à liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, tal poder suportou uma limitação de novos princípios, como a função social, boa-fé objetiva e equivalência material. Isso porque o contrato passou de um modelo meramente estrutural, fundado na vontade, para um modelo funcionalizado, fundado em valores sociais constitucionais e na proteção e tutela da pessoa humana. Essa nova concepção, ao mesmo tempo em que limita a liberdade contratual, valoriza sobremaneira as relações privadas, uma vez que o contrato deixa de ser instrumento de circulação de riquezas para ser instrumento de tutela e promoção da pessoa humana.

Como defende ROSENVALD<sup>77</sup>

A passagem do estruturalismo ao funcionalismo impacta sobremaneira o modelo jurídico ora enfocado. Em sede de autonomia privada, admite-se a vontade como suporte fático, porém acrescida à regulamentação legal, a fim de que realize interesses digno de tutela. Cuida-se da funcionalização do contrato. Vale dizer, sendo o direito um meio de promoção de determinadas finalidades, o negócio jurídico somente terá juridicidade e justificativa social quando o concreto interesse das partes realizar os fins a que se propõe o direito, basicamente a harmônica convivência entre justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

O Código Civil atual disciplina o princípio da liberdade contratual nos artigos 421 e 425. No primeiro, dispõe que a liberdade de contratar será exercida com fundamento e nos limites do princípio da função social dos contratos, o que evidencia essa nova conformação da autonomia da vontade a valores mais caros e sensíveis da sociedade contemporânea. O contrato deve ser funcionalizado, possuir um conteúdo que retrate um interesse digno de tutela, além de ser útil para os contratantes e a toda a coletividade. Como

---

<sup>77</sup> ROSENVALD, Nelson e CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 135.

ressalta ROSEVALD e CHAVES, o poder jurígeno da vontade não é originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado em prol de finalidades heterônomas.<sup>78</sup>

Por outro lado, o artigo 425 é um desdobramento da nova concepção do princípio da autonomia da vontade ao permitir que as partes estipulem contratos atípicos, desde que sejam observadas as normas gerais impostas pela legislação, como função social, boa-fé objetiva, igualdade substancial, dentre outras. O conteúdo do contrato, mesmo atípico, passará por um controle de merecimento. Será digno e merecedor de tutela o contrato cujo conteúdo for compatível com estes novos valores sociais constitucionais.

Na I Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 23, segundo o qual “a função social do contrato, prevista no artigo 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

A introdução de novos princípios à teoria contratual, a funcionalização dos negócios jurídicos em geral e do contrato em particular, a necessidade do contrato cumprir uma função econômica, social e coletiva, alteram sobremaneira a concepção da autonomia da vontade, para reduzir o poder de regulação dos interesses, o que, ao contrário do que se pensa, valoriza as relações privadas que passam a se conformar a estes valores sociais constitucionais que são a base da República.

#### **4.1.2. Obrigatoriedade (*Pacta Sunt Servanda*)**

O princípio da obrigatoriedade surgiu da necessidade de garantir aos indivíduos em suas relações privadas a mais ampla liberdade de contratar, tendo seu apogeu no liberalismo (Estado Liberal) consolidado com a Revolução Francesa e o Código Civil Napoleônico de 1804.

Segundo tal princípio, o contrato, formado pela exteriorização de vontades de pessoas livres, se torna obrigatório. O conteúdo do contrato passa a ser intangível. Entretanto, essa concepção de “obrigatoriedade” suportou

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 135.

consideráveis mutações através dos tempos, principalmente quando se compara o caráter deste princípio no Estado Liberal do século XIX, com a sua nova roupagem assumida no início do século XX até a consolidação de um Estado Social no final do século passado.

No Estado Liberal, como forma de preservar a vontade livremente manifestada pelas partes em determinado contrato, ou melhor, para garantir o reinado da autonomia da vontade, era preciso um exército de respeito. E o princípio da obrigatoriedade cumpriu bem esse papel de “exército” do rei “autonomia da vontade”. De nada adiantava garantir autonomia às convenções privadas se não fosse conferido a estas o caráter de obrigatoriedade. No liberalismo, essa obrigatoriedade chegou ao extremo de equipar as obrigações assumidas em um contrato ou convenção à legislação. É a clássica ideia de que “o contrato faz lei entre as partes”. O objetivo era claro: conferir segurança jurídica às relações privadas, em especial aos contratos, os quais, após a formação, não poderiam suportar alterações em seu conteúdo. Essa imutabilidade do conteúdo de um contrato conferia força aos pactos, como se os sujeitos criassem um ordenamento jurídico individualizado para disciplinar aquela relação.

Não é por acaso que o artigo 1134<sup>79</sup> do Código Civil Francês, impregnado dos ideais liberais da Revolução Francesa, preceitua que as convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes.

Com bem ressalta ORLANDO GOMES<sup>80</sup>,

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

O contrato se torna intangível e irretroatável, sendo a pedra angular da segurança do comércio jurídico. Sua justificativa, portanto, seria a decorrência do princípio da autonomia da vontade, uma vez que qualquer intervenção do estado Juiz na liberdade de contratar violaria a ideia de autonomia da vontade.

---

<sup>79</sup> Artigo 1134 do CCF: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*”.

<sup>80</sup> GOMES, Orlando, *Contratos*, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 38.

No mesmo sentido, como enuncia CAIO MÁRIO<sup>81</sup>, o princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

A concepção de que o princípio da obrigatoriedade leva à intangibilidade do conteúdo do contrato; que impede a alteração do conteúdo do pacto mesmo pela superveniência de acontecimentos determinantes para a ruptura do equilíbrio das prestações; e de que o contrato faz lei entre as partes, é contemporânea ao liberalismo. Da forma como ressaltado pelos mestres, o princípio da obrigatoriedade tem essa conotação no Estado Liberal. Salvo em situações excepcionais e extremas, o acordo de vontade, no liberalismo, era irreatável, a pretexto de se garantir a plena autonomia da vontade (liberdade dos cidadãos) e a tal almejada segurança jurídica.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o princípio da obrigatoriedade, pouco a pouco, perde o seu rigor e passa a se adaptar ao novo contexto social, econômico e cultural em que o contrato é inserido.

Os contratos, na atualidade, também possuem força obrigatória. As obrigações contratuais devem ser cumpridas por aqueles sujeitos que, livremente ou não, resolvem se vincular a outro sujeito ou ao Estado por meio de um contrato. Jamais se pregou a eliminação deste princípio salutar para as relações privadas.

Entretanto, assim como outros princípios clássicos, o princípio da obrigatoriedade, desde o início do século XX, com o fracasso do liberalismo pregado e exaltado pelos revolucionários franceses, passou a ter uma nova conformação, um novo caráter, outra finalidade e fundamento substancialmente diverso daquele que o caracteriza no liberalismo. Se no liberalismo o contrato era obrigatório porque decorrente de declarações de vontades emanadas de pessoas livres, no Estado Social o contrato será obrigatório porque é

---

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 15.

concretamente justo sob o ponto de vista dos contratantes e da sociedade de uma maneira geral.

Essa é a questão principal. O princípio é exatamente o mesmo. O que altera é a sua concepção e conformação. Agora, para que um contrato seja obrigatório, é essencial que o pacto não apenas decorra de vontades livremente manifestadas, mas, principalmente, que esteja conformado aos valores sociais constitucionais que se tornaram paradigmas das relações privadas, como a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial. Tais valores transportam para o conteúdo do contrato a ideia de justiça social. O dogma da vontade é substituído pelo valor da justiça contratual. O princípio da obrigatoriedade foi relativizado por princípios contemporâneos como a função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual, bem como por novos valores que fundamentam as relações privadas extraídos diretamente do texto constitucional.

O estopim para essa nova concepção do princípio da obrigatoriedade do contrato foi a Primeira Guerra Mundial<sup>82</sup>, quando se verificou a necessidade do Estado intervir nas relações privadas. Os preços se tornaram excessivamente onerosos com a guerra e o princípio da obrigatoriedade passou a ser um obstáculo para se ajustar os contratos a este novo cenário econômico. Em razão disso, houve a percepção generalizada de que o princípio da obrigatoriedade tinha de ser relativizado e essa relativização gradual ainda não fechou o seu ciclo. O contrato está em constante mutação e deve ser adaptado ao contexto social, econômico, legal, cultural e até internacional em que ele está inserido.

Por tudo isso, corretos estão ROSENVALD e CHAVES, quando argumentam que uma das tarefas da doutrina civilista consiste em remodelar as bases da força obrigatória dos contratos. Conciliar o novo com o velho; reformar sem destruir, compreendendo que, à luz do fenômeno da funcionalização da autonomia negocial às exigências constitucionais, o contrato será um projeto edificado por três atores: as partes, o legislador e o

---

<sup>82</sup> Na França, os contratos se tornaram onerosos com a deflagração do primeiro conflito mundial. A lei FAILLIOT, de 21 de maio de 1918, permitiu a revisão de contratos mercantis antes de 1 de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, em razão do estado de guerra.

magistrado. Preserva-se a vinculatividade do contrato mediante a conciliação do útil e do justo. O útil, representando o interesse econômico dos contratantes, e o justo, simbolizando o interesse do ordenamento jurídico em que o negócio jurídico produza positiva repercussão social.<sup>83</sup>

A palavra empenhada não é mais irreversível. O contrato tem força obrigatória, desde que esteja conformado com os novos valores sociais constitucionais e com os princípios contemporâneos da teoria contratual, que conferem ao princípio da força vinculante dos contratos um novo caráter ou uma nova concepção. O fundamento da obrigatoriedade deixa de ser a vontade e a lei (de acordo com os positivistas) para ser a justiça contratual, que torna o pacto um processo dinâmico, funcional, complexo, onde as partes, de forma cooperativa, agregam ao conteúdo do contrato um significado de justiça e utilidade.

O princípio se mantém incólume no novo cenário inaugurado pelo Estado Social. Entretanto, sua concepção, delineamentos, condicionamentos, caráter, fundamento e finalidade, suportam uma brusca alteração, conferindo ao princípio da obrigatoriedade uma nova roupagem à luz dos valores e princípios sociais constitucionais.

#### **4.1.3. Relatividade dos contratos**

O princípio da relatividade, em termos clássicos, também é uma decorrência da concepção individualista e egoísta que fundamentou as relações jurídicas privadas durante o Estado Liberal.

Segundo este princípio, o contrato apenas gera efeitos jurídicos obrigacionais aos contratantes, não podendo prejudicar ou beneficiar terceiros que não integraram a relação jurídica contratual. Portanto, no modelo liberal de contrato, o princípio da relatividade foi forjado para se garantir que a relação entre os contratantes não suportasse os influxos de questões externas ao contrato e impedisse que o contrato transcendesse o pacto entre os sujeitos para repercutir na coletividade. O contrato, naquela concepção clássica, era uma relação jurídica enclausurada, que interessava apenas aos contratantes.

---

<sup>83</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 148.

O significado social, a utilidade e a finalidade eram de restrito interesse dos contratantes. Tudo isso estava afinado com os ideais individualistas e patrimonialistas do século XIX.

Da mesma forma que os seus coirmãos, o princípio da relatividade sucumbiu diante dos novos valores sociais e princípios que fundamentam a teoria contratual contemporânea. Não há dúvida de que o contrato tem eficácia interna, ou seja, os efeitos jurídicos obrigacionais de um contrato repercutem na esfera jurídica dos contratantes.

No entanto, para que o contrato tenha tutela estatal, é essencial que tenha um significado social, uma função social e uma utilidade coletiva. Não basta que os interesses econômicos dos contratantes sejam preservados. É essencial que o contrato não repercuta, de forma negativa, na coletividade. Isso significa que os efeitos de qualquer contrato transcendem a relação interna para atingir a coletividade. O contrato deve ser útil para as partes, mas principalmente útil para a coletividade. A funcionalização do contrato, o caráter de interatividade com a coletividade e a transcendência dos efeitos acabaram por mitigar, e muito, o princípio da relatividade. O responsável por esta revolução em relação ao princípio da relatividade é o princípio da função social dos contratos que, como uma das principais contribuições para a teoria contratual, confere a todo o contrato uma eficácia externa. O contrato deixa de ser um instrumento individual de circulação de riquezas para ser instrumento de promoção e tutela da pessoa humana, que interessa a toda a coletividade.

Como ressalta CARLOS ROBERTO GONÇALVES<sup>84</sup>, a visão individualista do contrato foi superada pelo CC de 2002, que não concebe mais o contrato como instrumento de satisfação de interesses pessoais dos contraentes, mas lhe reconhece uma função social. Tal fato tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem por ele atingidos de maneira direta e indireta. A nova concepção da função social representa um abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do

---

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Esquematizado, Parte Geral, Obrigações e Contratos*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 698.

contrato, tendo em vista que este tem o seu espectro público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratantes.

Sobre essa relativização do princípio da relatividade, é pertinente o Enunciado nº 23 da Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF: “A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo CC, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

#### **4.1.4. Princípio do Consensualismo**

O consensualismo não pode ser considerado propriamente um princípio, mas um modelo para que o contrato se forme ou se aperfeiçoe. Pelo denominado “princípio” do consenso, o acordo de duas ou mais vontades é suficiente para o aperfeiçoamento e a formação de um contrato. Basta o consenso, a justaposição ou declarações convergentes de vontade para que tenha formado um contrato.

Na antiga Roma, a vontade, por si só, não era suficiente para a formação de um contrato. A força jurídica dos contratos decorria da observância das formalidades exigidas pelas leis romanas e não necessariamente e apenas da vontade. No direito antigo a vontade era secundária na formação dos contratos. A não observância das formalidades ou de certa materialidade levava à inexistência jurídica do contrato. Na Idade Média, em razão da contribuição do direito canônico, por influência do Cristianismo e da Escola de Direito Natural, as formalidades foram, pouco a pouco, cedendo espaço para a ideia consensualista. O apogeu do “princípio” se deu na segunda metade do século XVIII e século XIX, com a consolidação do liberalismo, que tinha como dogma a primazia da vontade nas relações jurídicas privadas.

O contrato, no liberalismo, se formava pelo mero consenso. Essa concepção do contrato consensual como modelo no Estado Liberal era apenas um desdobramento da valorização da vontade, com a exaltação de princípios que giravam em torno deste dogma, como a autonomia da vontade, o princípio da obrigatoriedade e a relatividade. O contrato consensual generaliza a ideia

de que qualquer ajuste, como decorrência do acordo de vontades, tem força cogente. O consenso é suficiente para obrigar os contratantes. Tal ideia reforçava o princípio da autonomia da vontade e atendia aos interesses políticos daqueles que defendiam a não interferência do Estado nas relações entre particulares.

Estes princípios clássicos, pautados no dogma da vontade, sustentam a tese da inexigibilidade da promessa de doação. Com o fim do liberalismo e a imposição de deveres de prestação ao Estado, foi construída uma nova teoria contratual, fundada em valores sociais constitucionais, fato que torna possível o reconhecimento de direitos fundamentais ao promissário donatário, para fins de exigibilidade da promessa de doação.

#### **4.2. Princípios Contemporâneos (Função Social dos Contratos e Boa-Fé Objetiva – Tutela da confiança)**

➤ Contrato e o Princípio da Função Social:

O princípio da função social sempre esteve vinculado à teoria geral dos contratos. Em Roma, na Idade Média, no Estado Liberal e no estágio inicial do estado Social, a função social era inerente a qualquer contrato. Não há novidade em relação a isso. No entanto, em cada período da história, essa função social gozava de características próprias. A função social do contrato no Estado Liberal não é a mesma função social do contrato no Estado Social.

A função social do contrato, em si considerada, suportou lenta evolução, mutação e transformação ao longo da história. No liberalismo, por exemplo, a função social do contrato estava relacionada à circulação de riquezas, porque o contrato era instrumento de desenvolvimento econômico. Sua finalidade era a tutela de questões patrimoniais.

No Estado intervencionista, com deveres de prestação, essa função social muda de caráter. Para ter função social, o contrato deve se ajustar aos valores constitucionais voltados para a tutela e proteção do ser humano. As questões existenciais passam a preponderar sobre situações de caráter patrimonial, embora o contrato ainda seja um instrumento relevante de circulação de riquezas.

O fato é um só: o contrato somente terá tutela estatal se ostentar a função social adaptada aos valores constitucionais que fundamentam o Estado e dão suporte à sociedade contemporânea (dignidade da pessoa humana, solidariedade das relações e igualdade substancial). Os contratos devem regular interesses que tenham utilidade para os contratantes, mas também para a coletividade de um modo geral. É a denominada utilidade pública ou social (sob o aspecto coletivo) do contrato.

Essa função social é que confere legitimidade a um contrato. Contrato desprovido de utilidade ou função social não tem eficácia. Com a perda do caráter individualista, o contrato, em razão deste novo caráter da função social, deverá interagir com a coletividade, uma vez que seus efeitos transcendem a relação jurídica material entre os contratantes para repercutir na esfera jurídica de terceiros alheios e que não integram aquele pacto.

Esse contrato “interativo” e “de efeitos transcendentais” confere a esse negócio jurídico uma nova perspectiva, pois tal função social valorizará as relações privadas e os interesses da sociedade como um todo. Deixa-se de lado o paradigma estruturalista do contrato para se reconhecer o paradigma funcionalista.

A principal característica da atual função social do contrato está vinculada ao seu objetivo principal: o resguardo e a tutela de situações existenciais, principalmente quando o contrato for essencial para a satisfação de necessidades existenciais (paradigma da essencialidade<sup>85</sup>).

O contrato, para atingir esta tão almejada função social exigida pelo Estado, entre outras finalidades, deverá servir de instrumento para a tutela da pessoa humana, em função dos valores constitucionais que fundamentam a nova teoria contratual.

O artigo 170 da Constituição Federal, o qual disciplina a ordem econômica e eleva o contrato para um novo status, dispõe que a finalidade das relações econômicas é assegurar a todos sujeitos uma vida digna, de acordo

---

<sup>85</sup> Paradigma da essencialidade: No confronto entre princípios clássicos e contemporâneos, quanto mais essencial é o contrato para a satisfação de necessidades existenciais, mais deve se aproximar dos princípios modernos, como função social, boa-fé objetiva e equivalência material.

com os ditames da justiça social. A segurança jurídica tão exaltada pelos burgueses durante o liberalismo cede espaço para a ideia de justiça contratual. Este é o objetivo que o contrato deve buscar.

Portanto, a noção de “função social” deve ser extraída dos valores constitucionais que conferem ao contrato legitimidade, por representar o seu fundamento.

O contrato deve aproximar as pessoas, pois é um acordo de interesses convergentes, onde os contratantes são parceiros e não adversários. É por meio do contrato que os princípios sociais constitucionais serão viabilizados e concretizados nas relações intersubjetivas. No contrato preliminar de doação, a função social impõe que este tenha uma causa. Essa causa ou finalidade é a concretização do futuro contrato de doação, que poderá ser exigida caso haja recusa do promitente doador em efetivar a transferência de bens prometida. A razão ou o motivo que leva o sujeito a formalizar a promessa é cumpri-la no futuro, sob pena do contrato preliminar ser uma declaração “vazia”, desprovida de significado social, fato que contraria esta principiologia contratual.

Sobre a questão da causa, como ressalta ROSENVALD<sup>86</sup>, “a função social se converte na própria *ratio* de qualquer ato de autonomia privada, não mais como um limite externo e restritivo à liberdade do particular, mas como limite interno hábil a qualificar a disciplina da relação negocial a partir da investigação das finalidades empreendidas pelos parceiros por meio do contrato”. No contrato preliminar de doação, nas pegadas do princípio da função social, a razão do ato de autonomia privada é a efetivação do contrato definitivo. A razão e o fundamento do contrato preliminar de doação, na perspectiva deste princípio, é a consumação desta liberalidade.

Não há dúvida de que ninguém é obrigado a realizar liberalidades. Todavia, a partir do momento em que o promitente doador exterioriza uma vontade destinada a celebrar um futuro contrato de doação, essa passa a ser a finalidade social e a única função do contrato preliminar. Se lhe fosse negada exigibilidade, estaria a se recusar a própria existência deste tipo de promessa, a qual só tem sentido se o futuro contrato de doação for concretizado. A única

---

<sup>86</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 207.

função ou finalidade de qualquer contrato preliminar é viabilizar a consumação do contrato definitivo. Essa é a sua causa ou a sua função social, razão de existência. Se for retirada a exigibilidade da promessa, estaria por se admitir um contrato desprovido de qualquer valor social e efeito jurídico, o que é inadmissível no sistema atual.

A função social passa a ser considerada um valor inerente a todo o contrato, que decorre de princípios caros para a sustentação da República e da sociedade, como a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial.

O mundo moderno é o do contrato, o que torna ainda mais relevante o estudo e a compreensão do princípio da função social. É o contrato que impulsiona a vida social e, com o desenvolvimento das atividades sociais, a função social do contrato ampliou-se.

Segundo CAIO MÁRIO<sup>87</sup>, “além da função econômica, o contrato tem uma função educativa, pois, aproxima os homens e abate as diferenças – dois indivíduos que contratam, ainda que não se estimem, respeitam-se”. Em matéria contratual, em decorrência das características do princípio da função social, o interesse da coletividade passa a preponderar sobre situações estritamente individuais.

O Código Civil, no artigo 421, de forma vaga e imprecisa, disciplina a função social do contrato:

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Trata-se de uma cláusula geral, pois não há definição sobre esta função social. Por isso, o intérprete deverá integrar o conteúdo desta norma com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, de acordo com o contexto social, a complexidade do contrato e os sujeitos nele envolvidos. Após esta atividade integrativa, o intérprete deverá conferir ao caso concreto a decisão que reputar mais justa. Essa cláusula geral concretiza a ideia de operabilidade que inspirou os idealizadores do atual Código Civil. O CC está impregnado de

---

<sup>87</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p. 11.

cláusulas gerais, algumas delas verdadeiros princípios, como é o caso da função social dos contratos.

O intérprete preencherá com valores sociais e pessoais o que abstratamente está previsto nestas cláusulas gerais. Embora tenha caráter instrumentalizador, constitui uma norma jurídica e fonte criadora de direitos e de obrigações. Em algumas hipóteses, tais normas são verdadeiros princípios de direito, como neste caso.

É perfeita a observação de CHAVES e ROSENVALD<sup>88</sup>:

A função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. O perfil estrutural e neutro do negócio jurídico restringia-se a questionar quem seriam os contratantes (identificação das partes) e o que postulavam com o contrato (identificação do objeto). O atendimento às regras de capacidade dos intervenientes, a licitude e a possibilidade da prestação eram os únicos fatos justificadores da juridicidade da relação obrigacional. Não se questionava as razões do negócio jurídico, o porquê, ou para que. Enfim, a dogmática civil clássica é anticausalista.

O contrato agora é um instrumento que concretiza finalidades eleitas pela coletividade, razão pela qual a função social passa a ser a sua causa de justificação.

A redação do artigo 421 do Código Civil é passível de críticas. A liberdade de contratar é livre, mas a liberdade contratual ou do conteúdo do contrato é limitada porque deve estar ajustada à observância desta função social.

➤ A função social como causa do contrato.

A causa está relacionada à função que define o contrato. A causa, se corresponder com os valores sociais constitucionais, dá legitimidade e juridicidade ao contrato.

A expressão “em razão”, contida na norma, significa que a função social é a justificativa, o fundamento e a própria razão mesma do contrato. Sem função social não há contrato legítimo.

---

<sup>88</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 207.

Nas palavras precisas de NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES<sup>89</sup>, o artigo 421 não coíbe a liberdade de contratar, mas legitima a liberdade contratual: “A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional”. Na promessa de doação, a liberdade de contratar é materializada no momento exato da exteriorização da vontade dos contratantes e a razão única da promessa passa a ser a necessária e obrigatória transferência do patrimônio prometido, ou seja, o contrato definitivo de doação.

Os negócios jurídicos devem ser causais, ou seja, cumpridores de uma função social eleita pelas partes e tutelada pelo ordenamento jurídico.

➤ Função Social e os limites à autonomia privada.

Além disso, o artigo 421 faz referência “aos limites” da função social. O que isso significa? A função social não só fundamenta o conteúdo do contrato, sua estrutura e objetivos, como também impõe limites ao princípio da autonomia privada<sup>90</sup>.

A autonomia privada confere às partes o poder de regular seus próprios interesses. Esse poder é restringido pelo princípio da função social. Essa limitação de poder tem um sentido negativo e positivo. Para que o contrato atinja a sua necessária função social, em razão dos valores constitucionais que fundamentam (e justificam) atualmente esse princípio, os contratantes devem abster-se de inserir no contrato cláusulas que violem aqueles valores (limite negativo – exemplo disso é a cláusula em contratos de assistência à saúde que restringe a internação do paciente em UTI), bem como incluir no pacto cláusulas essenciais para que o contrato possa atingir a sua necessária função social (limites positivos – no contrato de assistência à saúde, por exemplo, deve ser garantido ao paciente o mais pleno tratamento para que possa ter uma vida digna).

---

<sup>89</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>90</sup> Autonomia privada: Poder de autodeterminação – espaço livre que o ordenamento jurídico deixa ao poder jurídico dos particulares.

Portanto, a função social repercute no conteúdo do contrato com exigências negativas e positivas: não fazer algo ou fazer algo para que o contrato consiga atingir esta função social. E atingirá quando o contrato preservar os valores constitucionais: dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial (fundamentos do contrato contemporâneo).

A função social nada mais é do que um princípio contratual que impõe a adequação de qualquer contrato ou a sujeição do mesmo aos valores sociais constitucionais atuais. No caso concreto, caberá verificar se o contrato é compatível com os referidos valores sociais. É uma cláusula geral que o intérprete deve concretizar de acordo com cada situação jurídica específica. E, por óbvio, essa função social variará conforme a essencialidade do contrato para a satisfação das necessidades existenciais do contratante.

Segundo o mestre CAIO MÁRIO<sup>91</sup>:

A função social serve para limitar a autonomia privada quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social. Devem prevalecer princípios condizentes com a ordem pública. Dentro desta concepção, o CC permite a rescisão do contrato lesivo, a redução da CP excessiva, a anulação do NJ celebrado em estado de perigo, a resolução pela onerosidade excessiva, etc.

A função social do contrato renova e valoriza o princípio da autonomia privada, porque conforma o pacto aos valores constitucionais que orientam a teoria geral dos contratos (dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial). Por isso, no âmbito da promessa de doação, haverá a necessária ponderação entre a liberdade do promitente doador em efetivar a doação e o direito fundamental à tutela da confiança do promissário donatário. Este poderá invocar o seu direito fundamental à tutela da confiança para exigir a consumação da promessa, uma vez que a autonomia privada da outra parte está conformada a valores sociais previstos na Constituição, que impõem uma releitura do contrato, transformando este num pacto de cooperação.

O sujeito possui uma vontade livre para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar. O princípio da autonomia da vontade, que consiste na faculdade de contratar quando, como e com que

---

<sup>91</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 11.

quiser, encontram os seus limites nas leis de ordem pública e nos bons costumes. Busca-se um contrato que tenha função social atinente à dignidade da pessoa e à redução das desigualdades materiais.

A socialidade do Código Civil de 2002 impede a prevalência de interesses individuais sobre coletivos. A função social exige que os acordos de vontades guardem sintonia com os interesses da coletividade<sup>92</sup>.

Para ter função social o contrato não pode violar a dignidade dos contratantes, deve sempre reduzir as eventuais desigualdades materiais (ser economicamente equilibrado) e deve buscar uma relação de mútua cooperação (solidariedade – um bom exemplo é o princípio do adimplemento substancial). O contrato não é mais visto sob um prisma individualista. É, efetivamente, uma relação de cooperação.

O regime da livre iniciativa está subordinado à função social do contrato – a função social é fundamento da ordem econômica. A socialidade impede a prevalência de direitos individuais sobre coletivos. O contrato deve ser útil para os contratantes, mas principalmente útil para a coletividade.

➤ Função social e relação com os princípios clássicos.

O princípio da função social não elimina, mas mitiga ou reduz o alcance dos princípios contratuais clássicos. Em relação à autonomia da vontade, essa implica a liberdade de contratar. Tal concepção foi substituída pela autonomia privada, que consiste na liberdade contratual ou no poder de estabelecer o conteúdo do contrato. Em razão dos limites positivos e negativos impostos pelo princípio da função social, a autonomia privada ou poder de regulação passa a se subordinar aos valores constitucionais já assinalados, sempre na busca de resguardar situações existenciais da pessoa humana.

Em relação ao princípio da obrigatoriedade, a função social quebra a ideia de intangibilidade e imutabilidade que sempre o norteou. O contrato é obrigatório e deve ser cumprido, desde que não viole a dignidade dos contratantes e de terceiros a ele alheios, desde que as partes tenham um comportamento ético durante todo o processo contratual, desde que não se caracterize qualquer dos defeitos do negócio jurídico, desde que não haja

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 12.

desequilíbrio econômico da relação por fatos supervenientes à formação, desde que não caracterize onerosidade excessiva, dentre muitas outras condições. O contrato é obrigatório apenas se o seu conteúdo estiver afinado com os princípios constitucionais que o fundamentam.

No entanto, como bem ponderou TERESA NEGREIROS<sup>93</sup>, deve haver um equilíbrio e harmonia entre os princípios clássicos e contemporâneos. A devida ponderação e a prevalência de uns sobre os outros deve ter como paradigma a essencialidade ou não do contrato para a satisfação das necessidades existenciais do contratante. Se houver tal necessidade, o contrato será essencial e, por conta disso, se aproximará dos princípios modernos, como função social, boa-fé objetiva e equivalência material. Se não existir tal necessidade, o contrato se aproximará dos princípios clássicos.

Por fim, na relação com o princípio da relatividade, verifica-se a maior transformação provocada pelo princípio da função social.

Neste momento, deve ser ressaltada a eficácia interna e externa dos contratos em decorrência da interatividade entre os princípios da função social e relatividade. No liberalismo, a relatividade dos contratos significava que este somente gerava efeitos entre os contratantes, ou seja, não prejudicava e tampouco beneficiava terceiros não participantes da relação contratual. Era a denominada eficácia interna.

Por conta da função social, terceiros, que não sejam propriamente partes do contrato, podem nele influir, porque o contrato é visto como fator de alteração da realidade social, não sendo mais restrito ao interesse exclusivo dos contratantes. Com isso, torna-se relativo o princípio da relatividade dos contratos.

A função social desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia privada. Ao contrário disso, a atividade dos contratantes é controlada por preceitos de ordem pública.

---

<sup>93</sup> NEGREIROS, Teresa, *Teoria Geral do Contrato*, Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61.

Com o princípio da função social, aquela eficácia interna foi reforçada e, mais importante do que isso, o contrato passou a ostentar uma eficácia externa ou transcendente. O contrato passou a gerar efeitos na esfera jurídica de terceiros alheios à relação contratual, ou seja, terceiros que não integraram a relação jurídica base.

A função social torna o contrato “interativo”, pois tal negócio jurídico interage com a coletividade de um modo geral. Por esta razão, se o contrato entre dois sujeitos violar interesses coletivos, os interesses econômicos individualizados serão sacrificados para salvaguardar o interesse público. Em matéria contratual, o interesse público sempre prevalecerá sobre interesses econômicos individualizados.

A partir desta eficácia externa, os interesses privados de terceiros não integrantes da relação contratual estarão assegurados caso aquele contrato venha a repercutir negativamente na esfera jurídica dos mesmos. A revolução provocada pela função social no aspecto relacionado aos efeitos transcendentais pode ser visualizada em várias situações a seguir exemplificadas. A tutela do direito subjetivo de terceiros alheios ao contrato, em decorrência desta eficácia externa, é denominada “tutela externa do crédito” ou tutela do direito subjetivo (crédito) de sujeito que não integra o contrato (externo), mas que vê o seu direito violado pelo contrato.

O princípio da relatividade dos contratos não pode mais ser elevado à condição de dogma. Dogmas são verdades incontestáveis, e se sabe que o direito é instrumento transformador que atua com apoio na experiência, não tolerando posições imutáveis. A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato.<sup>94</sup>

Em razão da reconstrução do sistema contratual, a vontade não é mais fonte exclusiva de um contrato. Em síntese, a função social do contrato busca a equidade, boa-fé e segurança das relações contratuais e faz sentir-se pela

---

<sup>94</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 215.

mudança de paradigmas, retratados agora em valores sociais constitucionais que impõem uma mudança de postura nas relações privadas.

- Princípio da Boa-Fé Objetiva e Tutela da confiança como direito fundamental.

A confiança foi elevada à categoria de direito fundamental nas relações privadas em decorrência do princípio da boa-fé objetiva. Em qualquer ato ou negócio jurídico, em geral, e no contrato, em particular, a confiança extraída do comportamento ou da conduta de um dos sujeitos é digna de tutela. A confiança é uma crença efetiva no comportamento alheio. A boa-fé é o seu fundamento.

A boa-fé objetiva pressupõe uma relação jurídica capaz de vincular duas ou mais pessoas e, como uma de suas principais funções, impõe mútuo dever de conduta ou padrão de comportamento compatível com o ato ou negócio a ser levado a efeito. A conduta do sujeito, em qualquer negócio ou ato jurídico, cria expectativa e gera confiança, que se torna um direito fundamental a ser incorporado na esfera jurídica daquele que confia no comportamento alheio.

Nas relações privadas a boa-fé objetiva assumiu a condição de valor supremo, fundado no princípio da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Em razão deste princípio, se impõe aos sujeitos uma conduta proba, honesta e correta, de modo a não frustrar a confiança alheia neste comportamento. Ao contrário da boa-fé subjetiva, relacionada a fatores psicológicos, a boa-fé objetiva se refere a elementos externos, ao comportamento e a padrões de conduta que criam expectativas na parte contrária.

Como o princípio da solidariedade social exige e impõe um comportamento ético em toda e qualquer relação jurídica, em especial naquelas de natureza privada, a boa-fé objetiva se transforma numa verdadeira norma de comportamento, um meta-princípio, que transforma a confiança que a conduta gera em direito fundamental que pode ser invocado na relação privada de natureza contratual (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

O comportamento das partes no momento da contratação, devido aos efeitos sociais e econômicos desta, ganha relevo e serve como fundamento de validade para os vínculos obrigacionais. O princípio da boa-fé objetiva surge como corolário da proteção à dignidade da pessoa humana e serve como parâmetro para verificar se o pacto é apto a atender às legítimas expectativas daqueles que contratam, tendo como fundamentos os princípios constitucionais orientadores das relações privadas. Isso proporciona a efetividade dos direitos fundamentais no momento da contratação. Segundo TERESA NEGREIRO<sup>95</sup>:

A inserção do princípio da boa-fé neste contexto de transformação do direito dos contratos é indispensável na medida em que sua implicação importa, para usar a linguagem corrente – adiante questionada – numa limitação à autonomia privada, seja no âmbito das restrições legislativas elaboradas com fundamento no princípio, seja, sobretudo, e de forma imediata, através da atuação judicial que, com base na boa-fé objetiva, impõe deveres às partes contratantes em franca desconsideração pela vontade manifestada por uma ou, até mesmo, ambas as partes.

A boa-fé significa, de acordo com a concepção solidária da nova teoria contratual, uma atuação refletida, onde o outro parceiro é respeitado em suas expectativas, direitos e interesses legítimos. Tal princípio leva à interpretação de qualquer obrigação à luz das legítimas expectativas das partes. Enfim, a boa-fé objetiva, cláusula geral de observância obrigatória, torna a confiança um direito fundamental. Tal dever de conduta e comportamento, leal e honesto, capazes de gerar um direito fundamental, está expresso no artigo 422<sup>96</sup> do atual Código Civil.

Dentre os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, o principal deles é o de cooperação. Diante do que já foi exposto, é perfeitamente possível interpretar o princípio da boa-fé objetiva a partir de uma perspectiva constitucional, pois a cláusula geral da boa-fé tem assento nos valores constitucionais da dignidade e solidariedade. O princípio da boa-fé objetiva é resultado da releitura do direito civil, agora sob uma perspectiva constitucional, o que leva, necessariamente, à proteção das partes durante o vínculo contratual. E, neste ponto, por impor deveres de conduta às partes, é certo que quando alguém realiza certo ato ou manifesta a sua vontade no sentido de

---

<sup>95</sup> NEGREIROS, Teresa, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 187.

<sup>96</sup> Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

contratar, o faz confiando na sinceridade do outro. Nesta perspectiva, o promissário donatário confia na sinceridade da vontade manifestada pelo promitente doador por ocasião da formação deste contrato preliminar e, em razão disso, nasce uma expectativa legítima elevada à condição de direito fundamental, capaz de ser oposta em qualquer relação privada, em especial no contrato preliminar de doação, para exigir do promitente o cumprimento da palavra empenhada. Essa confiança e expectativa devem ser tuteladas.

A proteção da confiança, categoria especial de direito fundamental, é essencial para a credibilidade e a plena efetividade das relações privadas. A confiança é norteadada pelos valores mais caros da República, dignidade da pessoa humana e solidariedade social.

A relevância da confiança como uma necessidade da sociedade e do próprio Estado é retratada de forma perfeita por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO<sup>97</sup>:

Em termos interpessoais, a confiança instalada aloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles econômicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem à aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança e, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato.

Essa confiança ou legítima expectativa gerada no promissário donatário, em decorrência do comportamento do promitente doador no momento da exteriorização da vontade, como direito fundamental, pode ser invocada por aquele nesta relação privada para sua plena exigibilidade.

---

<sup>97</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005, t.1., p. 414.

## 5. TEORIA DO CONTRATO PRELIMINAR

### 5.1. Introdução e Considerações Preliminares

O contrato preliminar foi positivado no Código Civil de 2002, merecendo disciplina jurídica própria na seção VIII, do capítulo I, do título IV, a qual está incluída nas disposições gerais sobre os contratos (teoria geral dos contratos), sendo objeto dos artigos 462 a 466 da lei civil atual.

Os legisladores “liberais”, responsáveis pela elaboração do Código Civil de 1916, simplesmente não tinham qualquer apreço por esta modalidade de contrato. As razões eram várias, inclusive de ordem política e cultural, mas as principais estavam relacionadas a questões jurídicas. Não eram poucas as divergências doutrinárias existentes à época, relacionadas à admissibilidade, natureza jurídica, caracterização e efeitos do denominado “contrato preliminar”, que os antigos simplesmente denominavam de “promessa” ou “pacto preliminar”.

O atual Código Civil rompe com barreiras históricas relacionadas ao contrato preliminar ao discipliná-lo em seu texto sob o manto de uma teoria geral. Essa talvez seja a maior revolução da legislação na seara do contrato preliminar. A generalização do instituto para todos os tipos de contrato evidencia a relevância das promessas de contrato para uma sociedade dinâmica, plural, solidária, cooperativa e, ainda, valoriza este “tipo” de contrato, que não mais se restringe às promessas clássicas, como a promessa de compra e venda e a promessa de doação (a primeira, objeto de disciplina em leis especiais e a segunda, reconhecida pela doutrina e jurisprudência como um subtipo de contrato preliminar).

O fato é que, ao trabalhar com uma “teoria geral sobre contrato preliminar”, haverá a necessidade de ser adotada uma nova postura na interpretação deste novo modelo, que possui regras e efeitos jurídicos próprios, capaz de individualizá-lo no contexto contratual atual.

Antes mesmo da incorporação da teoria geral sobre contrato preliminar pelo novo Código Civil, este tipo ou modelo de contrato já era uma realidade

jurídica consolidada, em razão de leis específicas que disciplinavam a promessa de compra e venda, cujo instrumento se disseminou na sociedade.

Portanto, o contrato preliminar, como norma jurídica positivada, não aparece em nosso ordenamento jurídico, pela primeira vez, por meio da legislação civil de 2002 (Código Civil). O Decreto lei n. 58/1937 e a lei federal n. 6.799/79 já faziam referência ao compromisso ou pré-contrato, variações terminológicas do contrato preliminar. Entretanto, tais fontes normativas limitavam o “contrato preliminar” a um tipo de promessa: a promessa de compra e venda. Além disso, mesmo no âmbito da promessa de compra e venda, não havia uma teoria geral sobre o contrato preliminar de compra e venda, mas apenas a admissão pura e simples deste tipo de contrato.

Desta forma, o Código Civil de 2002, embora não tenha inovado na positivação de contratos preliminares ou promessas de contrato, contribuiu, de forma decisiva, para a construção de uma “teoria geral do contrato preliminar”, ao estabelecer regras gerais sobre o contrato preliminar, com requisitos e pressupostos, além de disciplinar os efeitos jurídicos e as modalidades (bilateral e unilateral) deste novo modelo contratual.

E, o mais importante, como já ressaltado: o Código Civil transcendeu a promessa de compra e venda, para admitir a promessa de qualquer contrato. É óbvio que a maioria das relações privadas, pelo próprio dinamismo social, dispensará uma prévia promessa. O contrato a ser celebrado já será o definitivo. Entretanto, há contratos que demandam uma análise mais apurada, um conhecimento técnico específico, pesquisas e investimentos. Em que pese o pragmatismo do legislador neste tema, é fácil perceber a ausência de estudos científicos para sustentar algumas disposições legais inovadoras, bem como a repercussão negativa que esta “teoria geral” poderá acarretar em outras classificações clássicas<sup>98</sup>, como adiante será analisado.

O estabelecimento de normas gerais sobre qualquer contrato preliminar é a novidade a ser ressaltada na lei civil. Ao estabelecer tais normas, o Código Civil sepultou intermináveis divergências doutrinárias como, por exemplo, a

---

<sup>98</sup> O contrato preliminar exigirá uma análise diferenciada da classificação dos contratos quanto à formação, pois se toda a promessa ou contrato preliminar é consensual e pode ter por objeto contratos de natureza real, no caso concreto, a não entrega do objeto poderá não caracterizar um contrato real, mas uma promessa de contrato real, com deveres jurídicos específicos.

possibilidade ou não de execução específica para o caso de inadimplemento e questões relacionadas à formalidade do contrato preliminar. Tais temas, antes controvertidos, hoje estão disciplinados no Código Civil brasileiro.

As leis especiais acima mencionadas, restritas à promessa de compra e venda (Decreto 58/37 e Lei do Parcelamento do solo) se limitam a referências genéricas deste tipo de contrato preliminar. Em consequência desta omissão da legislação especializada, ficou a cargo da lei civil estabelecer os requisitos, pressupostos, modalidades, efeitos e consequências da inexecução de todo contrato preliminar, em especial da promessa de compra e venda, naquilo que não contrariar disposições específicas.

O contrato preliminar, também conhecido como pré-contrato, promessa de contrato, compromisso (terminologia adotada pelo Decreto Lei n.º 58/37 e a lei n.º 6766/79), contrato preparatório, dentre outros (o Código Civil elimina essa multiplicidade de denominações para designá-lo, simplesmente, de contrato preliminar), permitirá que os promitentes, de forma refletida, preparem o futuro contrato (definitivo), assumindo a obrigação de celebrá-lo mais tarde.

Em 1988, com a nova ordem constitucional, a competência para decidir sobre questões e temas relacionados ao contrato preliminar foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça.

Na linha da evolução do contrato preliminar, o STJ, assim que assumiu tal competência, ofereceu à comunidade jurídica uma grande contribuição em matéria de contrato preliminar. Para o STJ, ainda que o contrato preliminar não esteja registrado, será possível a tutela específica, por meio da ação de outorga de escritura pública de compra e venda ou exigência do contrato definitivo, no caso da promessa de compra e venda de imóveis loteados ou não loteados. Para o STF, sem o registro, era impossível a tutela específica, na linha da Súmula 413. Para o STJ, a ausência de registro não constitui fator impeditivo da tutela específica.

Tal posicionamento foi pacificado por meio da edição da Súmula 239 do STJ: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

No mesmo sentido a doutrina majoritária, conforme enunciado n. 95 da Jornada de Direito Civil: “O direito à adjudicação compulsória (artigo 1418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário”. A dispensa da formalidade do registro para a tutela específica foi a grande contribuição do STJ para a teoria do contrato preliminar.

Em 2002, entra em vigor o atual Código Civil, cuja legislação, na mesma tendência evolutiva, dispensa as formalidades e o registro do contrato preliminar como condição para a tutela específica e, ainda, generaliza a promessa de contrato para qualquer pacto.

Essa foi a evolução do contrato preliminar em nossa legislação, até culminar com as regras gerais estabelecidas no Código Civil, nos artigos 462 a 466, que serão objeto de análise.

## **5.2. Contrato Preliminar e Contrato Definitivo: Delineamentos e Natureza Jurídica**

Tal contrato não pode ser confundido com o contrato definitivo, conforme adiante será analisado. O contrato preliminar é um contrato autônomo e independente do definitivo, o qual tem por objeto a obrigação (de fazer) assumida por uma ou ambas as partes de concluírem outro contrato, este sim o definitivo. Por exemplo, a promessa de compra e venda é um contrato preliminar. Na promessa de compra e venda ambas as partes ou apenas uma delas assume o compromisso de celebrar o contrato definitivo, qual seja, o contrato de compra e venda.

São várias as razões capazes de levar o sujeito a pactuar um contrato preliminar para, posteriormente, concluir o contrato definitivo (a estrutura desta já foi delineada no preliminar), como dificuldades momentâneas para o cumprimento de requisitos formais, ausência de recursos para quitação de tributos, liberação de financiamentos bancários, necessidade de garantir o negócio rapidamente sem as amarras formais do contrato definitivo (o qual, normalmente é mais solene e formal), restrições jurídicas de qualquer das partes para obtenção de documentos indispensáveis para o contrato definitivo,

dificuldades físicas, enfim, qualquer motivo impeditivo do contrato definitivo ou até por mera conveniência.

Atualmente, são raros os doutrinadores que se opõem ao contrato preliminar, como um acordo de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos próprios e autônomos, independente do contrato definitivo. A legitimidade desta modalidade de contrato não permite contestações, até por ter se tornado um dos principais instrumentos de interação econômica e social da vida civil. Em síntese, nas precisas palavras de CAIO MÁRIO<sup>99</sup>, o contrato preliminar se origina de um acordo de vontades onde ambas as partes, ou apenas uma delas, se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será o definitivo.

É, portanto, um contrato perfeito e acabado, dotado de autonomia em relação ao contrato definitivo.

O contrato preliminar ostenta natureza jurídica própria, principalmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, cuja lei, nos artigos 462 a 466, apresenta uma “teoria geral sobre contrato preliminar”. Por ser um contrato autônomo e independente em relação ao contrato definitivo, que é o seu objeto, a consolidação do contrato preliminar não dispensará novo acordo de vontades para a consumação do contrato definitivo, pela simples razão de que o contrato definitivo não integra a fase de formação do contrato preliminar, mas sim a fase de execução (adimplemento e inadimplemento). Se um dos sujeitos da relação jurídica obrigacional se recusa a adimplir o contrato preliminar, cujo adimplemento consistirá em novo consenso em relação ao contrato definitivo, o inadimplemento se sujeitará a todas as consequências jurídicas da teoria do inadimplemento, porque o contrato preliminar é um pacto que gera obrigações (recíprocas ou apenas unilateral, a depender de sua modalidade).

O contrato definitivo, quando for objeto do contrato preliminar, integrará a fase de execução deste e, por esta razão, tudo deverá ser resolvido no âmbito das teorias do adimplemento e inadimplemento.

---

<sup>99</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p. 69.

Por esta razão, é incompreensível a discussão doutrinária relacionada a esta questão: conexão entre o contrato preliminar e o contrato principal. Para uma boa parte da doutrina, como adiante será analisado de forma mais detalhada, o contrato preliminar tem por objeto uma obrigação de fazer, qual seja, prestação de fato (fazer outro contrato, o definitivo). Este seria o objeto do contrato preliminar. Para tanto, seria indispensável novo acordo de vontades onde as partes deveriam consumir o contrato definitivo, para dar cumprimento ao contrato preliminar. Neste caso, se considera que o contrato definitivo integra a fase de execução do contrato preliminar.

Nessa linha, PAULO NADER<sup>100</sup> sustenta que “o contrato preliminar gera a obrigação, por parte de quem prometeu, de celebrar, *a posteriori*, o negócio em caráter definitivo. Por ele contrai-se apenas uma obrigação de fazer, ou seja, de realizar um contrato, que poderá conter obrigação de dar, fazer ou não fazer”.

Em outra vertente, doutrinadores da categoria de ORLANDO GOMES<sup>101</sup>, consideram que o contrato definitivo já está “contido no contrato preliminar”.

Segundo suas palavras, “mostra-se, assim, a inutilidade do circuito exigido pelos partidários da teoria da obrigação de fazer, é que não há novo contrato sujeito a condição meramente potestativa. De acordo com essa concepção, o pré-contrato não obriga a nova oferta, a nova aceitação, nem a novo consentimento contratual”. GOMES<sup>102</sup> contesta as teorias relacionadas à natureza jurídica do contrato preliminar (adiante analisadas), sob o argumento de que o contrato definitivo já integra o preliminar, estando relacionado à fase de execução deste, sendo desnecessário e inútil novo contrato se os elementos do definitivo já estão consignados no preliminar.

Neste ponto, o mestre é contraditório. Não há dúvida de que o contrato definitivo integra o contrato preliminar, por ser objeto deste. Entretanto, para fins de adimplemento do preliminar, será essencial novo acordo de vontades para ratificar o definitivo. Se não houver novo acordo, haverá necessidade de

---

<sup>100</sup> NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Contratos*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

<sup>101</sup> GOMES, Orlando, *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 136.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 137.

execução compulsória, como ocorre em qualquer contrato onde não há cumprimento voluntário. A tese defendida por GOMES seria interessante se o mesmo defendesse que o contrato definitivo está inserido na fase de formação do preliminar. Nesta hipótese, em caso de inadimplemento, se trataria da inexecução do próprio definitivo e não do contrato preliminar.

Por isso, muito bem consignou CAIO MÁRIO<sup>103</sup>:

(...) levando em conta que encerra o consentimento perfeito, e que as vontades das partes se fixam em torno de uma finalidade jurídica, é de reconhecer-lhe autonomia e de precisar que não constitui meramente um tempo na celebração do contrato principal, senão que traz o selo de um ato negocial completo.

### 5.3. Definição e Objeto do Contrato Preliminar

O contrato preliminar decorre de um acordo de vontades onde as partes, ou apenas uma delas, assumem a obrigação de concretizar os termos e cláusulas pactuadas, consolidando-se o definitivo.

Nas palavras de FÁBIO DE OLIVEIRA AZEVEDO<sup>104</sup>, o contrato preliminar “é um negócio jurídico bilateral de acordo com o qual as partes se comprometem a emitir, futuramente, novas declarações de vontade, objetivando a concretização de um outro negócio jurídico, que será nomeado como definitivo”.

NADER<sup>105</sup> define o contrato preliminar como “a promessa não formal, efetuada por uma ou mais partes, de celebrar determinada modalidade contratual, no futuro e geralmente com definição de prazo ou condição, com expressa indicação das regras a serem observadas”.

PABLO STOLZE<sup>106</sup> traz uma definição mais enxuta: “Compreendemos o contrato preliminar como uma avença através da qual as partes criam em favor de uma ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um

---

<sup>103</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 83.

<sup>104</sup> AZEVEDO, Fábio de Oliveira, *Direito Contratual, Temas Atuais*, São Paulo: Método, 2008, p. 399.

<sup>105</sup> NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

<sup>106</sup> STOLZE, Pablo, *Novo Curso de Direito Civil, Contratos*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4, t. 1.

contrato apenas projetado”. O baiano Pablo também é adepto daqueles que consideram o objeto deste contrato como sendo uma obrigação de fazer.

Embora estas definições sejam interessantes para a delimitação do tema, o contrato preliminar dispensa para a sua caracterização. A relevância do instituto está no seu objeto, natureza jurídica, efeitos obrigacionais (adimplemento), consequências do inadimplemento e nos seus pressupostos e requisitos de validade.

#### ➤ Objeto

O contrato preliminar pode ter por objeto qualquer outro contrato, independentemente da sua natureza jurídica. A doação, portanto, também pode ser objeto do contrato preliminar. O contrato preliminar é classificado como consensual. Portanto, basta o acordo de vontades para a sua formação e, conseqüentemente, produção de efeitos jurídicos obrigacionais. O que isso significa?

O consensualismo é o parâmetro dos contratos preliminares. O consensualismo confere ao contrato maior dinamismo e funcionalidade, o que vem de encontro com a nova concepção de obrigação como um processo, dividido em fases, onde há direitos e deveres recíprocos para os sujeitos vinculados à relação. É a força da palavra ou da vontade que dá força jurídica ao contrato preliminar. Este consensualismo fica evidente no artigo 462 do CC, que dispensa formalidades para a legitimação da promessa de contrato.

Por outro lado, essa concepção consensualista do contrato preliminar, causou um “dano em ricochete”, ou por repercussão, na classificação dos contratos relativa aos “elementos necessários à formação”.

Quanto à formação, os contratos podem ser consensuais e reais. No que tange aos contratos consensuais, não haveria problema de adequação em relação aos contratos preliminares, também consensuais. A celeuma gira em torno dos contratos denominados “reais”, ou seja, aqueles em que o acordo de vontades não é suficiente para a constituição do contrato. Para que o contrato se forme ou se constitua como tal, a entrega do objeto integra a fase de formação.

Assim, no contrato real, para sua formação, além do acordo de vontades, é indispensável a entrega da coisa (tradição). A tradição constitui requisito para constituição ou formação dos contratos reais, como são os casos do mútuo, depósito, comodato e contrato estimatório. Já em relação aos contratos consensuais, a tradição não integra a fase de formação, mas a execução, momento posterior e superveniente à formação. Por isso, a entrega ou tradição não interfere na formação do contrato consensual. Além disso, há os contratos consensuais formais e reais formais ou solenes. Como bem ressalta CAIO MÁRIO<sup>107</sup>, o contrato preliminar pode ter por objeto a realização de qualquer contrato definitivo, de qualquer espécie. Segundo ele “não se excluem os contratos reais (promessa de mutuar, por exemplo)”.

O “problema” é que o contrato preliminar, de natureza meramente consensual, pode ter por objeto um contrato definitivo, de natureza consensual e formal ou real. Em primeiro lugar, é possível um contrato preliminar cujo objeto seja a celebração de um contrato definitivo real, como o mútuo (promessa de mútuo), depósito (promessa de depósito), comodato (promessa de comodato) ou estimatório (promessa de contrato estimatório). Em segundo lugar, é possível um contrato preliminar cujo objeto seja um contrato definitivo consensual, mas formal ou solene.

Em relação a esse segundo aspecto, há um clássico exemplo: o contrato de compra e venda é, em regra, consensual (artigos 481 e 482 do CC). No entanto, a compra e venda de imóveis de valor superior a 30 salários mínimos é formal, pois, a escritura pública é requisito obrigatório de validade deste negócio jurídico (artigo 108 do Código Civil). Neste caso, nada impede um contrato preliminar ou uma promessa de compra e venda cujo objeto seja imóvel superior a 30 salários mínimo, por instrumento particular. Por quê? O contrato preliminar é apenas consensual – não há relevância se o contrato definitivo é real (formal ou informal) ou consensual e formal. Tal fato repercute diretamente na promessa de doação. Ainda há divergência sobre a natureza do contrato de doação em relação à formação, ou seja, se é consensual ou real. Como o contrato preliminar não leva em consideração a natureza do contrato

---

<sup>107</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, pp. 72/73.

definitivo em relação aos requisitos para a formação, a doação pode ser objeto de um contrato preliminar.

O objeto ou conteúdo do contrato preliminar é a elaboração de outro contrato, o definitivo, o qual poderá ser de qualquer natureza e espécie. A “teoria geral” sobre contrato preliminar estabelecida nos artigos 462 a 466 do Código Civil não impõe limitações.

#### **5.4. Pressupostos Genéricos e Específicos do contrato preliminar**

O contrato preliminar, para sua constituição e eficácia, deve ostentar elementos e requisitos comuns a todos os negócios jurídicos, além de outros próprios, compatíveis com a sua estrutura e finalidade.

Em relação aos requisitos comuns, o contrato preliminar também é um negócio jurídico e, por esta razão, sua formação depende do preenchimento dos pressupostos de existência e dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral.

Portanto, além de vontade, objeto e forma (exteriorização da vontade), como requisitos substanciais de existência, o contrato preliminar deve estar fundado em vontade livre e sem vícios, declarada por sujeito capaz e legitimado, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou, ao menos, determinável e, finalmente, se sujeitar aos princípios sociais orientadores de toda a teoria contratual, sendo estes os requisitos ou adjetivos que conferem validade ao contrato preliminar. Em relação à forma ou formalidade, será analisado na sequência.

Como é fácil perceber, são os mesmos pressupostos e requisitos de existência e validade de qualquer negócio jurídico. Neste ponto, remete-se o leitor para o capítulo I, onde foi estudada toda a teoria geral do negócio jurídico.

➤ **Requisitos específicos:**

No que tange aos elementos específicos, o contrato preliminar não pode ignorar os elementos essenciais à formação do negócio almejado ou contrato definitivo, exceto a forma, nos termos do referido artigo 462. O

contrato preliminar, além dos requisitos genéricos necessários para sua existência e validade, para produzir efeitos jurídicos próprios, deverá conter todos os elementos substanciais do contrato definitivo, exceto a forma.

Tal exigência está no artigo 462 do Código Civil: “O contrato preliminar, exceto quanto a forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

O contrato preliminar é dotado de autonomia estrutural em relação ao contrato definitivo. Entretanto, considerando seu objeto, deve conter todos os elementos que seriam exigidos no contrato definitivo, pois, em caso de inadimplemento, eventual sentença substitutiva da vontade das partes (artigo 464), por ser um ato meramente processual, não poderia suprir, no contrato preliminar, deficiências de direito material. Por isso, não há dúvida de que o contrato preliminar deve ser um retrato do conteúdo substancial do contrato definitivo, devendo especificar as características do bem, preço, cláusulas especiais pertinentes, condições de pagamento, prazos, etc.

O artigo 462 do Código Civil não poderia ser mais claro quando diz que o contrato preliminar deve conter TODOS os requisitos ESSENCIAIS ao contrato a ser celebrado. As expressões “todos” e “essenciais” demonstram a conexão entre o conteúdo do contrato preliminar e do contrato definitivo.

O contrato preliminar é, por natureza, informal ou não solene. O mérito do legislador é não exigir a formalidade excessiva, como é o caso do artigo 1351 do CC italiano.

No entanto, a dispensa de formalidade não significa a dispensa de toda e qualquer formalidade. O artigo 462 do Código Civil deve ser interpretado de modo sistemático, a fim de ser harmonizado com as demais regras de direito civil, em especial na esfera probatória. Algumas solenidades do contrato definitivo podem e devem ser dispensadas no contrato preliminar, como o instrumento público, por exemplo. Todavia, alguma formalidade, como o fato de ser escrito, talvez seja relevante para fins de prova e, por esta razão, não poderia, simplesmente ser dispensada. Segundo o artigo 227 do Código Civil, salvo os casos expressos em lei, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior

salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados. Portanto, a depender do valor do negócio jurídico, ao menos a forma escrita poderá ser exigida sob pena de ser impossível a prova da existência do contrato preliminar. Em resumo, a interpretação do artigo 462 não pode ser literal e sim sistemática.

Na realidade, a intenção do legislador ao dispensar a forma no artigo 462 é afastar a necessidade de instrumento público quando o contrato definitivo o exigir, não havendo intenção de afastamento da forma meramente escrita por conta das regras sobre prova.

Em resumo: o contrato preliminar irá se submeter aos pressupostos de existência, validade e aos fatores de eficácia exigíveis para a análise de todo e qualquer negócio jurídico, que tem no contrato sua fonte fundamental. Além disso, exige-se que tenha todos os requisitos do contrato definitivo, pois o descumprimento gera uma decisão que produz os mesmos efeitos do contrato definitivo. O ato processual não seria suficiente para sanar um defeito de direito material, como o consentimento do cônjuge.

Além destes requisitos específicos expressos no artigo 462, para fins de exigibilidade, o artigo 463 do Código Civil exige a ausência de cláusula de arrependimento no contrato preliminar. Atenção: a ausência de cláusula de arrependimento é requisito inerente à exigibilidade, não tendo nenhuma relação com a existência, validade e eficácia (produção de efeitos jurídicos) do contrato preliminar.

O contrato preliminar, mesmo com cláusula de arrependimento, tem legitimidade e tutela estatal. No entanto, o direito de exigir o seu cumprimento fica comprometido em razão do direito potestativo de arrependimento. Por isso, a cláusula de arrependimento está relacionada ao poder de exigibilidade. Segundo o artigo 463: “Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”.

Portanto, a conclusão do contrato preliminar, em geral, e da promessa de doação, em particular, ocorrerá com o preenchimento dos requisitos

genéricos de todo e qualquer negócio jurídico (pressupostos de existência e validade) e dos pressupostos específicos previstos no artigo 462 do Código Civil. Isso é o suficiente para sua legitimidade. Todavia, se, além destes requisitos, não houver cláusula de arrependimento, será possível a exigência do cumprimento do contrato por qualquer das partes no contrato preliminar bilateral ou pelo credor no contrato preliminar unilateral. Portanto, a plena exigibilidade da promessa de doação dependerá da ausência de cláusula de arrependimento ou da impossibilidade de retratação.

A tese objeto deste trabalho parte da premissa de que a promessa de doação não ostenta cláusula de arrependimento em benefício do promitente doador ou, mesmo se existir cláusula de arrependimento, que a conduta do promitente doador tenha neutralizado a eficácia da referida cláusula. A cláusula de arrependimento somada à conduta correta do promitente doador não geram a confiança, direito fundamental que poderá ser invocado pelo promissário donatário a fim de exigir o cumprimento da promessa.

Todavia, mesmo se houver cláusula de arrependimento, a teoria do abuso de direito (artigo 187 do CC) poderá neutralizar a eficácia da referida cláusula. Tal fato ocorrerá quando o promitente doador adotar uma conduta direcionada e voltada para o cumprimento da promessa, cujo procedimento, independentemente da existência da referida cláusula, poderá gerar o direito fundamental à confiança na esfera jurídica do promissário donatário. Por esta razão, se o promitente doador adotar um comportamento no sentido de que consumará o contrato definitivo de doação, mesmo que haja cláusula de arrependimento, esta conduta, se gerar expectativa e confiança na outra parte, suspende a eficácia da cláusula de retratação. Nesta situação, o interesse na retratação, após gerar expectativa na parte contrária, caracteriza abuso de direito, ilícito vedado pelo sistema (*venire contra factum proprium*).

O princípio da boa-fé objetiva não permite o exercício abusivo do direito de arrependimento, razão pela qual o abuso poderá eliminar tal prerrogativa, neutralizando o efeito da cláusula, garantindo à outra parte o direito de exigir o contrato definitivo. O direito de arrependimento não poderá ser exercido se já consumada a execução do contrato ou, se ainda não consumada, já estiver na

iminência de se consumar. O caso concreto demonstrará se houve ou não abuso no exercício deste direito subjetivo de arrependimento.

## **5.5. Efeitos Jurídicos do Contrato Preliminar: adimplemento e inadimplemento**

O contrato preliminar, devidamente concluído, com a observância de todos os requisitos legais (pressupostos de existência, validade e condições para ter eficácia e estabelecimento do conteúdo do contrato definitivo), produz efeitos jurídicos obrigacionais.

O adimplemento do contrato preliminar ocorrerá quando as partes contratantes cumprirem as obrigações principais e secundárias do contrato. Tratam-se dos deveres de prestação e de conduta. A obrigação principal ou dever de prestação será cumprido quando for materializado o contrato definitivo (o objeto do contrato preliminar é justamente a obrigação de fazer outro contrato, o definitivo). A obrigação secundária ou dever de conduta está relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, cujo princípio impõe às partes comportamento ético. A conduta honesta e a probidade passam a integrar a teoria geral do adimplemento. Em caso de violação deste dever secundário decorrente da boa-fé objetiva, pode caracterizar inadimplemento, ainda que a obrigação principal tenha sido cumprida.

Aliás, nesse sentido o Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF: “Em virtude do princípio da boa-fé objetiva, positivado no CC 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”. A violação de deveres contratuais anexos, secundários ou colaterais é causa de inadimplemento no mesmo nível da violação dos deveres principais de prestação.

No âmbito do contrato preliminar, as questões mais relevantes estão relacionadas às consequências jurídicas previstas em lei para o caso de inadimplemento do contrato preliminar. O assunto é tratado nos artigos 463, 464 e 465 do Código Civil.

A lei civil, em considerável avanço, rompeu o antigo dogma de que não é possível exigir a prestação de um fato, ao admitir no artigo 464 a tutela específica ou a possibilidade de substituir a vontade da parte inadimplente por meio de uma sentença judicial. Historicamente, o inadimplemento de prestações de fatos (obrigação de fazer e não fazer) acarretava apenas o dever de pagar perdas e danos. Tal previsão continua firme no artigo 1142 do Código Civil Francês.

O Código Civil brasileiro, em matéria de contrato preliminar, rompe em definitivo com a ideia da necessária vinculação do inadimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer às perdas e danos. Tal vinculação ainda é possível, mas agora em caráter subsidiário. Apenas se não houver interesse do credor ou em caso de impossibilidade da tutela específica, a resolução da avença deve desaguar no rio poluído das perdas e danos. Ao contrário, havendo interesse do credor e, sendo possível a tutela específica, em substituição à declaração de vontade da parte, deverá ser conferido, por sentença judicial, caráter definitivo ao contrato preliminar.

Essa possibilidade de substituição da vontade da parte inadimplente é prevista tanto na lei civil quanto no Código de Processo Civil, cujo diploma prevê uma regra geral aplicável a todas as obrigações de emitir declaração de vontade, uma regra específica para a obrigação de concluir o contrato e, uma ainda mais especial, referente à transferência de propriedade com contraprestação.

Quais são os dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil que tratam desta questão?

Código Civil:

O artigo 463 do Código Civil prevê a possibilidade de qualquer das partes (no contrato preliminar bilateral) manifestar o direito de exigir da outra a celebração do contrato definitivo, assinando prazo para o cumprimento das obrigações principal e secundária. Se a outra parte atender ao pedido de cumprimento, haverá adimplemento e o contrato preliminar terá sido cumprido.

No entanto, em caso de recusa ou inadimplemento de qualquer das partes na promessa bilateral ou do devedor no caso da promessa unilateral

(artigo 466), a parte prejudicada poderá optar entre a tutela específica, prevista no artigo 464 ou pelas perdas e danos, conforme artigo 465.

Assim, esgotado o prazo concedido pela outra parte, nos termos do artigo 463, o prejudicado pelo inadimplemento poderá, pela via judicial, buscar o suprimento da vontade da parte inadimplente, caso em que o juiz deverá conferir caráter definitivo ao contrato preliminar, em sentença substitutiva da vontade. Tal dispositivo, para sua plena eficácia, deve ser conjugado com as disposições do Código de Processo Civil que tratam da possibilidade do ato processual produzir o mesmo efeito da vontade: *Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.*

Este dispositivo legal possui íntima conexão com o disposto no artigo 464 do Código Civil, o qual trata da execução específica do contrato preliminar. Em caso de inadimplemento do contrato preliminar, conjugam-se os artigos 464 do Código Civil e 466-B do Código de Processo Civil, para fins de tutela específica. A parte que se comprometeu a concluir o contrato preliminar e não cumpre a obrigação, permitirá que o prejudicado, no caso o promissário donatário, obtenha sentença substitutiva da vontade do inadimplemento, a qual terá o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Como a sentença terá o mesmo efeito da vontade, o contrato preliminar, necessariamente, deverá ostentar todos os elementos materiais e o conteúdo do contrato definitivo, pois, a sentença, como ato processual, não poderia suprir defeitos materiais no contrato preliminar. A sentença, de natureza constitutiva, por si só, será suficiente para a “confecção” do contrato definitivo.

Em relação ao prazo assinado pela parte prejudicada pelo inadimplemento previsto no artigo 463 do Código Civil, não tem natureza processual. O contrato preliminar, na maioria das vezes, já prevê um prazo para a conclusão do contrato definitivo.

Em caso de omissão sobre o prazo de conclusão do contrato definitivo, segundo o artigo 463, “será assinado prazo à outra parte para que o efetive”. Para tanto, aplica-se o disposto no artigo 397 do Código Civil, o qual trata da

interpelação prévia para constituição em mora na obrigação sem termo expresso ou certo de vencimento.

Ressalta-se que a existência de cláusula de arrependimento afasta a possibilidade de execução específica em relação ao contrato definitivo, pois, um dos requisitos para as consequências previstas nos artigos 464 e 465 é a ausência de cláusula de arrependimento.

Por outro lado, em três situações a tutela específica poderá ser substituída pelas perdas e danos. Em primeiro lugar, se a natureza da obrigação não permitir a tutela específica. Tal situação é ressalvada no artigo 464 do CC e no artigo 466-B do CPC. Por exemplo, nos casos de inadimplemento de obrigações personalíssimas ou prestações de fazer infungíveis haverá a resolução do contrato preliminar com o pagamento de perdas e danos. A segunda exceção está relacionada à impossibilidade superveniente à formação do contrato do cumprimento da obrigação. A impossibilidade física e superveniente à formação do contrato, absoluta (irrealizável por qualquer pessoa) ou relativa (irrealizável apenas pelo devedor), se for imputável ao devedor, levará à indenização por perdas e danos. A pessoa que se compromete a prestar um serviço por meio de contrato preliminar e, por sua exclusiva culpa, torna impossível a consumação do contrato definitivo pela impossibilidade de realização do serviço, se submete ao pagamento de perdas e danos. A terceira, e última exceção, vem prevista no artigo 465 do Código Civil e diz respeito à ausência de interesse da parte prejudicada pelo inadimplemento.

## 6. CONTRATO PRELIMINAR DE DOAÇÃO

### 6.1. Noções Preliminares

A promessa de doação é uma espécie do gênero contrato preliminar que ostenta algumas peculiaridades se comparada a outras promessas, principalmente porque a doação definitiva, devido ao seu caráter gratuito, implicará na efetivação de uma liberalidade por parte do promitente doador em favor do promissário donatário. Na promessa de doação, um dos contratantes, promitente doador, livremente, promete transferir bens que integram o seu patrimônio para outrem, denominado promissário donatário. Trata-se de um contrato, com autonomia e efeitos jurídicos próprios (como já ressaltado).

No momento da formalização da promessa, o promitente doador exterioriza vontade livre e sem vícios no sentido de dispor de uma parcela de seu patrimônio em favor do promissário donatário. O objeto da promessa de doação consiste em uma obrigação de “fazer” a transferência de bens ou direitos integrantes do seu patrimônio para o patrimônio de outrem, beneficiário da promessa. O promitente doador se compromete a fazer, a realizar e concretizar o contrato definitivo, a doação propriamente dita.

Portanto, o adimplemento da promessa de doação se materializará com a transferência efetiva de bens ou vantagens que integram o patrimônio do promitente doador em favor do promissário donatário. A promessa de doação não possui disciplina jurídica específica, mas a ela se aplica a teoria geral do contrato preliminar, objeto dos artigos 462 a 466 do Código Civil. É um contrato preliminar que conta com a tutela e legitimação do Estado.

Em razão da autonomia jurídica que caracteriza os contratos preliminares, a promessa de doação é um contrato perfeito e acabado. No momento da exteriorização da vontade, o promitente doador age com *animus donandi*, ou seja, o espírito de liberalidade já está presente no momento da promessa. A transferência dos bens e vantagens prometidos em favor do promissário donatário integra a fase de execução da promessa. Por conta disso, em caso de não cumprimento da promessa de doação, estará caracterizado o inadimplemento, fato que permitirá ao promissário donatário a

exigibilidade do cumprimento da promessa ou a execução deste contrato preliminar, com a finalidade de ser concretizado o contrato definitivo (doação).

No liberalismo (Estado Liberal), os princípios contratuais clássicos<sup>108</sup> permitiam que o promitente doador invocasse a liberdade contratual ou autonomia da vontade para não consumir a doação definitiva. Com a consolidação do Estado Social<sup>109</sup>, que introduz novos princípios à teoria contratual, como a função social e a boa-fé objetiva, decorrentes da dignidade da pessoa humana e solidariedade constitucional, os direitos fundamentais dos destinatários de declarações de vontade também passam a merecer tutela estatal. Neste diapasão, o promissário donatário, que confiou na promessa, goza de proteção e, por esta razão, seu direito fundamental à confiança pode ser contraposto ao direito fundamental de liberdade contratual (autonomia privada) do promitente doador.

Diante da nova teoria contratual, todo contrato deve ostentar uma causa justa e legítima. A função social exige essa causalidade. E, no caso da promessa de doação, pode-se afirmar, com a mais absoluta convicção, que basta o *animus donandi* no momento da formalização da promessa para conferir legitimidade à declaração de vontade do promitente doador. Essa declaração, exteriorizada na promessa pelo promitente doador, é capaz de gerar expectativa legítima na esfera jurídica do promissário donatário.

Se não fosse reconhecida qualquer eficácia à declaração do promitente doador na promessa de doação, seria o mesmo que desconsiderar a própria promessa, como um ato inexistente. Isso representa uma negação dos valores sociais consagrados na Constituição Federal, que fundamentam a teoria contratual.

Diante da “teoria geral do contrato preliminar”, disciplinada nos artigos 462 a 466 do Código Civil, qualquer contrato definitivo pode ser objeto de promessa, em especial a doação. Assim, se a promessa de doação é uma realidade que conta com a tutela do Estado, a exigibilidade deste contrato preliminar é uma mera consequência do ajuste a ser feito entre os direitos

---

<sup>108</sup> Autonomia da vontade, princípio da obrigatoriedade dos contratos e princípio da relatividade.

<sup>109</sup> No Brasil, tal consolidação ocorreu com a Carta de 1988.

fundamentais de liberdade contratual do promitente doador, já exercido na promessa e da confiança do promissário donatário.

O entendimento da doutrina majoritária, bem como da jurisprudência formada em torno do assunto, é a exigência do *animus donandi* em dois momentos distintos, ou seja, no momento da formação da promessa de doação e na execução ou fase de adimplemento desta, quando será efetivado o contrato definitivo de doação.

Em referência à posição majoritária da doutrina, são precisas as palavras de ROSENVALD e CHAVES<sup>110</sup>:

Não obstante a aferição da generosidade do doador ao tempo da promessa, desaparece o *animus donandi* se não há espontaneidade no ato de doar no momento da celebração do contrato definitivo, perecendo assim a causa do contrato, destinado a prestigiar o altruísmo do doador. A atualidade do *animus donandi* seria imprescindível à efetivação da doação, *conditio sine qua non* à configuração do tipo contratual.

Ocorre que a liberalidade ou gesto altruísta já foi levado a efeito pelo promitente doador no momento da formação da promessa. Ele não foi constrangido a realizar tal ato de liberalidade. O seu direito fundamental à autonomia privada foi concretizado por ocasião da exteriorização da “vontade de doar” quando da promessa de doação. Essa vontade exteriorizada tem eficácia jurídica e repercute no direito fundamental à confiança da parte a ser beneficiada pela promessa. Desta forma, prometida a liberalidade, passa a ser valorizado o direito fundamental à confiança do promissário donatário, o qual acreditou e confiou na promessa. Basta “um” *animus donandi*, justamente porque o contrato de doação implicará na execução da própria promessa, onde já houve a liberalidade.

De forma intermediária, alguns doutrinadores, como PONTES DE MIRANDA<sup>111</sup> e PABLO STOLZE<sup>112</sup>, defendem a tese de que é impossível a execução coativa da promessa de doação, mas, para não privar o promissário donatário da legítima expectativa de concretização do contrato definitivo, poderia ser o promitente doador responsabilizado por perdas e danos em

---

<sup>110</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 116.

<sup>111</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 3. ed., São Paulo: Bookseller, 2004, v. XLVI, p. 261.

<sup>112</sup> STOLZE, Pablo, *O Contrato de Doação*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. .

decorrência da recusa em cumprir a promessa. Essa posição intermediária não resolve o problema da exigibilidade da promessa de doação. Nestas situações, deve-se partir da premissa de que o promissário donatário tem interesse no bem da vida prometido e não na eventual indenização decorrente do descumprimento da promessa. A tutela plena do direito fundamental à confiança do promissário donatário, pautado nos valores sociais constitucionais já ressaltados em capítulos anteriores, deve desaguar na possibilidade da efetivação da promessa de doação, por meio das tutelas processuais pertinentes.

Por outro lado, no âmbito judicial, com fundamento no vazio argumento da gratuidade que caracteriza o contrato de doação (e esse é o único argumento), as decisões no âmbito do STJ e no STF sempre foram no sentido de recusar exigibilidade à promessa de doação. Os Tribunais Superiores em referência impõem a presença do *animus donandi* no momento da formação da promessa, bem como no momento da execução da promessa, em total desprezo ao direito fundamental à confiança já titularizado pelo promissário donatário no momento da promessa.

O fundamento do Supremo Tribunal Federal, repetido e retratado no Superior Tribunal de Justiça é de índole liberal, calcado na vetusta ideia de valorização da autonomia privada e no repúdio à exigência de liberalidades, ainda que tenha se consumado uma prévia promessa desta liberalidade. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal tratou deste assunto até a Constituição de 1988, quando a competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça (Corte responsável pela uniformização da legislação federal).

Apenas como exemplo da forma como as Cortes Superiores tratam o tema, em decisão recente sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça manteve essa posição retrógrada e incompatível com os valores sociais constitucionais que fundamentam as relações privadas, a pretexto e sob o superficial argumento de que ninguém poderia ser constrangido a fazer liberalidades. No Recurso Especial n. 730.626-SP, que será objeto de análise em tópico separado, o STJ considerou que a intenção de celebrar a doação deverá estar presente no momento da formação do contrato preliminar, bem

como ao tempo da execução do contrato principal. Se não há espontaneidade no ato de doar no momento da celebração do contrato definitivo, não pode ocorrer o contrato.

Ocorre que ninguém foi constrangido a fazer liberalidade. Ao contrário, no exercício pleno do seu direito fundamental à autonomia privada, o promitente doador, por ocasião da promessa, de forma livre, assumiu compromisso com eficácia jurídica. Ao exteriorizar essa vontade na promessa, no pleno exercício do seu direito fundamental, consumou a liberalidade. O cumprimento ou não da promessa é questão relacionada à teoria do adimplemento e inadimplemento (fase de execução da promessa) Na fase de execução, há outros valores a serem ponderados: a expectativa e a legítima confiança do promissário donatário em relação à promessa.

O fato é que a promessa constitui uma espécie de contrato preliminar, com autonomia e estrutura, que gera efeitos jurídicos para as partes e, quando séria, gera naquele que será beneficiado uma expectativa legítima e a confiança de que a promessa será transformada ou se convalidará em doação. O não cumprimento da promessa é problema que envolve a execução do contrato preliminar, razão pela qual não há necessidade de se exigir novo ato de vontade do doador para legitimar o pedido de execução específica (cumprimento da promessa de doação).

Neste caso, a recusa do doador em cumprir a promessa caracteriza abuso de direito, fundado no princípio da boa-fé objetiva, valor que decorre dos princípios constitucionais da dignidade e solidariedade social, orientadores de todas as relações privadas. O princípio da boa-fé objetiva impõe a tutela da confiança que o destinatário da promessa depositou no ato ou declaração do promitente doador. Essa confiança permite que o promissário donatário exija do promitente doador a manutenção do seu comportamento inicial, qual seja, execução da doação. A teoria do abuso de direito, pautada nestes valores constitucionais e na ética, impede que pessoas sejam incoerentes ou adotem comportamentos contraditórios. É a *venire contra factum proprium*.

A conduta inicial do promitente doador é assumir o compromisso de transferir patrimônio ao donatário. A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão ético de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto,

honesto e leal. Ao prometer a doação, de forma livre, deve cumprir a promessa, pois, se houver recusa, este ato passa a ser contraditório com a promessa realizada, em clara violação aos preceitos éticos e ao princípio da boa-fé objetiva.

Segundo NERY<sup>113</sup>,

A cláusula geral de boa-fé objetiva obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato, durante a execução ou depois de exaurido o objeto do contrato. Em outras palavras, a parte não pode *venire contra factum proprium*. A proibição incide objetiva e unilateralmente, independentemente do comportamento ou da atitude da contraparte, porque é dever de conduta de cada um dos contratantes isoladamente considerados.

Nessa linha, foi aprovado o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai do CC 187 e 422”. A boa-fé objetiva, mais do que ser um dever de conduta no momento da formação e execução dos contratos, também integra a fase de negociações preliminares, quando ainda sequer há vínculos jurídicos contratuais ou deveres jurídicos específicos.<sup>114</sup>

Os Tribunais Superiores sempre analisaram a exigibilidade da promessa de doação sob a perspectiva patrimonial do promitente doador, em desprezo à confiança que o destinatário da promessa teria depositado naquela declaração de vontade. Em uma visão meramente estrutural das relações privadas, de índole liberal, a tutela sempre foi direcionada para a vontade exteriorizada pelos declarantes.

Entretanto, com a introdução de novos valores constitucionais nos negócios entre atores privados, os destinatários das declarações de vontade, antes desprezados, passam a ostentar um direito fundamental, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, que é o direito à tutela da confiança. Nesta nova perspectiva, agora funcional e fundada em valores éticos e morais, a promessa de doação também deverá ser analisada sob a perspectiva da confiança que a

---

<sup>113</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 507.

<sup>114</sup> Enunciado n. 170, III Jornada: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

declaração de vontade do promitente doador fará nascer na esfera jurídica do promissário donatário.

Tal confiança<sup>115</sup> é elevada à categoria de direito fundamental e, como tal, na esteira da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, poderá ser invocada pelo promissário donatário, para a plena exigibilidade da promessa, como forma de tutelar a sua confiança, em contraposição ao caráter liberal da doação e a autonomia privada do promitente doador, também um direito fundamental. Nesta ponderação de valores e interesses, deverá prevalecer o direito fundamental à tutela da confiança do promissário donatário.

O contrato de doação está disciplinado nos artigos 538 a 564 do Código Civil. A doação também pode ser objeto de contrato preliminar. Portanto, é legítima a denominada “promessa de doação”. O caráter liberal e gratuito da doação, confrontado com os valores sociais e preceitos éticos que fundamentam o sistema, impõem a plena exigibilidade da promessa.

O objetivo, neste trabalho, sempre foi demonstrar que a liberalidade já é levada a efeito por ocasião da promessa de doação. O cumprimento da promessa é a efetivação e materialização de uma vontade já manifestada pelo promitente doador, que não pode ser recusada sob o argumento da natureza gratuita da doação. Ao fazer a promessa de doação, o doador cria na pessoa do donatário uma expectativa legítima, onde este confia na declaração de vontade manifestada por aquele na promessa. Essa confiança do donatário na vontade declarada pelo doador é tutelada pelo Estado, em razão do princípio da boa-fé objetiva, o qual, entre outras funções, impõe limites éticos ao exercício de direitos subjetivos. O fato que confere sustentação à tese da exigibilidade da promessa de doação é justamente a confiança gerada pela promessa em si na esfera jurídica do beneficiário da promessa. E essa confiança se torna um valor jurídico diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social.

Assim, à luz destes princípios sociais, a promessa de doação gera efeitos para o doador, devendo cumpri-la na íntegra, sob pena de violação da

---

<sup>115</sup> Enunciado n. 363 da IV Jornada: “Os princípios da probidade e confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

confiança do destinatário da declaração, no caso, o donatário. Como diz FÁBIO OLIVEIRA AZEVEDO<sup>116</sup>,

(...) não parece compatível com o essencial paradigma da eticidade, sobre o qual devam gravitar todas as relações jurídicas obrigacionais, que se permita a alguém, de maneira consciente, de forma espontânea e que deseje realizar uma liberalidade, assumir uma obrigação consistente na realização de um futuro contrato de doação em proveito de alguém, para mais tarde a negar e recusar o seu cumprimento, ferindo de morte a expectativa legítima criada na pessoa que se tornaria donatária (...).

Portanto, a recusa em dar cumprimento à promessa de doação caracteriza abuso de direito do doador, pois, sua declaração de vontade, materializada em contrato preliminar, gera expectativa no donatário e, tal confiança, tem tutela pelo princípio da boa-fé objetiva. Neste caso, seria um odioso exemplo de comportamento contraditório, vedado pelo sistema, cujo tema foi analisado no capítulo dos princípios.

## **6.2. A promessa de doação, os valores sociais constitucionais e os princípios contratuais**

Não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 tem um caráter dirigente (embora mais flexível e menos impositiva que as Constituições de outros países das décadas de 70 e 80), na medida em que estabelece uma ordem concreta de valores para o Estado e para a sociedade (no que diz respeito às suas relações privadas). A sociedade deve se pautar nestes valores e cumprir algumas metas ou objetivos traçados pelo legislador constitucional. A norma fundamental coordena, ajusta, norteia e dirige as relações privadas. No caso da atual Carta, os valores-referência têm como pressupostos a tutela e a proteção da pessoa humana, uma vez que a dignidade da pessoa humana é considerada o princípio matriz, do qual decorrem todos os demais. Se é compreensível tutelar o sentimento e o afeto, valores relacionados à dignidade, com maior razão deve ser tutelada a confiança de todos aqueles que devem respeito à lei maior.

---

<sup>116</sup> AZEVEDO, Fábio de Oliveira; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); e TARTUCE, Flávio (coord.), *Direito Contratual, Temas Atuais*, Algumas questões de direito civil e de direito processual civil sobre o contrato preliminar, 1. ed., São Paulo: Método, 2009, p. 399.

Em uma sociedade pluralista e democrática, a observância destes valores-referência é imprescindível para a plena eficácia dos direitos fundamentais. GUSTAVO ZAGREBELSKY<sup>117</sup> defende que, nas sociedades atuais, permeadas por determinados graus de relativização e inúmeros projetos de vida, a Constituição deve assegurar condições para os mais variados projetos de vida e, para tanto, deverá refletir o pluralismo ideológico, moral, político e econômico existente na sociedade. É o que o mesmo denomina de constituição dúctil ou suave.

Neste sentido, o promissário donatário também possui um projeto de vida, que deve ser assegurado por valores sociais constitucionais. Não se pode apenas, de forma arbitrária, tutelar o pretense projeto de vida do promitente doador em detrimento do projeto de vida do promissário donatário. Negar a tutela do direito fundamental à confiança do promissário donatário é o mesmo que voltar os olhos para apenas “um projeto de vida”, como se a promessa de doação fosse um ato unilateral, cujos efeitos jurídicos poderiam ser manipulados pelo promitente doador.

A promessa de doação é um contrato e, como tal, gera efeitos jurídicos, os quais repercutem na esfera jurídica do promissário donatário. Entre tais efeitos está sedimentada a expectativa gerada pela promessa que, por sua vez, cria uma confiança, que é um direito fundamental a ser tutelado e que pode ser oposto, nesta relação privada, a qualquer outro direito fundamental da outra parte.

Se o constitucionalismo caminha para que a Constituição não seja uma tábua rasa de ideias ou ideologias vazias e meramente programáticas, pois (na atualidade) todas as normas constitucionais adquirem a necessária força normativa, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social impõem o cumprimento de promessas, dentro de um pacto de solidariedade, considerando que promitente doador e promitente donatário são titulares dos mesmos direitos e deveres fundamentais, que podem ser contrapostos num caso concreto, relativo a uma relação de natureza privada.

---

<sup>117</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid Trota, 1999, pp. 14/15.

Na linha do constitucionalismo procedimental do Estado Democrático de Direito de JURGEN HABERMAS<sup>118</sup>,

(...) a Constituição estabelece procedimentos políticos de acordo com os quais os cidadãos possam, no exercício de seu direito de autodeterminação, com sucesso, buscar realizar o projeto cooperativo de estabelecer justas condições de vida. Somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito promulgado.

No desenvolvimento do seu sistema de direito, que toma como base o princípio do discurso, HABERMAS defende que os cidadãos, ao constituírem seus direitos, tenham garantida sua autonomia privada, mas apenas à medida que se reconhecem mutuamente como destinatários das leis, assumindo a posição de autores da ordem jurídica. Os direitos, portanto, são recíprocos. Sendo assim, a constituição é a condição para o exercício de todos esses direitos fundamentais que os membros de uma comunidade atribuem-se de forma recíproca, quando optam por regular a convivência pelo direito.

Em explicitação à teoria habermasiana, BERNANDO FERNANDES<sup>119</sup> esclarece que

(...) a constituição, sob o paradigma procedimento do estado democrático de direito, deve ser compreendida com a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que representam as condições procedimentais para a institucionalização da democracia nos âmbitos e nas perspectivas do processo legislativo, do processo jurisdicional e do processo administrativo e que garante, ainda, espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas. Nesse sentido, a Democracia, como princípio jurídico constitucional a ser densificado de acordo com a perspectiva específica de cada um desses processos, significa participação em igualdade de direitos e de oportunidades daqueles que serão afetados pelas decisões nos procedimentos deliberativos que as preparam.

Ao se trazer as lições de HÄBERMAS para as relações privadas, a cooperação e solidariedade entre atores particulares impõem, como princípio democrático, o reconhecimento de direitos fundamentais para todos que participam da relação e não apenas para aquele que estaria a fazer uma liberalidade. Ainda que nosso texto constitucional não esteja plenamente adequado à realidade social, tendo um caráter nominal, de acordo com a lógica

---

<sup>118</sup> HÄBERMAS, Jürgen, *Facticidad y validaz: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 163.

<sup>119</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 266.

de LOEWENSTEIN, é fato que os valores sociais foram capazes de constitucionalizar o direito civil e passaram a integrar as relações privadas.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de qualquer contratante devem ser objeto de tutela, independentemente da natureza gratuita ou onerosa do negócio jurídico. No caso da promessa de doação, a liberalidade, que é o único fundamento das Cortes Superiores para negar exigibilidade à promessa, não resiste a análise civil-constitucional desta relação privada. A conduta das partes, as vontades declaradas, os direitos fundamentais originados de uma relação privada não podem sucumbir para uma mera característica da doação, qual seja, a sua gratuidade. Os direitos fundamentais gerados por tais relações privadas prevalecem sobre a natureza e características de institutos de natureza privada.

A valorização dos direitos fundamentais nas relações privadas vem a reboque desse movimento denominado “neoconstitucionalismo”, derivado da doutrina constitucional espanhola e italiana. O neoconstitucionalismo possui variações e sua definição ainda é um pouco obscura, mas há um conjunto de cânones trabalhados pela doutrina brasileira que são a base desse movimento no Brasil. Como exemplos desses cânones, tem-se a formação de um Estado Constitucional de Direito, a centralidade de direitos fundamentais, a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova dogmática relativa à interpretação constitucional.

Como bem ressalta BERNARDO GONÇALVES<sup>120</sup> :

(...) as perspectivas do neoconstitucionalismo se enveredam para as seguintes teses: a- constitucionalização do direito, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais (busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista sua eficácia irradiante), para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todo o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do direito; b- reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; c- rejeição do formalismo e a busca mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínios jurídicos como: a ponderação, tópica, teorias da argumentação, metódica estruturante, entre outros; d- reaproximação entre o direito e a moral; e- judicialização da política e das relações sociais e f- uma releitura da teoria da norma (reconhecimento da normatividade dos princípios a exigência de procedimentos complexos como o da ponderação para o

---

<sup>120</sup> Ibidem, p. 51.

solucionamento de colisões entre eles) e da teoria das fontes (o desenvolvimento e o fortalecimento do papel do judiciário bem como dos Tribunais Constitucionais para a concretização da Constituição).

Nessa lógica neoconstitucionalista, o direito civil, em geral, e a teoria dos contratos, em particular, suporta os efeitos irradiantes dos valores e normas constitucionais, em especial aqueles relacionados aos direitos fundamentais. Portanto, os princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial passam a ser a referência das relações privadas.

Como os princípios constitucionais possuem força normativa e condicionam a aplicação do direito contratual, o que inclui os contratos preliminares, a análise da promessa de doação deve ser pautada e fundada nestes valores. Os direitos fundamentais passam a interagir, de forma complexa e intensa, com as relações privadas.

Não há dúvida de que o promitente doador tem o direito fundamental à autonomia privada no que tange à efetivação da doação prometida. Todavia, esse direito fundamental deve ser contraposto e ponderado, de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, à luz do caso concreto, com o direito fundamental à confiança do promissário donatário, o qual, de alguma forma, está vinculado ao direito fundamental do promitente doador. Considerando a reaproximação entre moral e direito e a prevalência de preceitos éticos, a boa-fé objetiva do promissário donatário que confiou e acreditou na promessa não pode, a pretexto de uma argumentação rasa de gratuidade da doação, ser desprezada. Há valores maiores que devem ser ponderados e, nessa ponderação, a confiança do destinatário da promessa se sobrepõe ao interesse ou ao direito do promitente doador.

Portanto, sob essa perspectiva neoconstitucional, é possível, à luz do caso concreto, que o promissário donatário tenha o seu direito fundamental à confiança tutelada.

### **6.3. A questão da exigibilidade da promessa de doação e a necessária relação com a tutela da confiança**

Após todas estas considerações sobre a transição do Estado Liberal para o Estado Social, os novos valores sociais constitucionais que norteiam as relações privadas, a teoria geral dos contratos, os aspectos do contrato preliminar, a análise dos principais aspectos da promessa de doação e a necessária relação com princípios contratuais contemporâneos, em especial a boa-fé objetiva, é possível compreender a viabilidade jurídica da exigibilidade da promessa de doação.

Os paradigmas contratuais contemporâneos impõem uma inter-relação entre o princípio da autonomia privada com princípios como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Ao partir da premissa de que a promessa de doação é um contrato válido e legítimo, à luz da nova teoria contratual e dos princípios sociais constitucionais, a exequibilidade ou exigibilidade é uma consequência lógica necessária da vontade exteriorizada pelo promitente doador quando da formação deste pacto.

O que justifica a promessa de doação pela perspectiva do promitente doador, ou melhor, qual a causa da promessa? Por óbvio, a consumação da promessa, com a transferência de patrimônio, a título gratuito, para um beneficiário. Esse gesto, aparentemente altruísta, é a causa e justifica a promessa. Esse é o seu fim ou a sua função social.

A exigibilidade da promessa de doação é uma decorrência do reconhecimento da própria validade e legitimidade deste tipo de contrato preliminar. A exequibilidade é inerente à sua função social e à sua causa inicial. A negação da exigibilidade implica na negação da própria promessa, tendo em vista que os princípios da função social e boa-fé objetiva não admitem negócios jurídicos “vazios”, “sem conteúdo” ou sem causa. A doutrina e jurisprudência dominantes, na tentativa de acomodar situações contraditórias, reconhecem a legitimidade do contrato preliminar de doação, mas não a sua exigibilidade.

Não há dúvida de que o promitente doador tem a plena liberdade de realizar gestos e atos altruístas. Ninguém questiona isso. No entanto, ao exteriorizar esse desejo ou essa vontade no momento da formação deste contrato preliminar, esse pacto passa a ter uma função social nesta relação intersubjetiva e gera efeitos jurídicos, vinculando as partes contratantes. A vontade de doar já foi materializada e concretizada na promessa. Isso é

suficiente. A partir deste momento, há de serem observados os interesses do destinatário da promessa, o promissário donatário, o qual acreditou e confiou na vontade exteriorizada.

Essa confiança é elevada à categoria de direito fundamental que pode e deve ser invocada contra a autonomia do promitente doador em relação à execução da promessa. Tal autonomia ou liberdade de consumir a promessa, também um direito fundamental, cede lugar para outro direito fundamental, de mesmo nível e igualmente tutelado, a confiança do promissário donatário, como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva.

Há várias razões que justificam a exigibilidade da promessa de doação:

Em primeiro lugar, o Código Civil, nos artigos 462 a 466, admite a formulação de contrato preliminar como antecedente de qualquer contrato definitivo. A promessa não mais se restringe à compra e venda. Atualmente, qualquer contrato definitivo, independentemente da sua natureza (comutativo ou aleatório; oneroso ou gratuito, formal ou real, etc..) e origem, pode ser objeto de uma promessa ou contrato preliminar, entre estes a doação.

Se assim o é, como foi feita referência no capítulo sobre o contrato preliminar e suas nuances ou características, não há dúvida de que toda disciplina jurídica civil se aplica ao contrato preliminar de doação. Entre as regras que tratam dos efeitos jurídicos do contrato preliminar, a principal é a prevista no artigo 463 do Código Civil, cujo dispositivo permite à parte prejudicada pelo inadimplemento a plena exequibilidade ou exigibilidade do contrato preliminar, o que se denomina “tutela específica”, caso em que o juiz, quando chamado a resolver a questão, conferirá ao contrato preliminar o caráter de contrato definitivo (artigo 464 do CC).

Isso parece lógico, mas o STJ, mesmo após a vigência do atual Código Civil, continua a defender a tese da impossibilidade de ser exigido o cumprimento da promessa de doação, a pretexto de que o promitente doador não pode ser constrangido a realizar liberalidades. Todavia, a liberalidade já foi efetivada e levada a efeito por ocasião da vontade exteriorizada na promessa. A exigibilidade implica apenas o cumprimento da palavra empenhada ou a execução de um contrato perfeito e acabado, que goza de autonomia e efeitos

jurídicos próprios. A lei civil não faz e nem deveria fazer qualquer distinção em relação à natureza onerosa ou gratuita do contrato preliminar, como condição para ostentar exigibilidade. A autonomia individual do promitente doador é tutelada até o momento em que o mesmo resolve realizar a promessa. Efetivada a promessa, esse contrato se submete às regras civis sobre exigibilidade, como qualquer outro contrato preliminar.

Segundo, a promessa de doação, como qualquer contrato preliminar, é irretratável e irrevogável. Em regra, após realizar a promessa e materializar a vontade de doar em um contrato, não pode o promitente doador se recusar a cumprir a promessa, sob o argumento de que teria se arrependido. O arrependimento não é admitido na promessa de contrato, em especial no contrato preliminar de doação, salvo se as partes, de comum acordo, inseriram no pacto a cláusula de arrependimento. Aliás, o próprio artigo 463, como condições para a plena exigibilidade de qualquer promessa de doação, exige apenas o preenchimento dos requisitos gerais de qualquer contrato e os especiais previstos no artigo 462 (o contrato preliminar deve ostentar os requisitos e os elementos do contrato definitivo), bem como a ausência da cláusula de arrependimento, como já ressaltado em capítulos anteriores.

Se houver cláusula de arrependimento e, apenas nesta hipótese, é legítimo o exercício do direito unilateral de não concretizar a promessa. Neste caso, a existência da cláusula de arrependimento não é capaz de gerar, na esfera jurídica do destinatário da promessa, qualquer expectativa em relação ao cumprimento daquela vontade. A cláusula de arrependimento impede o nascimento do “valor-confiança” na esfera jurídica do destinatário da promessa.

O destinatário ou promissário donatário, de antemão, tem plena ciência de que a promessa realizada é precária, ou seja, ela pode ou não se realizar. Tudo por conta da cláusula de arrependimento. Assim, a cláusula de arrependimento impede ou obsta o nascimento do direito fundamental à confiança na parte contrária. Por isso, neste caso específico, não há como exigir a promessa de doação ou o cumprimento de qualquer outra promessa. A questão toda gira em torno da existência ou não da confiança do destinatário. A cláusula de arrependimento impedirá o surgimento do direito fundamental à confiança, que é a justificativa da exequibilidade ou exigibilidade da promessa.

Finalmente, a terceira e principal razão que justifica a exigibilidade da promessa de doação, objeto central do presente trabalho, é a tutela da confiança do destinatário ou promissário donatário. Em razão dos valores sociais constitucionais que fundamentam as relações privadas, a ética (boa-fé objetiva) passa a ser o principal ponto de referência destas relações. E tal ética faz nascerem direitos fundamentais nas relações privadas, como a confiança. O direito encontra legitimidade justamente na proteção das expectativas legítimas e da confiança dos indivíduos, no caso, do promissário donatário.

Como bem ressalta ROSENVALD<sup>121</sup>:

(...) o Código Civil aderiu à teoria da confiança, por considerar que o princípio da boa-fé objetiva incita os contratantes a uma postura leal e colaborativa, na qual o declaratário (leia-se: o promitente donatário) recebe a legítima expectativa de confiança relativamente à perseverança da palavra dada pelo promitente doador. A manifestação de vontade dirigida à atribuição de uma vantagem se concretizou no contrato preliminar; assim, a conduta esperada para a parte coincide com a conduta desejada pelo ordenamento, qual seja: a preservação e a concretização da promessa.

A confiança constitui direito fundamental nas relações jurídicas entre sujeitos de uma sociedade plural e democrática, ordenada por uma ordem constitucional fundada no respeito ao ser humano e suas convicções mais íntimas. Esta decorre de preceitos éticos e contornos jurídicos relacionados ao princípio da boa-fé objetiva. A existência e a justificativa de uma sociedade livre, justa e solidária estão condicionadas ao respeito e à observância da confiança que as pessoas creditam em declarações de vontade, seja de que natureza for. A confiança é a referência axiológica, o valor fundamental e a base de sustentação do equilíbrio das relações jurídicas em geral, e da relação privada em particular.

A pessoa, no momento que exterioriza vontade, materializa o seu desejo em uma determinada declaração e a destina a alguém, passando a integrar o destinatário a essa declaração. O receptor ou destinatário da declaração de vontade, a partir deste momento, pautará o seu comportamento e a sua conduta na vontade que o outro exteriorizou e que ele acreditou e confiou que correspondesse ao desejo do mesmo.

---

<sup>121</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, *Direito dos Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 118.

É irrelevante indagar se o ato ou negócio é benefício ou gratuito, ou seja, se trará vantagens para o responsável pela exteriorização da vontade. O que importa é que o emissor da vontade é responsável pelos efeitos jurídicos que sua declaração produz no mundo exterior.

E, numa sociedade complexa, plural, livre e democrática, ninguém pode ser constrangido a exteriorizar vontades e se vincular, mas se resolve manifestar um desejo em um contrato preliminar, perfeito e acabado, não pode se recusar a cumprir a palavra empenhada sob o argumento de que a sua declaração está pautada em um negócio que não lhe trará qualquer vantagem. Essa ideia mesquinha e ultrapassada de autonomia privada não resiste à necessária tutela dos interesses e da crença que o beneficiário desta declaração nela depositou.

A promessa de doação é um contrato preliminar que decorre de um acordo de vontades manifestado de forma livre pelos seus sujeitos, promitente e promissário. No momento da promessa, o *animus donandi* está presente. Na promessa, o promitente sinaliza um desejo e se compromete a cumprir uma obrigação, qual seja, transferir bens, valores e vantagens patrimoniais para o destinatário. O direito fundamental da autonomia privada surge no momento da formação da promessa ou no momento da exteriorização da vontade, que tem por objeto o compromisso de celebrar um futuro contrato de doação.

Esse direito fundamental à autonomia privada do promitente doador é revestido de todas as garantias neste momento, uma vez que não pode ele ser constrangido a “prometer liberalidades”, mas DEVE ser constrangido a cumprir as liberalidades a que se obrigou. A promessa de doação gera efeitos jurídicos próprios e, dentre estes, o direito do promissário donatário de simplesmente exigir a execução, o adimplemento e o cumprimento da obrigação assumida. A recusa ou o arrependimento do promitente doador após a consolidação da promessa não se justifica, principalmente sob o falso pretexto de que o seu direito fundamental à autonomia privada deve ser tutelado.

Essa autonomia privada foi objeto de tutela no momento da formação e exteriorização da vontade no sentido de prometer a liberalidade. Após a promessa, a questão se resume ao adimplemento, ao cumprimento da palavra empenhada, ou melhor, em dar guarida para o direito fundamental do

destinatário da declaração, o qual acreditou, confiou e pautou todo seu comportamento na crença de que a promessa seria concretizada.

Há uma inexorável inversão de valores, pois não admitir a exigibilidade da promessa é permitir que o promitente doador haja com arbitrariedade, autoritarismo, liberdade plena e uma desonestidade incompatíveis com os valores sociais constitucionais que fundamentam as relações privadas e, em especial, com o princípio da boa-fé objetiva. A espontaneidade ou *animus donandi* está presente no momento da promessa e, por isso, o contrato definitivo é mera consequência lógica e necessária do ajuste anterior.

A boa-fé objetiva garante, com toda sua força e profundidade, a execução da promessa de doação. Como diz HABERMAS, os cidadãos, ao constituírem seus direitos, devem ter garantida sua autonomia privada, mas apenas à medida que se reconhecem mutuamente como destinatários das leis, assumindo a posição de autores da ordem jurídica. Os direitos, portanto, são recíprocos. Assim, a constituição é a condição para o exercício de todos esses direitos fundamentais que os membros de uma comunidade atribuem-se de forma recíproca quando optam por regular a convivência pelo direito.

Com base nesta lição, há múltiplos projetos de vida e todos devem ser respeitados e tutelados. Não é possível, de forma autoritária e antidemocrática, apenas acreditar no projeto de vida do promitente doador, quando o promissário donatário também tem um projeto de vida, que no caso é todo estruturado no direito fundamental à confiança depositada na exteriorização de vontade do promitente doador.

#### **6.4. A exigibilidade da promessa de doação e a relação com a Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas**

Diante dos valores sociais constitucionais que fundamentam as relações privadas, em geral, e o contrato preliminar de doação, em particular, a

confiança é elevada à categoria de direito fundamental e como tal merece tutela e proteção especial. Na qualidade de direito fundamental, o promissário donatário tem o poder de, nesta relação de natureza privada, invocar este direito fundamental para exigir o cumprimento da promessa, com o que estará consolidado o contrato definitivo.

A possibilidade de opor o direito fundamental à confiança, nesta relação privada, é compatível com a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, atualmente admitida pelo STF, como se verá.

Na concepção clássica dos direitos fundamentais, calcada no pensamento liberal, tais direitos apenas visavam impor limites ao poder do Estado (direitos de defesa – liberdades públicas – direitos de 1ª geração ou dimensão). Nestes termos, a relação entre Estado, de um lado, e particular, de outro, é denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais (Relação: Estado x Particular). Com o enfraquecimento do Estado, a complexidade das relações jurídicas, a intensidade e pluralidades dos movimentos sociais e, o dinamismo da sociedade, principalmente após a consolidação do Estado Social, se tornou possível a incidência destes direitos fundamentais na relação entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais – Relação: Particular x Particular).

Essa possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre da ruptura dos paradigmas liberais (constitucionalismo clássico – abstenção do Estado nas relações privadas), adstrito a uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais e do advento do Estado Social (constitucionalismo positivo intervencionista) no qual, para além dessa dimensão subjetiva, desenvolve, dia a dia, uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consistente na consideração de que os direitos fundamentais são a base de todo o ordenamento jurídico de um Estado, principalmente democrático e de direito. Há um efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre todo ordenamento jurídico e, por óbvio, o direito civil não está imune a esta positiva radiação. A partir de então, o direito constitucional passa a ser a referência de todos os ramos do direito.

A doutrina e jurisprudência alemãs, a partir da década de 50, passaram a reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares. Na Alemanha, embora haja certa hesitação quando se trata de identificar a origem precisa do debate, é possível afirmar que este ganhou consistência a partir da referida década, quando foi cunhado o termo “*drittwirkung der grundrechte*” (terceiro efeito dos direitos fundamentais)<sup>122</sup>. A partir desta admissibilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a controvérsia se instaurou em outro campo, ou seja, se os direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas, deveriam ser aplicados de forma direta ou indireta.

Na primeira corrente, eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, a proteção destes somente pode ocorrer por meio de mediação de lei infraconstitucional, ou seja, sob tal perspectiva, as normas infraconstitucionais são interpretadas à luz das disposições constitucionais. Nas palavras de ALEXY<sup>123</sup>, “a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares seria sempre mediada pela atuação do legislador (e sua produção normativa ordinária) ou mesmo pelo Juiz que deveria interpretar o direito infraconstitucional (privado) à luz das normas de direitos fundamentais”. Segundo KONRAD HESSE, o objetivo desta teoria era proteger o núcleo da autonomia privada, base das relações entre particulares, o que foi refutado no Brasil por SARMENTO<sup>124</sup>, sob o argumento de que a autonomia privada estaria fragilizada se ficasse na dependência de legislação infraconstitucional.

---

<sup>122</sup> O Tribunal Constitucional Alemão debateu e enfrentou o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no famoso caso Luth (1958). Em 1950 Enrich Luth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, em um discurso feito perante produtores e distribuidores da indústria cinematográfica, defendeu a realização de um boicote do filme *Unsterbliche Geliebte* (amante imortal), dirigido por Veit Harlam, em virtude de o cineasta ter elaborado filmes de conotação antissemita na época nazista de Hitler. A produtora do filme recorreu ao Tribunal de Hamburgo com o objetivo de que fosse determinado a Luth que cessasse a conclamação ao boicote, com fundamento no artigo 826 do Código Civil. A demanda foi acolhida pelo Tribunal. Ocorreu em virtude de tal decisão recurso por parte de Luth perante a Corte Constitucional, que por sua vez reformou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental de Luth à liberdade de expressão. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011).

<sup>123</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 243.

<sup>124</sup> SARMENTO, Daniel, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito Comparado e no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219.

A segunda corrente, eficácia direta e imediata, defende que os direitos fundamentais, da forma como previstos no texto constitucional, trazem condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, dispensando qualquer tipo de mediação infraconstitucional. Como ressaltou BERNARDO FERNANDES<sup>125</sup>, para tal corrente não há necessidade de atuação (sindicabilidade) do legislador nem mesmo da interpretação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição. Nesse sentido, com base na perspectiva da máxima efetividade, a Constituição deveria ser aplicada diretamente nas relações entre particulares.

No modelo americano, fundado na doutrina do *state action*, os direitos se vinculam, única e exclusivamente, ao Estado. Embora a Suprema Corte venha, pouco a pouco, relativizando a tese da não aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas (por meio da *public function theory* – afirma a aplicação da teoria quando o particular exerce atos ou atividades de natureza tipicamente estatal - atos equiparados), não há um tratamento adequado dos direitos fundamentais em sua vertente horizontal.

Diante destes dois modelos, alemão e americano, a Constituição Federal Brasileira, no artigo 5º, § 1º, não faz qualquer referência à eficácia vertical ou horizontal, como ocorre, por exemplo, com a Constituição Portuguesa de 1.976, segunda a qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Em que pese a omissão de nossa Carta, em terra tupiniquins prevalece a orientação alemã, na linha da segunda corrente, ou seja, tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso em decorrência do modelo constitucional do texto de 1988, bem como da influência inegável da ideologia neoconstitucionalista, a qual prega que as normas constitucionais devem ser um marco, uma premissa ou um pressuposto para a legitimação de qualquer direito. A posição dos europeus e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais previstos na constituição federal é uma realidade.

---

<sup>125</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 266.

A teoria da eficácia direta e imediata foi concebida na Alemanha, por HANS CARL NIPPERDEY, tendo sido aperfeiçoada por WALTER LEISNER, embora na Corte Constitucional alemã terminasse por prevalecer a teoria da eficácia indireta e imediata. Aliás, como sustenta DANIEL SARMENTO, um segmento expressivo na doutrina germânica sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais, nas relações privadas, teria sido absorvida pela teoria dos deveres de proteção, onde o Estado estaria obrigado a proteger as pessoas de lesões e a ameaças aos seus direitos provenientes de outros atores privados.

O fato é que a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas tem prevalecido em países como Espanha, Portugal, Itália e também no Brasil, por meio das decisões do STF, cuja instituição máxima do Poder Judiciário, vem aplicando, de forma direta, os direitos fundamentais para resolver litígios entre particulares.

O Supremo Tribunal Federal tem um acórdão paradigmático sobre a eficácia horizontal dos direitos da personalidade da pessoa humana, inclusive com referência à aplicação direta ou indireta destes direitos nas relações privadas. Trata-se de um caso envolvendo a União Brasileira de Compositores, UBC, onde um dos associados teria sido excluído e pretendia invocar direito fundamental nesta relação privada, para garantir o direito à ampla defesa. No Recurso Extraordinário n. 201.819-RJ, de relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, que teve como relator para o acórdão o Ministro GILMAR MENDES, a tese da eficácia horizontal foi detalhada com muita precisão. No mencionado acórdão paradigmático, há referências a outros dois relevantes julgados da nossa Corte, materializados nos Recursos Extraordinários ns. 158.215-RS e 161.243-DF.

Em seu voto, no RE n. 201.819/RJ, o Ministro GILMAR MENDES anota que:

Qualquer que seja a orientação adotada, importa acentuar que a discussão sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros. É certo, por outro lado, que, a despeito do esforço desenvolvido pela doutrina, não se logra divisar, com clareza, uma distinção precisa entre a questão material da *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) e a questão processual, que alça a Corte Constitucional a um papel de um *Supertribunal de Revisão*". (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2.

ed. rev. e ampliada. Celso Bastos Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 218-229). A propósito da *state action*, o tema tem sido objeto de instigantes estudos e julgamentos nos Estados Unidos, os quais têm reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos direitos civis (*The Civil Right Cases*), acordos privados (*Private Agreements*), ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública (*The Public Function Concept*) (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitutional Law*. 5th Ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995). No Brasil, a doutrina recente tem se dedicado com afinco ao desenvolvimento do tema. Mencionam-se a propósito os estudos de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino do Vale, e Thiago Sombra, os quais também enfatizam o amadurecimento dessa questão no Tribunal. Com base nas raras ocasiões em que a Corte se debruçou sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privadas pode assumir. Muitos desses estudos desenvolveram-se também a partir dos positivos impulsos decorrentes das decisões proferidas por essa Corte (no RE nº 160.222-RJ). No RE nº 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), essa Segunda Turma preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa explicita tal raciocínio nos seguintes termos: “DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”. (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996). Paulo Gustavo Gonet Branco analisa as tendências jurisprudenciais do Tribunal a partir desse julgamento: “A segunda turma do Supremo Tribunal enxergou controvérsia constitucional apta a ensejar o conhecimento e provimento de recurso extraordinário em causa em que se discutia a legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa, sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa dos excluídos. O relator, Ministro Marco Aurélio, dirigiu toda a apreciação do caso para o ângulo da garantia constitucional da ampla defesa. Argumentou que ‘a exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da

*defesa nos processos em geral. [...] Incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados [...], sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova'. O acórdão não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que o torna ainda mais sugestivo. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas. Deixou para os comentadores os adornos doutrinários". (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, Direito Público v. 1, n. 2 (out./dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174). Daniel Sarmento, após analisar detalhadamente a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa: " (...) é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados". (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 297). Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência dessa Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.*

Para a teoria da eficácia direta e imediata, os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações envolvendo atores privados. Não há necessidade de qualquer intermediação legislativa. Os direitos fundamentais são a base do sistema jurídico e, em sua maioria, retratam princípios com força jurídica. Os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva que os tornam princípios e valores vetores do sistema jurídico. Ademais, os direitos fundamentais concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana e, sendo este o princípio norteador das relações de natureza privada, deve ter aplicação direta e imediata como condição para legitimação destas relações sociais.

Nas lições de GONET BRANCO, MENDES e COELHO<sup>126</sup>, os direitos fundamentais, como princípios basilares do sistema, podem ser aplicados diretamente nas relações privadas:

A percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a idéia de que os princípios que informam

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação também no setor de direito privado.

O princípio da autonomia privada seria o principal óbice para o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A questão relacionada à autonomia privada aparece no contrato preliminar de doação, onde o promitente doador teria a liberdade e, portanto, a autonomia de celebrar ou não a própria promessa, jamais a liberdade de escolher de cumprir a promessa ou celebrar o contrato definitivo. Até porque, de outro lado, há o direito fundamental à confiança do promissário donatário, o qual tem o direito subjetivo de ter esse direito tutelado.

Nesta relação eminentemente privada, promessa de doação, não haverá um confronto entre o direito fundamental à liberdade do promitente doador e o direito fundamental à confiança do promissário donatário, gerada pelo comportamento do promitente doador, pois a autonomia privada não pode justificar o descumprimento de uma obrigação que o próprio promitente doador assumiu. Por isso, o direito fundamental de tutela da confiança do promissário donatário não pode ser confrontado com o direito fundamental à autonomia privada do promitente doador que foi resguardado por ocasião da formação da promessa. Portanto, nesta relação privada, sem a necessidade de se socorrer a qualquer intermediação legislativa, poderá o promissário donatário invocar o direito fundamental à confiança para contrapor à liberdade do promitente doador.

No caso da promessa de doação, o que dá sustentação para o promitente doador eventualmente se recusar a cumprir a obrigação assumida na promessa de doação é o caráter liberal e gratuito do contrato definitivo, ou seja, da doação propriamente dita. As decisões do STJ e STF vedam a exigibilidade da promessa de doação justamente por conta do caráter liberal da doação (a sua gratuidade).

Essa gratuidade, mera característica do contrato definitivo de doação, não pode prevalecer sobre o direito fundamental à confiança do promissário donatário, o qual tem assento constitucional, uma vez que é um desdobramento dos valores constitucionais sociais norteadores das relações privadas. A exigibilidade da promessa de doação não pode ser analisada

apenas pela sua natureza jurídica (gratuidade), mas principalmente pelos valores expressos e implícitos encartados na Constituição Federal de 1988.

Essa é a resistência a ser vencida. A autonomia privada é um princípio de direito privado, o qual, certamente, poderá entrar em rota de colisão com outros princípios que, em sua maioria, serão considerados direitos fundamentais.

No caso, não há essa colisão, porque a autonomia privada e o direito fundamental à confiança aparecem em momentos diferentes. A autonomia privada é plenamente tutelada quando há o *animus donandi*, ou seja, no momento da promessa. A confiança, outro direito fundamental, já aparece no momento da execução da promessa, o qual pode ser invocado para que a palavra empenhada, de forma definitiva, seja cumprida.

A teoria da eficácia direta e imediata aproxima os princípios dos direitos fundamentais, para estudá-los conjuntamente. Em caso de colisão, basta aplicar a técnica da ponderação de interesses para, no caso concreto, verificar qual princípio deverá prevalecer. Mas no caso, não há esta colisão, pois ambos são tutelados em momentos diferentes.

As regras de hermenêutica contribuirão decisivamente para a acomodação da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, superando, inclusive, a velha e ultrapassada dicotomia: direito público e direito privado. As normas constitucionais, em especial os princípios, atualmente fundamentam todas as relações jurídicas de natureza privada e, por isso, devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras.

Não há sentido, como defendem os adeptos da teoria da eficácia indireta e mediata, em afirmar que os direitos fundamentais não poderiam ser invocados para a solução de conflitos de interesses, pois, para tal teoria, nas relações privadas deve prevalecer os princípios e regras de direito privado e, apenas na ausência destas, como forma de integração de lacunas, poderia ser dado ao caso concreto uma interpretação levando em conta os direitos fundamentais. Segundo ROBERT ALEXY, a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares seria sempre mediada pela atuação

do legislador ou mesmo pelo Juiz que deveria interpretar o direito infraconstitucional, à luz das normas de direitos fundamentais.<sup>127</sup> No mesmo sentido é o pensamento de KONRAD HESSE<sup>128</sup>, como já ressaltado, o qual sustenta que a teoria visa proteger o núcleo da autonomia privada dos indivíduos.

Toda a construção da corrente defensora da eficácia indireta e mediata é justamente para não prejudicar um dos princípios fundamentais das relações entre particulares, a autonomia privada. Essa é a grande justificativa. Na hipótese versada neste trabalho, a autonomia privada do promitente doador não entre em confronto com o direito à confiança do promissário donatário.

Em caso de recusa na concretização da promessa, poderá o promissário donatário invocar, diretamente na relação privada, o direito fundamental à confiança para a plena exigibilidade e execução da promessa, sem qualquer afronta ao direito fundamental à liberdade e autonomia privada do promitente doador, o qual não se encontra situado na execução da promessa, mas no momento da sua formação.

Ninguém discute a autonomia privada e a liberdade que o promitente doador possui de querer ou não querer realizar uma liberalidade no momento da FORMAÇÃO da promessa. Entretanto, esta mesma liberdade ou autonomia privada não mais existe no momento da EXECUÇÃO da promessa. Por ocasião deste segundo momento, o direito fundamental a ser tutelado, em razão de tudo o que já foi ressaltado nos capítulos anteriores, em especial por conta das questões relacionadas ao princípio da boa-fé objetiva, é a confiança depositada pelo promissário donatário na promessa do promitente doador. A invocação deste princípio ou direito fundamental para a execução e a exigibilidade da promessa de doação pode ser realizada de forma direta e imediata e, neste caso, não encontra obstáculo na autonomia privada, que já foi objeto de tutela em momento anterior, ou seja, por ocasião da FORMAÇÃO do contrato preliminar.

Isso porque os atores privados possuem autonomia para regular seus

---

<sup>127</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 243.

<sup>128</sup> HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 60.

próprios interesses e, diante dessa autonomia ou liberdade de atuação com eficácia jurídica. No momento da formação da promessa, o promitente doador possui essa plena liberdade. Concretizada a promessa, na execução, o direito fundamental a ser observado, sem qualquer contraposição da autonomia privada, é o direito fundamental à confiança do promissário donatário.

Ainda em relação à teoria indireta e mediada, de acordo com a lição de KONRAD HESSE: “A interposição do legislador aparece como o caminho adequado para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito não estatal” (*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, p. 66). A relação continuaria sendo de direito ordinário, a ser resolvida de acordo com as normas infraconstitucionais que permitem a incidência dos princípios e normas constitucionais, com a precisão dos conceitos indeterminados e principalmente pelo uso das cláusulas gerais.

Em excelente monografia sobre os direitos fundamentais e as relações privadas, DANIEL SARMENTO<sup>129</sup> analisa a questão levando em conta os dois principais períodos da modernidade, ou seja, o Estado Liberal e o Estado Social. Segundo SARMENTO, no liberalismo, em razão da necessidade de proteger o indivíduo contra o despotismo do Estado, os direitos fundamentais foram concebidos como limitações ao poder estatal em prol da liberdade dos governados. Nesse período, nas relações entre Estado e indivíduo, valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade dos governados. No campo privado, o Código Civil desempenhava o papel da Constituição da sociedade civil.

Nesse paradigma liberal, onde a autonomia privada era um princípio absoluto (o poder de regular os interesses eram plenos), não havia a possibilidade de o sujeito invocar um direito fundamental contra outro sujeito, mas apenas contra o Estado, se houvesse interferência arbitrária deste na relação privada. Por isso, no liberalismo não se cogita em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas apenas eficácia vertical, entre Estado e cidadão.

Assim, no Estado Liberal os direitos fundamentais limitavam a atuação

---

<sup>129</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 12.

do Estado e nas relações privadas prevalecia a autonomia privada.

No Estado Social, o Estado passa a ter um papel mais ativo na sociedade e, em razão disso, passa a intervir nas relações privadas, a fim de preservar a igualdade substancial, a dignidade dos sujeitos, a solidariedade e cooperação, a função social e a boa-fé objetiva. Esses princípios são os pilares do Estado Social moderno.

Nessa nova realidade, o Estado visa o bem-estar e a justiça social. Acaba a primazia da vontade nas relações privadas, preponderante no Estado Liberal, e passa-se para a primazia da justiça social, o grande objetivo do Estado.

Passa-se a entender que os direitos fundamentais existem para a promoção da dignidade da pessoa humana, tanto em relação ao Estado quando nas relações privadas.

Segundo DANIEL SARMENTO<sup>130</sup>,

(...) no afã de conformarem a realidade social, as constituições passam a se valer com frequência de normas de conteúdo programático, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, de modo suficientemente preciso, de que modo os mesmos devem ser atingidos. Elas não mais se limitam à disciplina do fenômeno estatal, passando a cuidar também da ordem econômica e das relações privadas. O Direito Constitucional penetra em novos campos, fecundando-os com seus valores.

Continua SARMENTO:

Neste cenário, a tradicional dicotomia, de origem romana, Direito Público/Direito Privado, sofre grande impacto, em razão da progressiva publicização do Direito Privado, e da sua “invasão” pela normativa constitucional. Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo predomínio da “liberdade dos modernos” sobre a “liberdade dos antigos”, seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social, invertem-se os termos dessa equação. O primado do público sobre o privado no Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários.

Atualmente, é admissível a invocação de direitos fundamentais nas relações privadas, mais em razão do enfraquecimento do Estado do que propriamente da consolidação dessa teoria. E essa possibilidade é ainda mais evidente quando não há esse confronto ou colisão entre direitos fundamentais,

---

<sup>130</sup> Ibidem, pp. 23/24.

como ocorre neste caso.

Os poderes sociais, representados por grandes aglomerados econômicos e multinacionais, oprimem o Estado e o cidadão. O Estado, por si só, não tem condições de proteger o indivíduo da ação dessas grandes corporações, levando à necessidade de o particular, nesses casos específicos, opor à outra parte, direitos fundamentais da personalidade para a tutela de sua dignidade. Na verdade, o Estado deveria dar proteção ao indivíduo, mas, diante dessa realidade, vem à tona a possibilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não neutralizará os efeitos do princípio da autonomia privada, que também não é absoluta. Em uma relação entre particulares, a autonomia privada deverá ser harmonizada com outros direitos fundamentais, mediante a ponderação de interesses. Não há como fugir do destino traçado pela Constituição Federal de 1988, a qual acolhe normas pertinentes às relações privadas, impondo-se uma releitura dos institutos de direito privado de acordo com os princípios – direitos fundamentais que a estruturam.

Por óbvio, a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não é a mesma da relação entre cidadão e Estado, porque todos os indivíduos são titulares destes direitos. Essa contraposição de direitos envolverá uma ponderação de interesses, sendo que a tutela da autonomia privada será maior ou menor dependendo da condição de igualdade material das partes envolvidas e, principalmente, da natureza da questão a ser definida no caso concreto.

Segundo MENDES e GONET<sup>131</sup>,

(...) a teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais devem ter pronta aplicação sobre as decisões das entidades privadas que desfrutam de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato e de direito..A teoria da eficácia indireta ou mediata, pretendendo maior resguardo do princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade, recusa a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada, alertando que uma tal latitude dos direitos fundamentais redundaria num incremento do poder do Estado, que ganharia espaço para uma

---

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 313.

crescente ingerência na vida privada do indivíduo, a pretexto de fiscalizar o cumprimento dos deveres resultantes da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares.

O Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes, defende a tese da eficácia direta e imediata para resolver pendência entre particulares. Neste sentido os Recursos Extraordinários ns. 158.215-RS, 161.243-DF e 201.819-RJ.

Portanto, partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro se compatibiliza com a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, será relevante verificar a invocação desta teoria na promessa de doação, diante da multiplicidade de contratos desta natureza nas relações sociais.

### **6.5. Os fundamentos da recusa da exigibilidade da promessa de doação nas Cortes Superiores**

A doutrina e a jurisprudência majoritárias rejeitam a possibilidade de reconhecer efeitos obrigacionais à promessa de doação, pela incompatibilidade entre natureza da doação, fundada na liberalidade da disposição patrimonial e a execução coativa da obrigação de fazer. Para esta maioria, não se poderia impor a ninguém fazer cumprir liberalidades.

O Superior Tribunal de Justiça, pela 3ª Turma, no Recurso Especial n. 125.859-RJ, por unanimidade, decidiu que a promessa de doação somente obriga quando é feita como condição para o desquite. A 4ª Turma do mesmo Tribunal, por maioria, no Recurso Especial n. 30.647-RS, considerou inválida a promessa de doação, mesmo quando feita em separação judicial, por que esta é uma liberalidade.

Diante desta divergência entre as Turmas, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar sobre o assunto, o que ocorreu nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 125.859-RJ. Neste recurso, por maioria, foi decidido que a promessa de doação em desquite amigável, quando homologado, é exigível em ação cominatória. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça apenas admitiu a exigibilidade da promessa de doação no

âmbito e para os fins de separação judicial, não sendo possível tal exigibilidade quando a promessa é simples e pura, fruto de mera liberalidade.

No referido acórdão, o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA bem pontuou o cerne da controvérsia:

Chega-se, assim, à questão principal, concernente à validade ou não da promessa de doação, tormentosa não só na jurisprudência como também na doutrina. De um lado, defendendo a validade, encontram-se Washington de Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 2ª parte, 20ª ed., p. 118), Marco Aurélio Viana (*Curso de Direito Civil, v. 5 – Direito das Obrigações*, v. 5, Del Rey, 1996, p. 261), Arnaldo Rizzardo (*Contratos*, v. 2, Aide, p. 511) e Natal Nader (*Ajuris* 16/126). Do outro, pugnano pela invalidade, Agostinho Alvim (*Da Doação*, RT, p. 43), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil, v. III, 10ª ed.*, Forense, 1997, n. 232, p. 160), Sílvio Rodrigues (*Direito Civil, v. 3, 22ª ed.*, Saraiva, p. 200) e Décio Erpen (*Ajuris*, 43/239), dentre outros, igualmente. A jurisprudência atual é igualmente discrepante, embora o Supremo Tribunal Federal, à época em que analisava a violação do direito federal no País, tenha se caminhado para inadmiti-la. Inclino-me também para essa última corrente. Não obstante participe do entendimento de que a realização do ato translativo do domínio feito em Juízo poderia, em princípio, suprir a formalidade do instrumento público, na linha de precedente desta Turma, tenho por inválida a promessa de doação, por ser de natureza pura e simples, uma vez inexistente qualquer encargo da parte das donatárias, considerando que, em se tratando de promessa de doação, a retratação seria possível, pelo que impossível exigir-lhe o cumprimento. Por oportuno, colho do RE 105.862-PE (RTJ 115/440), da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, as razões de decidir do seu relator, Ministro Oscar Corrêa, verbis: "Com efeito, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal recusou, nos três casos indicados, a promessa de doação. No RE 71.742-SP, Relator o Exmº Ministro Barros Monteiro (RTJ 58/153-154) expressamente adotou o magistério de Agostinho Alvim, segundo o qual "é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do animus donandi, sendo sempre possível o arrependimento ou revogação do ato" (*"Da doação"*, pág. 43)" (fls. 154). No RE 75.293, Relator o Exmº Ministro Thompson Flores (RTJ 68/499-500), ainda que aduzindo outros dados da causa, acolheu essa orientação. E, por fim, ratificou-a o Exmº Ministro Soares Muñoz, nesta Primeira Turma, no RE 94.278 (RTJ 103/327-330), nos termos em que lembrado seu pronunciamento na petição de recurso. Esta, aliás, a linha predominante na doutrina... Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil, F. Bastos, 4ª edição, rev. e anot. 1964, III, págs. 387 e seguintes*) resume a matéria como transcrita no acórdão recorrido, considerando "ponto discutível o da possibilidade da doação ser objeto de um contrato preliminar, isto é, a promessa de doação" (pág. 387), como visto na citação do acórdão recorrido, invocando, além disso, outros autores e examinando outras legislações, a respeito. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil, III, 1970, pág. 176*) repele-a, encarado o problema "sob o aspecto ontológico", como também visto no acórdão recorrido. Este, contudo, considerando "inteiramente nova" a questão, recorreu a Pontes de Miranda para admiti-la (*Tratado de Direito Privado*, 46/261-262 e 229).

Em resumo, a promessa de doação, para o Superior Tribunal de Justiça, somente é exigível quando convencionada em acordo de separação. Se for pura, devido ao seu caráter gratuito, não é exigível e, para muitos, é inclusive ilegítima. No Recurso especial n. 730.626-SP, a 4ª Turma extinguiu, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, um pedido de cumprimento de promessa de doação pura e simples em razão da liberalidade que a caracterizava, tornando tal pacto inexigível.

Segundo o relator deste Recurso Especial, ministro JORGE SCARTEZZINI, a promessa de doação não é exigível, se pura. Os seus argumentos são todos de índole liberal, sem se atentar para os valores sociais constitucionais, como dignidade, solidariedade, função e ética que conferem ao promissário donatário o direito fundamental de ter a confiança tutelada. Para o relator:

Cabe, agora, ponderar acerca da viabilidade jurídica da promessa de doação. De ímpeto seria possível afirmar que não há empecilho a que uma pessoa capaz celebre um contrato preliminar pelo qual se compromete a no futuro firmar um contrato de doação. Todavia, tal conclusão apriorística se olvida de elemento essencial da doação, o *animus donandi*. É de interesse, neste ponto, destacar a lição do ilustrado Agostinho Alvim no sentido de que o *animus donandi* não se confunde com o motivo, visto que em nosso ordenamento jurídico não se leva em consideração as razões íntimas que levam à doação, pois não fazem parte do negócio. Em suas palavras: "*O motivo, porém, que tiver levado o doador a doar, se é amor, amizade, vaidade, ou temor da censura alheia, isso não importa, porque não constitui elemento da doação, que se contenta com o rótulo da liberalidade, externado na gratuidade do ato. (...) Liberalidade é gratuidade, dispensada a sondagem íntima.*" (AGOSTINHO ALVIM, in "Da Doação", Revista do Tribunais, São Paulo, 1963, p. 11/12) A intenção do doador de praticar um ato de liberalidade é o que se considera requisito indispensável para configuração do contrato de doação. Se no momento da celebração do contrato preliminar, por óbvio, estará presente a intenção de efetivar a doação futura, não há como se afirmar com tal certeza se ao tempo da celebração do contrato principal subsistirá a livre determinação do doador de efetivar o ato de liberalidade.

Como se observa, a base de sustentação para a não admissão da exigibilidade da promessa seria a necessidade da presença da vontade de doar ou *animus* de doação em dois momentos, na promessa e no adimplemento da promessa, sem se atentar para os efeitos jurídicos da promessa na esfera jurídica do promissário donatário. Além disso, traz argumentos de império, ao citar AGOSTINHO ALVIM, que é lembrado em todos os acórdãos sobre a questão, como se suas palavras retratassem uma verdade absoluta sobre o

tema. Com todo o respeito ao referido doutrinador, sua visão é adequada e compatível com o modelo de Estado Liberal, jamais com a nova conjuntura forjada na teoria dos direitos fundamentais e na valorização da confiança, pilares do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, os valores sociais constitucionais e o valor referência “confiança”, fundamental para o equilíbrio das relações privadas, simplesmente é desconsiderado pelo Superior Tribunal de Justiça. O tema merecia uma análise constitucionalizada, no seio de nossa Corte Constitucional, STF, a fim de que as premissas fossem inseridas em seus devidos lugares. A visão meramente, ou tão somente privada da promessa de doação, por vias indiretas, acaba por violar direitos fundamentais da pessoa humana que confia nas vontades exteriorizadas por seus pares.

No mesmo Recurso Especial (n. 730.626), o relator se pergunta sobre a exigibilidade da promessa de doação:

Na hipótese negativa, seria possível exigir o cumprimento do previamente pactuado? Seria possível exigir juridicamente a doação? Embora o princípio da exigibilidade permeie todo o universo contratual, conferindo-lhes a força vinculante e garantindo à parte lesada o exercício judicial de seu direito, no caso da promessa de doação surge o confronto entre a exigibilidade e a espontaneidade decorrente do *animus donandi*, essência da doação. Admitir a promessa de doação equivale a concluir pela possibilidade de uma doação coativa, incompatível, por definição, com um ato de liberalidade.

Não há argumento científico no referido acórdão e em todos os seus precedentes. Não há doação coativa, pois a espontaneidade da doação já restou caracterizada na promessa, sendo dispensável uma nova espontaneidade, agora na fase de execução. Não se faz qualquer referência ao direito fundamental do promissário donatário no que diz respeito à tutela da sua confiança gerada pela promessa.

E continua o relator:

Supor que na impossibilidade do cumprimento de uma obrigação assumida por liberalidade teríamos sua conversão em perdas e danos fere de morte a natureza gratuita do contrato de doação. Na judiciosa lição de Orlando Gomes *"indispensável à caracterização da doação é, com efeito, a intenção de praticar um ato de liberalidade. O doador deve ter a vontade de enriquecer o donatário, a expensas próprias. Se lhe falta esse propósito, o contrato não será de doação. É o animus donandi que o caracteriza.. Não basta a gratuidade. Traço decisivo da doação é a liberalidade (...)"* (ORLANDO GOMES, in "Contratos", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 213). A

atualidade na manifestação da vontade de bem fazer é *conditio sine qua non* ao contrato de doação, segundo o magistério do mestre Agostinho Alvim "é *dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do animus donandi*", tal necessidade, desta feita, constitui óbice à promessa de doação "porque entre a promessa e sua efetivação pode ter havido arrependimento". (AGOSTINHO ALVIM, in "Da Doação", Revista do Tribunais, São Paulo, 1963, p. 43). Se não há espontaneidade no ato de doar no momento da celebração do contrato definitivo, não pode ocorrer o contrato. A existência de um contrato preliminar de doação é despicienda quando o doador no momento do ajuste definitivo já não possui disposição resoluta de doar. A atualidade do *animus donandi* é basilar à efetivação da doação. Dessume-se, portanto, pela total inoperância da promessa de doação, posto que, como ato de liberalidade, é incompatível com a execução forçada, sendo sempre viável o arrependimento ou a revogação. A promessa de doação é retratável a todo tempo antes da definitiva doação, o que acaba por despi-la da exigibilidade típica do vínculo contratual.

No mesmo sentido foi o voto do ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR que, em poucas palavras, ressaltou: "E tratando-se de promessa de doação, ela não obriga aquele que meramente promete, se vem a desistir posteriormente". Mas não obriga por quê? Por que "meramente" promete? Enfim, como se observa, as Cortes Superiores estão longe de uma análise constitucionalizada, na perspectiva dos direitos fundamentais, sobre o assunto.

Infelizmente, a tesa da ineficácia do contrato preliminar de doação é corroborada pela doutrina:

(...) É da própria essência da promessa de contratar a criação de compromisso dotado de exigibilidade. O promitente obriga-se. O promissário adquire a faculdade de reclamar-lhe a execução. Sendo assim, o mecanismo natural dos efeitos do pré-contrato levaria a esta conclusão: se o promitente-doador recusasse a prestação, o promitente-donatário teria ação para exigí-la, e, então, ter-se-ia uma doação coativa, doação por determinação da Justiça, liberalidade por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador. No caso da prestação em espécie não ser mais possível haveria a sua conversão em perdas e danos, e o beneficiado lograria recuperação judicial, por não ter o benfeitor querido efetivar o benefício. Nada disto se coaduna com a essência da doação, e, conseqüentemente, a doação pura não pode ser objeto de contrato preliminar. (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. III, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 257/258).

É questão discutível a da possibilidade de doação poder ser objeto de um contrato preliminar, isto é, a promessa de doação. Já vimos o que representa estruturalmente um contrato preliminar. Trata-se de um contrato cujo objetivo é um *contrahere futuro*. A doação, porém, conforme vimos, é um contrato de natureza gratuita o que torna inadmissível pode constituir-se em objeto de uma promessa de contrato. Na verdade, se alguém se compromettesse a doar, a outorgar um escritura de doação, e no momento da exigibilidade não a quisesse realizar. Qual a conseqüência jurídica desse

inadimplemento? Poder-se-ia pedir a execução coativa dessa obrigação a título gratuito ou uma indenização por perdas e danos? Entendemos impossível qualquer das duas soluções já que, nos atos à título gratuito, só por dolo responde aquele a quem o contrato não favoreceu (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, "Curso de Direito Civil", v.III, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1964, p. 387)

-----

Não é possível ou não tem valor algum, portanto, uma promessa de doar. A doação, ou existe, ou não existe. sendo um favor, ela não pode ser exigida, sob pena de indenização por perdas e danos: teríamos, assim, uma doação, forçada; e um benefício não se impõe. Faltaria à doação o seu caráter de espontaneidade, nullo jure cogente. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar decepção ao pretendo donatário; mas não comete acto ilícito. As promessas só são exigíveis nos contratos à título oneroso, que são negócios jurídicos, com prestações recíprocas. (LUIS DA CUNHA GONÇALVES, "Tratado de Direito Civil", São Paulo, Editora Max Limonad, 1956, v. VIII, t. I, p. 80)

Antes destas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal também já havia se pronunciado sobre o assunto e, na mesma esteira do seu sucessor na análise da legislação federal, não admitia a exigibilidade da promessa de doação (RE n. 105.862-PE), salvo quando tal promessa fosse feita no bojo de um negócio complexo, como é o caso do acordo em separação judicial.

Em decisão sobre o assunto, o STF, no RE n. 109.097-RS, passou a prever que "a promessa de doação, aos filhos do casal, inserido em acordo de separação judicial, já ratificado, não pode ser unilateralmente retratado por um dos cônjuges". A ineficácia da promessa de doação no âmbito da separação judicial poderia desequilibrar o acordo, ao passo que a promessa de doação estaria entrelaçada com outras obrigações. Todavia, nesta mesma decisão, o STF fez referência ao RE n. 105.862-PE, para afastar qualquer possibilidade de equiparação da promessa de doação na separação com a promessa de doação pura. Em nova decisão no RE n. 122.054-RS, o STF voltou a defender a incompatibilidade entre a liberalidade e a exigibilidade da obrigação.

Portanto, o STF, com exceção das promessas efetivadas no âmbito da separação judicial, não admitia a promessa de doação.

## **6.6. A promessa de doação e o direito fundamental ao respeito à ética (boa-fé objetiva) nas relações privadas**

O tema proposto está diretamente relacionado com a teoria dos direitos fundamentais. Além disso, a plena exigibilidade da promessa de doação constitui decorrência lógica e necessária do reconhecimento de direitos fundamentais a todos aqueles que participam de qualquer relação jurídica. No caso da promessa de doação, o promitente doador é titular do direito fundamental à liberdade ou autonomia privada até o momento em que, por conta própria, resolve e define formalizar a promessa. O promitente doador tem plena liberdade para prometer ou não prometer a transferência de bens que integram o seu patrimônio para outrem. A tutela da sua liberdade, e porque não dignidade, é concretizada no momento da formação da promessa.

Após a formalização da promessa de doação, que é um contrato e, por conta disso, envolve duas declarações convergentes de vontade, a liberdade de execução de tal promessa não pode ser confrontada com o direito fundamental à confiança que esta gerou na esfera jurídica do promissário donatário. A formação e a execução da promessa de doação devem ser analisadas, sob perspectivas diferentes, à luz dos direitos fundamentais. No momento da formação, não pode o promitente doador ser constrangido a fazer a promessa. Neste momento, o direito fundamental à liberdade do promitente doador tende a prevalecer sobre um mero desejo do beneficiário, que ainda não pode ter expectativa sobre um fato ainda não realizado.

Todavia, efetivada a promessa de doação, tal contrato gera efeitos jurídicos, cria expectativas na parte que será beneficiada, motivo pelo qual não será legítima a recusa em executar a promessa, com a invocação do direito fundamental à liberdade de contratar a doação definitiva. Neste momento, prevalece o direito fundamental à confiança do promissário donatário. Embora seja correto afirmar que há direitos fundamentais específicos, sem a característica da universalidade, a confiança é um direito fundamental titularizado por todas as pessoas. E, no caso, o direito fundamental à confiança tem por obrigado não só o Poder Público como qualquer outro particular. Na específica questão da execução da promessa de doação, o promitente doador está obrigado e vinculado ao referido direito fundamental, principalmente porque o direito à confiança nasceu ou se originou da conduta (vontade exteriorizada) do promitente doador.

O direito fundamental à confiança, quando consumado e incorporado no patrimônio jurídico do promissário donatário, pode ser invocado diretamente nesta relação privada, como decorrência da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, denominada eficácia horizontal destes direitos, a qual pode ser extraída do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. Os direitos fundamentais, de caráter preceptivo, são normas que regulam diretamente as relações jurídicas. A execução e a exigibilidade da promessa de doação teriam respaldo na possibilidade da aplicação direta do direito fundamental à confiança neste tipo peculiar de contrato preliminar. Não há justificativa para recusar exigibilidade da promessa de doação, se tal promessa foi realizada livremente pelo promitente doador, incutindo no promissário donatário a confiança e a expectativa de sua execução.

Sobre essa possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais, são precisas as palavras de GILMAR MENDES e PAULO GONET<sup>132</sup>:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir o esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O artigo 5, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo á falta de comando legislativo, venha a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa.

No caso, o princípio da confiança é um direito fundamental que contém os elementos mínimos indispensáveis para que lhe seja assegurada a necessária aplicabilidade e, por conta disso, pode ser invocada diretamente pelo promissário donatário no contrato preliminar de doação, por ocasião da execução desta, caso haja recusa do promitente doador. Ademais, como já ressaltado, neste caso, não haverá colisão de direitos fundamentais, uma vez que o direito fundamental à autonomia privada do promitente doador já terá sido exercido por ocasião da vontade manifestada na promessa.

A força vinculante dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre de sua feição objetiva, porque exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social. Portanto, as pessoas privadas também estão submetidas aos

---

<sup>132</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286.

direitos fundamentais. A discussão sobre os termos e os limites da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda é objeto de acirradas discussões. Todavia, no contexto atual da sociedade brasileira, a vinculação dos particulares nas relações privadas a direitos fundamentais da outra parte é uma realidade.

Na situação específica, objeto deste trabalho, o promissário donatário, titular de um direito fundamental, pode invocar a confiança, que possui essa qualidade, para exigir a consumação da promessa de doação, independentemente do caráter gratuito deste tipo de negócio jurídico. Não haverá sobreposição à manifestação de vontade, tendo em vista que o promitente doador, ao formalizar a promessa de doação, consentiu na transferência futura de bens do seu patrimônio para outrem (promissário donatário). A autonomia da vontade não será obstáculo, uma vez que tem esgotada a sua tutela quando o promitente doador resolve fazer a promessa. A execução da promessa envolve a eficácia deste contrato e pressupõe autonomia privada já concretizada. Por isso, é legítima a invocação do direito fundamental à confiança para a plena execução da promessa de doação.

É fato que, nas relações entre particulares, é essencial a ponderação dos valores envolvidos, para a necessária harmonização e concordância prática dos direitos fundamentais envolvidos na relação privada. Entretanto, na fase de execução da promessa de doação, a qual pressupõe uma promessa já consolidada, o direito fundamental à confiança do promissário donatário prevalece sobre a liberdade de consumação da doação, que, no caso, está mitigada pela anterior declaração de vontade destinada a realizar essa transferência de patrimônio.

A liberdade implica a possibilidade de se vincular e é concretizada pelo promitente doador no momento da efetivação da promessa. O direito fundamental à liberdade contratual foi respeitado com a livre formalização da promessa de doação. A execução da promessa de doação, que interessa para os fins da exigibilidade desta, é problema afeto ao direito fundamental daquele que tem a legítima expectativa em relação à promessa. Por isso, sequer interessa para a discussão se as partes são ou não iguais, pois não haverá

colisão direta, mas apenas uma oposição indireta entre os direitos fundamentais da autonomia privada e da confiança, com o que prevalecerá este último. O promitente doador, ao fazer a promessa, limita voluntariamente os seus direitos econômicos e, no momento da execução, sob pena de grave violação de preceitos éticos e morais, não poderá, sob o falso pretexto de ser livre para consumir a sua vontade, recusar a doação definitiva. A autonomia ou liberdade cede no momento seguinte à concretização da promessa.

No Estado Liberal, o caráter gratuito da promessa de doação conferia ao promitente doador a plena liberdade de autodeterminação em relação à consumação e execução desta vontade exteriorizada. Por conta disso, a primeira geração de direitos fundamentais não é suficiente, por si só, para justificar a exigibilidade da promessa.

Na segunda geração, os direitos fundamentais passam a obrigar prestações positivas por parte do Poder Público, o qual deve atender a reivindicações de justiça social.

Como a exigibilidade da promessa de doação integra a fase de execução deste contrato preliminar e pressupõe o respeito à autonomia privada do promitente doador por ocasião da formação promessa (fase de formação deste negócio jurídico), neste segundo momento, diante do valor confiança, deve prevalecer o direito fundamental do promissário donatário em detrimento do direito fundamental da liberdade contratual do promitente doador, já tutelado na primeira fase do negócio.

## CONCLUSÃO

A atualidade do tema proposto neste estudo e o divergente posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito foi a grande justificativa para sua discussão no meio acadêmico. O objetivo do trabalho foi demonstrar que o contrato preliminar de doação é exigível, independentemente do seu caráter gratuito, justamente porque as relações privadas, em geral, e os contratos, em particular, possuem como fundamento valores sociais constitucionais, que tutelam os interesses e os projetos de vida de todos aqueles que integram determinada relações jurídica, social e política no âmbito civil. É em razão dos paradigmas humanos explicitados na Constituição Federal de 1988, norteados pela cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, que os direitos fundamentais buscam concretizar, no plano concreto dos fatos da vida, que o destinatário de uma vontade livremente exteriorizada possa vindicar proteção à confiança depositada naquela manifestação. A tutela à confiança impõe o respeito à crença, à pessoa, aos valores íntimos do sujeito que age pautado no comportamento da outra parte, em qualquer relação privada.

E essa confiança, base de sustentação das relações privadas ou de qualquer compromisso político, social, ético e jurídico entre atores particulares, é um direito fundamental implícito no sistema constitucional, o qual se concretiza ou se materializa com a sua proteção efetiva.

Diante dos fatos explanados no decorrer do estudo e com todas as pesquisas realizadas, pode-se concluir que a promessa de doação e a questão específica da exigibilidade deste contrato preliminar constitui apenas um exemplo da eficácia do direito fundamental à confiança nas relações jurídicas privadas. E tal direito fundamental pode ser invocado ou reivindicado pelo promissário donatário, destinatário do futuro contrato de doação, diretamente contra o promitente doador, sem mediação de legislação infraconstitucional, com base nos valores e princípios constitucionais norteadores do sistema jurídico vigente e em decorrência da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre atores particulares.

Por esta razão, com a finalidade de chegar a tal conclusão, foi realizada uma análise destes valores sociais constitucionais que influenciam, de forma direta e decisiva, todas as relações de natureza eminentemente privada. Para se compreender o estágio atual da eficácia irradiante destes valores, erigidos à condição de direitos fundamentais, bem como da intensa força normativa dos princípios constitucionais nos mais diversos ramos do direito,, em geral, e no direito civil, em particular, houve a necessidade de uma breve explicação histórica a respeito da finalidade e do objetivo dos direitos fundamentais no Estado Liberal até a nova conformação destes valores e sua readequação ao Estado Democrático de Direito atual.

Considerando-se as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia e aplicação dos direitos fundamentais, com a inclusão dos “casos de colisão”, fica evidente a possibilidade de um particular invocar contra outro particular, independentemente de mediação infraconstitucional, direito fundamental. Esse avanço significativo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de forma direta e imediata, é uma decorrência da decisiva influência destes valores e princípios constitucionais nas relações dos sujeitos da sociedade civil contemporânea.

Por outro lado, o ordenamento jurídico, baseado apenas em regras postas, atrelado a um sistema jurídico fechado, está superado. No decorrer da história, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem da concepção e noção de direito natural para alcançar uma leitura que lhes atribuisse força normativa. Os princípios superaram a ideia de racionalidade especial e atemporal, para integram o que hoje se compreende como “norma jurídica”. Essa concepção social de norma jurídica está diretamente relacionada à nova conformação do Estado e de sua opção por inserir os direitos fundamentais na base do sistema jurídico. O problema dos princípios, ainda não solucionado pelos pós-positivistas, é definir quais os limites da aplicação destes valores normatizados ou implícitos, como é o caso da confiança.

O tema é bastante complexo e alvo de críticas e debates incessantes. Os princípios constitucionais sociais devem ser obedecidos pela comunidade jurídica, mas sempre de forma equilibrada, justa, pois nenhum deles é tão

absoluto a ponto de justificar uma falta de proteção dos cidadãos, ou a preterição da confiança e da vontade de um deles em detrimento do outro.

A confiança é um princípio geral que integra a boa-fé objetiva ou dever de comportamento ético. Ainda que os princípios ostentem um alto grau de abstração, que careçam de mediações concretizadoras do legislador e do juiz, que tenham natureza estruturante e uma íntima relação com a ideia de justiça e direito, eles servem para fundamentar as regras jurídicas do mesmo sistema em que estão inseridos. São o fundamento e a fonte do sistema jurídico, conforme restou demonstrado em capítulo próprio.

Assim, os valores sociais constitucionais e sua natureza principiológica, como elementos fundamentais do sistema jurídico, foram as premissas básicas para demonstrar que só é possível defender a exigibilidade de um contrato preliminar gratuito em razão desta nova dogmática democrática e social. A aplicação destes princípios e valores nas relações privadas passa pela compreensão renovada da eficácia dos direitos fundamentais, que podem ser invocados numa relação entre atores particulares. Ainda que possa existir uma dimensão de peso entre princípios, sob o aspecto qualitativo, em especial no caso de colisão, a aplicação, no caso concreto, poderá ser resolvida pelo mecanismo da proporcionalidade.

A confiança é um princípio elevado à condição de direito fundamental e, como tal, deve merecer a devida tutela, independentemente de mediação infraconstitucional, ou seja, de forma direta e imediata. Os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado. No caso, a confiança obriga ao promitente doador o cumprimento da promessa realizada, cuja vontade exteriorizada gerou na esfera jurídica da outra parte legítima expectativa. Segundo ALEXY, tal realização deve ocorrer na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o que lhes confere a natureza de mandamentos de otimização<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, p. 12, tradução livre. Para Alexy: “princípios são normas que ordenam que algo se realize na melhor medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

O promitente doador também possui direito fundamental a ser tutelado, que é a liberdade de prometer, ou não, bem em doação. Como ressaltado, no momento da promessa, tal liberdade prepondera sobre qualquer expectativa virtual do futuro e possível promissário donatário. No entanto, efetivada a promessa, o direito fundamental à liberdade de contratar do promitente doador cede espaço para o direito fundamental à confiança do promissário donatário em relação à efetivação da promessa. No caso, sequer há colisão de direitos fundamentais, tendo em vista que surgem em momentos diferentes. A liberdade do promitente doador se concretiza por ocasião da decisão em contratar ou não contratar. No trabalho, foi desenvolvida toda a ideia relacionada às características do contrato preliminar de doação, também denominado promessa de contrato, que é um contrato autônomo, com efeitos jurídicos próprios, integrante da teoria geral do fato jurídico e dos contratos, cuja tutela, para fins de exigibilidade, independe do seu caráter gratuito. Em razão destas características do contrato preliminar, ao exteriorizar a vontade de doar em uma promessa de doação, o promitente está no exercício pleno do direito fundamental à liberdade de contratar que prepondera e prevalece sobre qualquer outro. Após a concretização deste direito fundamental, o sujeito destinatário da promessa pode vindicar, direta e imediatamente, o cumprimento da promessa, enfim, a exigibilidade desta. A conduta e o comportamento do promitente doador quando exteriorizou o desejo de doar na promessa faz surgir e emergir um direito para a outra parte, relacionada à confiança conectada àquele comportamento, que se materializará no plano da eficácia deste contrato particular.

No entanto, em relação a esta questão, as Cortes Superiores convivem com um paradoxo só explicável por questões culturais, contemporâneas ao Estado Liberal, ainda intrincadas na (pré) compreensão do ser humano. O que se pretende demonstrar com essa afirmação é que não há uma sintonia entre a compreensão atual e moderna dos direitos fundamentais nas relações privadas com a análise e aplicação destes mesmos direitos, valores e princípios na promessa de doação. Sob o (falso) pretexto de um caráter gratuito das promessas de doação, as Cortes Superiores, o STF até 1988 e o STJ, desde então, resistem em tutelar o direito fundamental à confiança do promissário

donatário neste contrato específico. O que está por trás desta resistência é uma concepção puramente ideológica privatista, ou seja, obrigar alguém a cumprir uma liberalidade. O fato é que não se obriga quem já se obrigou pela própria vontade, no pleno exercício do direito fundamental à liberdade. A questão é exigir que o sujeito tenha postura e conduta ética, mediante o cumprimento de contratos, termos e obrigações, independentemente da sua natureza. Seria o caso de “constitucionalizar” o tema, pois o Supremo, atualmente, dificilmente manteria aquele entendimento meramente ideológico de suas decisões até a Constituição de 1988.

O sujeito que faz promessas, ainda que gratuitas, diante dos valores e princípios que fundamentam as relações privadas, deve cumpri-las, porque as vontades, condutas e comportamentos geram deveres jurídicos, independentemente da natureza.

Por isso, não é uma questão de prevalência do direito fundamental do promissário donatário ao contrato de doação em detrimento do direito fundamental de liberdade contratual do promitente doador, mas a simples concretização do direito fundamental à confiança originada pelo comportamento e conduta do promitente doador, que integra o conteúdo da boa-fé objetiva, pilar de sustentação de todo o sistema jurídico.

Ainda que no direito contratual contemporâneo seja difícil a tarefa de qualificação de espécies jurídicas, até pelo pluralismo social e a complexidade das relações entre indivíduos, base empírica das normas e institutos jurídicos, a promessa de doação não pode ser estudada apenas com base em sua estrutura e características, mas, principalmente, pelas expectativas que geram no beneficiário, sua finalidade, funcionalidade e relevância para as relações privadas, o que impõe uma nova postura diante da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição Federal no âmbito das relações entre particulares. Ainda há muitos interesses em jogo. A elite é proprietária e, por conta disso, concepções ideológicas que pretensamente defendam a propriedade em contratos gratuitos, não podem prevalecer sobre direitos fundamentais a serem observados em toda e qualquer relação social, jurídica ou não.

A partir daí, foi essencial uma análise pormenorizada do contrato preliminar, em geral, e da promessa de doação, em especial. A estrutura deste contrato próprio não justifica negar tutela ao promissário donatário, em caso da não efetivação da promessa. Todo contrato preliminar é consensual e gera obrigações para o promitente. Ninguém discute a exigibilidade das promessas em geral, mas não se admite a exigibilidade da promessa de doação. Qual o fundamento? Nenhum. Ninguém apresenta um argumento científico para negar exigibilidade à promessa de doação. E a razão é simples: diante dos princípios e valores integrantes da teoria contratual, os argumentos dogmáticos não mais convencem. Não se pode exaltar e fazer apologia da ética e da boa-fé em qualquer relação privada e, no contexto mais decisivo para sua verificação e aplicação, simplesmente é negada a exigibilidade da promessa com base em razões puramente ideológicas.

Por meio deste trabalho, foi possível perceber que existe um ponto de equilíbrio entre a autonomia privada e os princípios constitucionais sociais que regem os contratos, em que um não afronta o outro, pois eles se complementam, se integram.

Se a promessa de doação é um fato jurídico e social inquestionável, a ela se aplicam toda a teoria contratual, pautada em direitos fundamentais e valores sociais, que buscam tutelar e concretizar todos os projetos de vida, a dignidade destas vidas e a ética nas relações privadas.

Por tudo isso, defende-se a hipótese de que o promissário donatário, que confiou na promessa, formalizada em contrato perfeito e acabado, pode invocar o direito fundamental à confiança para, de forma direta e imediata, fazer com que repercuta nesta relação. Essa possibilidade não invalidaria qualquer cláusula contratual proibitiva, pois se o promitente comprador insere na promessa uma cláusula em que é apenas facultada a efetivação deste ato, não haverá invalidação da cláusula pelo simples fato de que ela impede que o promissário donatário tenha a titularidade da confiança, que, no caso, inexistente por conta da precariedade da promessa. A prevalência dos direitos fundamentais sobre a ideia de autonomia privada aproxima o sistema brasileiro da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em razão do exposto, pode-se constatar que a exigibilidade da promessa de doação implica na concretização do direito fundamental à ética e, em consequência, à confiança nas relações privadas, o qual pode ser invocado direta e imediatamente pelo promissário donatário em caso de não consumação da promessa formalizada livremente, independentemente de mediação legislativa, tudo em prol da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e da tutela da confiança nas relações privadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Librería Porrúa, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AZEVEDO, Fábio de Oliveira; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); e TARTUCE, Flávio (coord.), *Direito Contratual, Temas Atuais*, Algumas questões de direito civil e de direito processual civil sobre o contrato preliminar, 1. ed., São Paulo: Método, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *A Nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Org. Luís Roberto Barroso. São Paulo: Renovar, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 3. ed., Campinas: Paz e Terra, 1991.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). *Teoria Geral do Direito Civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1, pp. 242/280.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*, Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nélon. *Direito dos Contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nélon. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005, t.1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Esquematizado, Parte Geral, Obrigações e Contratos*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1965, v. 8, t. 1.

HÄBERMAS, Jürgen, *Facticidad y validaz: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

- HECK, Luiz Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Madrid: revista de Derecho privado, 1978.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/43>>. Acesso em: 17 de junho de 2010, às 12h.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990. t. 1.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 3. ed., São Paulo: Bookseller, 2004. v. XLVI.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, JJ Gomes. *Constituição da República portuguesa anotada*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, v. 1.
- NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Contratos*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

NEGREIROS, Teresa, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil, Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil, Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil*, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito Público em tempos de Crise – estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito Comparado e no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil, Contratos*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4, t. 1.

\_\_\_\_\_. *O Contrato de Doação*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et al. *Código civil interpretado*. (Parte geral e Obrigações - artigos 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>  
Acesso em: 05/02/2012, às 12h.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>  
Acesso em: 05/02/2012, às 12h.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid Trota, 1999.