



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO - MESTRADO

PAULO ANTONIO RODRIGUES MARTINS

**A MORALIDADE NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO:
UM ESTUDO A PARTIR DA FILOSOFIA DE ADAM SMITH**

Goiânia
2012

PAULO ANTONIO RODRIGUES MARTINS

**A MORALIDADE NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO:
UM ESTUDO A PARTIR DA FILOSOFIA DE ADAM SMITH**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Doutor Jean Marie Lambert.

Goiânia
2012

M386m Martins, Paulo Antonio Rodrigues.

A moralidade do direito contratual brasileiro : um estudo a partir da filosofia de Adam Smith / Paulo Antonio Rodrigues Martins. - 2012.

101 f.

Bibliografia: f. 94-101.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Jean Marie Lambert.

1. Filosofia moral - Adam Smith. 2. Princípios contratuais. 3. Código civil –moral – Adam Smith. 4. Processo simpatético. 5. Obrigações negociais. I. Título.

CDU: 17(043.3)

PAULO ANTONIO RODRIGUES MARTINS

**A MORALIDADE NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO:
UM ESTUDO A PARTIR DA FILOSOFIA DE ADAM SMITH**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para obtenção do grau de Mestre. Aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr. Jean Marie Lambert
Prof^o. Orientador e Presidente da Banca
PUC/GOIÁS

Dra. Geisa Cunha Franco
Prof^a. Membro da Banca
PUC/GOIÁS

Dr. Rabah Belaidi
Prof^o. Membro da Banca
UFG/GOIÁS

Dedico esta dissertação a Paulo Rodrigues de Miranda e Alice da Silva de Miranda, que em momento algum mediram esforços para realização dos meus sonhos; guiaram-me pelos caminhos corretos; ensinaram-me a fazer as melhores escolhas; mostraram-me que a honestidade e o respeito são essenciais à vida e que devemos sempre lutar pelo que queremos. 'Sou reflexo de vocês'.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que compartilharam a incrível experiência vivida por mim ao longo do curso de mestrado, em especial ao amigo Arício Vieira da Silva, grande incentivador e companhia em inúmeras viagens e ao Dr. Ricardo Luiz Nicoli, respeitável acadêmico e laborioso magistrado, que indicou pontos práticos importantes para conclusão desse trabalho.

Aos meus queridos pais, avós, irmãos e sobrinhos, que me oportunizaram momentos de alegria na difícil trajetória para obtenção do conhecimento. Em especial, agradeço meu tio Rosângelo Rodrigues de Miranda, culto jusfilósofo, homem íntegro e honroso exemplo de ética, sabedoria e garra, sendo que sem o seu apoio esse projeto não sairia do papel.

Ao meu orientador, Doutor Jean Marie Lambert, minha eterna gratidão, pela sua assistência, dedicação, competência, paciência e compreensão, sem as quais não seria possível a confecção desta pesquisa.

Aos professores Doutores Geisa Cunha Franco e Rabah Belaidi pelas relevantes críticas e sugestões apresentadas por ocasião de meu exame de qualificação, indispensáveis para o aprimoramento deste trabalho.

Aos amigos Marcelo Lopes Ferreira, ex-secretário do mestrado e Ramon de Souza Oliveira, pesquisador do programa de iniciação científica do CNPq, obrigado pelas orientações e pela convivência nos intervalos das aulas.

Aos colegas servidores técnico-administrativos e docentes da Universidade de Rio Verde - GO (FESURV) e do Instituto de Ensino Superior de Rio Verde (IESRIVER) – Faculdade Objetivo, obrigado pelo incomensurável apoio.

Muito grato.

"Paradoxalmente, são as ciências humanas que, no momento atual, oferecem a mais fraca contribuição ao estudo da condição humana, precisamente porque estão desligadas, fragmentadas e compartimentadas. Essa situação esconde inteiramente a relação indivíduo/espécie/sociedade, e esconde o próprio ser humano. [...] Seria preciso conceber uma ciência antropossocial religada. [...] À espera dessa religação - desejada pelas ciências, mas ainda fora de seu alcance -, seria importante que o ensino de cada uma delas fosse orientado para a condição humana. Assim a Psicologia, tendo como diretriz do destino individual e subjetivo do ser humano deveria mostrar que *Homo sapiens* também é, indissolavelmente, *Homo demens*; que *Homo faber* é, ao mesmo tempo, *Homo ludens*; que *Homo economicus* é, ao mesmo tempo, *Homo mythologicus*; que *Homo prosaicus* é, ao mesmo tempo, *Homo poeticus*. A Sociologia seria orientada para nosso destino social; a Economia para nosso destino econômico; um ensino sobre os mitos e as religiões seria orientado para o destino mítico-religioso do ser humano. [...] Quanto à contribuição da História para o conhecimento da condição humana, deve incluir o destino, a um só tempo, determinado e aleatório da humanidade. [...] Todas as disciplinas, tanto das ciências naturais como das ciências humanas, podem ser mobilizadas, hoje, de modo a convergir para a condição humana."

RESUMO

Este estudo tem como objetivo investigar a filosofia de Adam Smith, fundada nos sentimentos, no qual a participação na situação alheia gera uma reciprocidade de sensações e emoções, que servem de subsídio para o estabelecimento da valoração moral. Uma moralidade construída a partir de juízos de fato sintéticos '*a posteriori*', que geram raciocínios causais e fáticos das percepções do próximo. Uma prática reflexiva, ética e pedagógica. Perceber-se-á que as ideias filosóficas e morais de Adam Smith não foram devidamente difundidas, sendo que uma visão parcelar de suas obras obnubilaram o verdadeiro conhecimento de seu gênio. A par disso, perquirir-se-ão quais são os fundamentos morais das obrigações contratuais e econômicas, com base num movimento de reconciliação entre ética e economia. Por conseguinte, contextualizar-se-ão todas essas invenções com a principiologia contratual do Código Civil brasileiro, transformada com a inclusão de cláusulas gerais (função social, boa-fé e confiança), que exigem do hermeneuta rigor e criatividade no preenchimento e definição de seus sentidos. *Problematização:* A filosofia moral de Adam Smith tem por base a utilidade e o auto-interesse? Ou esse auto-interesse é socialmente e moralmente condicionado? É possível estabelecer relações negociais sendo ético, ou seja, é possível enriquecer agindo com lealdade e probidade? *Hipótese:* Os sentimentos morais de Adam Smith têm alicerces no estabelecimento de relações sociais corretas e justas, sendo que o auto-interesse individual é calibrado pelo interesse da preservação da própria espécie e o regime contratual brasileiro também se fundamenta nessas ideias. *A metodologia* privilegiou a pesquisa bibliográfica e a análise histórica, através do método hipotético-dedutivo de construção de conjecturas e eliminação de erros. *Conclusão:* É possível contratar sendo ético e leal, lucrando individualmente e enriquecendo socialmente, através do processo simpatético proposto pela moral smithiana.

Palavras-chave: Filosofia Moral. Adam Smith. Código Civil. Princípios contratuais.

ABSTRACT

This study aims to investigate the philosophy of Adam Smith, founded in feelings, in which participation in the situation of others creates a reciprocity of sensations and emotions, which serve as input for the establishment of moral valuation. A morality constructed from synthetic judgments of fact 'a posteriori', that generate causal reasoning and factual perceptions of others. A reflective practice, ethics and pedagogy. Understanding will be that the moral and philosophical ideas of Adam Smith were not properly distributed, and a partial view of his works obnubilaram true knowledge of his genius. In addition, perquirir will be what are the moral foundations of economic and contractual obligations, based on a movement of reconciliation between ethics and economics. Therefore, context will be all these inventions with contract principles, the Brazilian Civil Code, changed with the incorporation of standard terms (social function, good faith and trust), which require the hermeneutist rigor and creativity in completing and setting their senses. Curriculum: The moral philosophy of Adam Smith is based on the usefulness and self-interest? Or that self-interest is morally and socially conditioned? You can establish business relations and ethical, ie, it is possible to enrich acting with fairness and probity? Hypothesis: The Moral Sentiments by Adam Smith have foundations in establishing social relationships right and fair, and the individual self-interest is calibrated by the interest of preserving the species itself and the contractual arrangements Brazil is also based on these ideas. The methodology favored the literature and historical analysis, through hypothetical-deductive method of construction of conjectures and eliminate errors. Conclusion: It is possible to contract being ethical and fair, profiting individually and socially enriching, through the process proposed by the sympathetic Smithian moral.

Keywords: Moral Philosophy. Adam Smith. Civil Code. Contractual principles.

SUMÁRIO

RESUMO	08
ABSTRACT	09
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – A FILOSOFIA MORAL DE ADAM SMITH	17
1.1 – A simpatia e a Teoria dos sentimentos morais.....	19
1.2 – A solidariedade moral e o senso de conveniência.....	23
1.3 – O ponto de vista moral e o autodomínio.....	26
1.4 – O diálogo entre a Teoria dos sentimentos morais e a Riqueza das nações.....	29
CAPÍTULO 2 – O PROCESSO SIMPATÉTICO E AS OBRIGAÇÕES NEGOCIAIS ..	36
2.1 – A moral na contemporaneidade e o processo simpatético de Adam Smith.....	36
2.2 – A moral nas obrigações contratuais.....	40
2.3 – O direito e o contrato em Adam Smith: <i>Lectures on jurisprudence</i>	41
2.4 – A reaproximação entre ética e economia e os sentimentos morais.....	47
CAPÍTULO 3 - A PRINCIPIOLOGIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA MORAL SMITHIANA	53
3.1 – O direito civil brasileiro: evolução histórica e atual configuração.....	53
3.2 – Os fatos jurídicos e os negócios jurídicos.....	56
3.3 – Os contratos: nova teoria geral.....	57
3.4 – Os princípios informadores mais tradicionais: liberdade de contratar e obrigatoriedade contratual.....	61
3.5 – O princípio da função social dos contratos.....	63
3.5.1 – O princípio da função social do contrato a partir do processo simpatético.....	69
3.6 – O princípio da boa-fé (objetiva).....	71
3.6.1 – Função interpretativa da boa-fé.....	75
3.6.2 – Funções integrativa e de controle da boa-fé objetiva.....	75
3.6.3 – A confiança como pressuposto da boa-fé.....	77
3.6.4 – A vedação do comportamento contraditório (<i>venire contra factum proprium</i>).....	78
3.6.5 – Os princípios da boa-fé objetiva, confiança e o <i>venire contra factum proprium</i> interpretados a partir do processo simpatético de Adam Smith.....	81
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

INTRODUÇÃO

O estudo da moralidade e do direito contratual envolve diversas áreas do conhecimento humano, entre elas, a filosofia, a economia e as ciências jurídicas. O objeto desta pesquisa é apresentar alguns escritos de Adam Smith, notadamente os filosóficos, no sentido de esmiuçar quais foram suas contribuições para o estabelecimento de parâmetros morais e éticos praticáveis e aceitáveis. Além do mais, relacionar essas orientações com o regime jurídico contratual brasileiro, especificamente a teoria geral dos contratos, formatada com a aprovação do Código Civil de 2002.

A escolha do tema não é aleatória, pois as últimas tendências doutrinárias e legislativas têm valorizado muito a orientação pós-positivista do direito. O intuito é ultrapassar a visão jurídica meramente formalista e positiva, na qual a lei incorpora o papel de única protagonista das relações sociais e reconhecer que os princípios assumem funções de destaque. Antes meras fontes subsidiárias; agora representam a supremacia no ordenamento jurídico.

A palavra “princípio” vem do latim *principium*, que significa início, começo, origem de algo. Juridicamente, expressa critério de inspiração às leis ou normas concretas do direito positivo. (BONAVIDES, 2002). Também representa o alicerce de uma disciplina jurídica, seu ponto fundamental e que vincula todas as outras leis.

Não obstante, referidas fontes pecam pela significativa ausência de carga normativa e cabe aos juristas da pós-modernidade consertar tal deficiência. A sua valoração jurídica, de outro lado, foi ratificada com a sua inclusão nos diplomas constitucionais. Como ápice do ordenamento, a Carta Magna estabelece um sistema aberto de regras e princípios. Agora, diferenciam-se as primeiras (mais objetivas e restritivas) dos segundos (função de abrangência), no arcabouço do ordenamento jurídico. Não que as regras (leis em sentido estrito) tenham perdido sua relevância; mas sua aplicabilidade depende da conformidade com os valores principiológicos mais fundamentais de todo o sistema jurídico. Violar uma lei fere alguns pontos estruturais; ferir um princípio desmonta todo o sentido da ordem legal.

Na interpretação de Eros Grau, imbuído de muitas das ideias do lusitano Menezes Cordeiro, o formalismo e o positivismo (sobretudo o difundido por seguidores de Hans Kelsen) ainda são as marcas que caracterizam metodologicamente o pensamento jurídico moderno. Entretanto, sua fragilidade e

inconsistência desnudam-se em vários aspectos, dentre os quais a incapacidade de explicar os chamados “conceitos indeterminados” e as proposições carentes de preenchimento com valorações. (GRAU, 2011).

A mudança de paradigmas, desse modo, torna-se necessária. A hermenêutica jurídica se enriquece com uma leitura substancial e principiológica, sendo que o intérprete assume uma condição mais construtiva e atribui sentido ao enunciado legal. É a propalada *nova hermenêutica* (GRAU, 2011).

Nesse desiderato, a própria leitura da Constituição da República sofre uma grande transformação. Constitucionaliza-se o direito e se estabelece a força normativa da Lei fundamental. Uma expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de cortes específicas e o aprimoramento de novos métodos e princípios interpretativos.

O pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo), na verdade, persegue a eficácia da Lei maior, especialmente a concretização dos direitos fundamentais.

O direito privado brasileiro não pode ignorar tais transformações, tanto que o Código Civil de 2002 consolidou princípios caros aos modelos particulares de conduta, como o princípio da boa-fé objetiva. O próprio Miguel Reale propagou que o artigo-chave do Código Civil, rico em conseqüências jurídicas, é o artigo 113 (boa-fé objetiva) (REALE, 2003).

Observa-se, por esse mandamento, o interesse do legislador em promover a dignidade humana, a solidariedade social, a lealdade, a honestidade e a transparência nas relações civis. Sua organização se dá através de cláusulas abertas (gerais), que *expressamente* permitem ao intérprete (principalmente ao juiz), desenvolver mais sentido às normas, estabelecer sua eficácia e seus limites.

Vale lembrar que essa atividade interpretativa é relativamente nova; exige do operador do direito uma postura mais flexível e criativa, sem deixar de lado a segurança jurídica. Talvez aqui esteja o principal objetivo da presente reflexão, qual seja, oferecer instrumentos e subsídios mais seguros para que o magistrado possa preencher com sabedoria o *vale* hermenêutico que surge com a natureza axiológica própria das normas abertas.

Justifica-se o estudo do tema proposto como forma de contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa. A leitura moral do direito renova concepções pouco discutidas e resgata a essência da natureza humana. A separação extrema entre direito e moral perseguida por alguns autores positivistas, de certa

forma atrasou a evolução da própria ciência jurídica. Uma visão tão reducionista certamente sobreviveria por poucas décadas.

Além de aprimorar o desenvolvimento social, a escolha pela pesquisa sobre as relações entre a moral e o direito contratual, a partir das contribuições filosóficas de Adam Smith, permitirá que muitos leitores tomem conhecimento de conceitos básicos propostos pela filosofia moral smithiana, que expressam com sapiência ideias simples e fiéis sobre a pessoa humana.

Perceber-se-á que, antes do cultuado economista, manifestou-se um gênio da filosofia ocidental. Ideias abandonadas ou pouco difundidas pela humanidade, mas retomadas por um verdadeiro movimento de releitura de suas obras.

Os “engenheiros” econômicos de plantão (economistas numéricos) deveriam ter tido mais cuidado com a interpretação política e jurídica de um pensador formado na ‘era das Luzes’. Um filósofo do iluminismo (escocês) certamente possui um pensamento mais complexo e rico do que muitos possam imaginar. Os prognósticos foram equivocados. Adam Smith não é propriamente o “pai” do liberalismo econômico; representa mais um construtor de teorias morais embasadas naquilo que há de essencial na natureza do homem. Seus escritos, notadamente a Teoria dos sentimentos morais, expressam um sentimento de solidariedade raramente visto no mundo das letras. Para ele, as respostas para as imperfeições da espécie estão na própria natureza humana, no contato com o próximo, com o outro, que é o único referencial existente.

Em certa passagem de sua obra, na qual trata das virtudes amáveis e respeitáveis, Adam Smith dispõe: (SMITH, 1999, pág. 26):

E daí resulta que sentir muito pelos outros e pouco por nós mesmos, restringir nossos afetos egoístas e cultivar os benevolentes, constitui a perfeição da natureza humana; e somente assim se pode produzir entre os homens a harmonia de sentimentos e paixões em que consiste toda a sua graça e propriedade. E assim como amar a nosso próximo do mesmo modo que amamos a nós mesmos constitui a grande lei do Cristianismo, também é o grande preceito da natureza amarmos a nós mesmo apenas como amamos a nosso próximo, ou, o que é o mesmo, como nosso próximo é capaz de nos amar.

Ademais, em artigo sobre a contextualização de Adam Smith e o ambiente vivido por ele à época do iluminismo escocês, Hugo E. A. da Gama Cerqueira conclui que os *escoceses levaram a sério o desafio de explicar a sociabilidade humana (...). Sua expectativa era de alçar as ciências morais ao mesmo êxito teórico e prático alcançado pela filosofia natural no século que os precedeu.* (CERQUEIRA, 2005, pág.

05). Corrente essa, que contraria também autores como Hobbes e Locke, pois constata que a vida em sociedade é a condição natural para o ser humano e revela um autor mais criativo do que a imagem difundida pelos economistas mais tradicionais.

Por conseguinte, será possível perceber no decorrer do presente estudo, que as orientações utilitaristas formatadas nos séculos XIX e XX não são frutos das especulações filosóficas e muito menos econômicas de Adam Smith. Para o senso comum, as proposições mais recorrentes nos termos econômicos smithianos são aquelas que privilegiam a vantagem individual em face da coletiva; que contemplam o proveito pessoal em face do ganho social; que o egoísmo é necessário para se estabelecer relações negociais vantajosas. Entretanto, o que Smith na verdade propõe é um utilitarismo no qual os fins não estão desligados dos meios; deve haver adequação entre as duas situações; serem convenientes, ou seja, realmente necessárias para se alcançar lucro individual e riqueza social. É, assim, um utilitarismo simpático (moralmente compartilhado).

A pesquisa do sistema moral construído por Adam Smith é, dessa forma, assunto essencial para melhor adequação e interpretação dos valores e proposições jurídicas dispostas no Código Civil brasileiro.

Quando se fala, por exemplo, em boa-fé e lealdade denotam-se cargas valorativas que precisam ser descobertas e preenchidas para que a tão venerada segurança jurídica seja preservada. O legislador deixou que o intérprete assumisse tão rica (criativa) e penosa (delimitada) função.

Em meio à análise das influências da moral sobre o direito contratual brasileiro, é importante o diálogo, especialmente no âmbito doutrinário, das novas formas de releitura do direito, subsidiadas pela filosofia, pela sociologia, pela economia, pela política e pelo próprio senso comum.

Para a confecção deste trabalho, diversas pesquisas bibliográficas foram feitas no intuito de levantar o maior número de informações possíveis. Após a coleta do material, diversas análises foram realizadas no sentido de adotar uma referência para o debate do tema. Como ponto básico e referencial doutrinário adotou-se a obra “Teoria dos sentimentos morais ou Ensaio pelo qual os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, e depois de si mesmos” de Adam Smith. Já como referencial teórico, a filosofia moral como campo do saber.

A obra filosófica produzida por Smith em 1.759, não foi muito difundida e

discutida, fatos que dificultaram a plena compreensão de seu pensamento. A maior vantagem desta leitura é perceber que há mais de 253 (duzentos e cinquenta e três anos) uma rica construção teórica contribuiu para o amplo conhecimento da natureza e moralidade humanas.

O trabalho está dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo faz uma abordagem sobre a filosofia moral de Adam Smith. Uma filosofia simples, mas muito bem formatada. Apresenta-se seus antecedentes teóricos e os autores que mais influenciaram o pensamento filosófico smithiano, como Francis Hutcheson e, principalmente, David Hume.

A partir da ideia de simpatia, Adam Smith organiza todo um sistema moral, pautado nos sentimentos, na emoção e imaginação, ou seja, nas relações de troca e experimentação que existem entre todos os seres humanos e que geram simpatia e solidariedade moral. O homem como espelho do homem.

Ainda no primeiro capítulo, é feito um paralelo entre a Teoria dos sentimentos morais e a Riqueza das nações, demonstrando mais a noção de continuidade entre as obras, do que propriamente de ruptura.

Já no segundo capítulo, esmiúça-se a teoria moral smithiana, através do processo simpatético (um processo imaginativo, em que alguém – espectador real - se coloca na posição do outro – através do espectador imaginário - e toma algumas conclusões, que, ao final, servirão de baliza para sua própria conduta – do espectador real). É a conhecida dialética de espelhos.

Além disso, no segundo capítulo, esclarece-se a retomada do discurso moral nas construções teóricas contemporâneas. Também as influências da moral nas obrigações civis e contratuais e, ainda, a reaproximação entre ética e economia, a partir das contribuições de Adam Smith.

Apresentam-se, por fim, no último capítulo, as conexões entre o regime jurídico contratual brasileiro e a filosofia moral smithiana. Um breve relato do desenvolvimento do direito civil e as relações entre os princípios da função social dos contratos, boa-fé objetiva e confiança, a partir do processo simpatético. Enumeram-se exemplos doutrinários e jurisprudenciais, em que referidas proposições são interpretadas de variadas formas, ou melhor, no mais das vezes de modo vago e pouco preciso.

Definir o que é moral ou imoral nunca foi uma tarefa fácil. Muitos se valem de conceitos indeterminados e inseguros, não apreciáveis pela razão humana

(metafísicos, por exemplo). Com a preocupação jurídica contemporânea em definir com certeza, habilidade, justiça e segurança tais conceitos, opta-se nesse trabalho pela adoção da teoria moral smithiana como um instrumento importante para solução desses impasses.

A par disso, levantam-se algumas indagações importantes: a filosofia moral de Adam Smith tem por base a utilidade e o auto-interesse? O auto-interesse smithiano é socialmente e moralmente condicionado? É possível estabelecer relações negociais sendo ético, ou seja, é possível enriquecer agindo com lealdade e probabilidade?

Finalizando, ressalta-se que para a confecção dessa dissertação foi utilizada a metodologia de pesquisa científica de modalidade hipotético-dedutivo, consistente na construção de hipóteses submetidas a críticas intersubjetivas a fim de descartar conjecturas falsas e obter conclusões confiáveis e verificáveis. Além disso, buscou-se através da análise histórica tomar conhecimento da vida e da obra de um importante pensador do século XIX, Adam Smith.

As pesquisas se concentraram em estudos bibliográficos, contendo informações coletadas em livros, jurisprudências, revistas e jornais sobre o tema.

CAPÍTULO 1

A FILOSOFIA MORAL DE ADAM SMITH

Historia magistra vitae
(o passado é um grande professor).

Adam Smith foi um filósofo social e economista escocês (1.723-1.790). Mais do que isso, um gênio da era moderna, responsável, entre outras coisas, pela Teoria do liberalismo econômico. (O'Rourke, 2008)

Duas grandes revoluções têm lugar durante sua vida: a americana e a francesa. Adam Smith publica, em 1759, um importante tratado, Teoria dos sentimentos morais ou Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, e, em 1776, a Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações ou, simplesmente, Riqueza das nações. Nela, define os pré-requisitos para o liberalismo econômico e a prosperidade das nações, como o combate aos monopólios; a não-intervenção do Estado na economia; a liberdade comercial entre as nações, etc. (COBRA, 1997).

Embora Adam Smith tenha sido conhecido eminentemente pelo trabalho realizado na Riqueza das nações, é justamente na Teoria dos sentimentos morais que ele apresentou ao mundo seu mais ousado projeto - a construção de uma simples e ao mesmo tempo sofisticada teoria moral. Na verdade, suas pretensões eram mais audaciosas ainda, como relata P.J. O'Rourke (O'Rourke, 2008, pág. 41 e 42):

Adam Smith pretendia publicar três “invenções da imaginação”: *A teoria dos sentimentos morais*, *A riqueza das nações* e uma terceira obra sobre jurisprudência – isto é, sobre as conexões mais inventivas e criativas: lei e governo – que, entretanto, jamais foi concluída; pouco antes de morrer, ele mandou queimar suas anotações e esboços.

Sua teoria moral foi influenciada, sobretudo, pelos pensamentos de seu ex-professor Francis Hutcheson (1.694-1746) e de seu amigo David Hume (1.711-1.776), este último com quem conviveu intensamente. O historiador do pensamento econômico Ricardo Feijó (FEIJÓ, 2007, pág. 113) relata:

Vejamos a questão ética em Smith. Primeiramente, há que se notar certa continuidade entre a filosofia moral de Smith e a de seu antigo professor em Glasgow, Francis Hutcheson (1694-1746), e também entre Smith e David Hume, de quem desfruta de íntima amizade. Hutcheson segue a filosofia do direito natural, na linha de Locke, e acredita que o homem é naturalmente dotado de um senso moral. Os homens possuem paixões altruístas, mas também egoístas e elas são reconciliadas, na determinação da conduta humana, pela intervenção de um senso de auto-estima que atenua a propensão individual para ações egoístas. Hume fala que a correção moral da conduta humana depende de julgamentos que nós e os outros fazem de nossas ações. A moral humeana aproxima-se das outras concepções da época por ser também ela teleológica. No caso, porém, os efeitos repercutidos da ação ou os fins decorrentes dependem, se ela for um bem moral, da aprovação dela não só por parte de quem pratica, mas por todos os demais. A importância do julgamento de terceiros é expressa em um sentimento a que denomina de “simpatia”, na raiz etimológica, a capacidade de “sofrer com”.

Pela proximidade, Hume merece uma atenção especial, pois esse pensador também foi filho do “iluminismo escocês” (sedimentado na Universidade de Glasgow, ao norte da Escócia). A originalidade de seu pensamento está em permitir um maior distanciamento da racionalidade e da metafísica para explicitação das relações morais, valorizando, sobremaneira, as construções empíricas e sensoriais. A ética deveria ser, para ele, uma “ciência da natureza humana”, formatada na observação dos fatos, fenomenológica. Nas palavras de Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 2006, pág. 278):

Para Hume, tal como para Rousseau, os princípios da natureza humana sobre os quais deveria fundar-se toda a reflexão ética são, primeiramente, as paixões e os sentimentos, e apenas secundariamente a razão. Esta segue sempre atrás, e sua função consiste em descobrir os meios mais aptos para fazer com que as paixões e os sentimentos alcancem o seu objetivo. A razão, portanto, mesmo no campo ético, é meramente técnica.

E quais são, para Hume, os principais sentimentos que determinam as ações humanas? Justamente a benevolência e o egoísmo; temperados por um senso de utilidade pública, ou seja, satisfação em promover prazer ao próximo.

Utilidade pública, eis a base de suas concepções teóricas. Nas palavras de Eduardo C. B. Bittar (BITTAR, 2002, pág. 262):

Para Hume, é óbvio e natural o sistema que explica a moralidade pelo conceito de utilidade, sendo desnecessário remontar a causas longínquas para que se recobre o porquê da escolha deste ou daquele valor como moralidade positiva (virtude) ou negativa (vício). Então, pode-se dizer que se age com vistas a este ou àquele fim com base em uma experiência humana que favorece o entendimento de que se trata de algo imediatamente útil.

Smith aproveitou-se de muitos dos conceitos formulados por Hume, mas estabeleceu uma teoria da moral com bases mais voltadas para a *simpatia* como senso de conveniência (apropriada, decorosa) do que propriamente *simpatia* como utilidade pública (satisfação de um prazer, meramente vantajosa, até certo ponto estética). As ideias esposadas por André Marzulo Quintana (QUINTANA, 2011, pág. 08), são esclarecedoras:

A Ética de Smith é fundada na *simpatia* como um sentido de partilhar afetos, emoções e sentimentos, tal como a desenvolvida por Hume. No entanto, distingue Smith de Hume, o compartilhar afetos não significa apenas acompanhar o prazer que o espectador sente ao reconhecer a beleza do sistema. Hutcheson e Hume se preocuparam mais com a *finalidade* dos afetos do que com as *causas*, fundamentando o julgamento moral em considerações de estética e agente-neutro: *moral beauty* (Smith, 1999; Darwall, 1999). Smith se diferencia dos antecessores. Para ele, o julgamento moral provém mais do *senso de conveniência* do que do senso de beleza.

Em sua dissertação de mestrado, João de Azevedo e Dias Duarte explica (DUARTE, 2008, pág. 77):

(...) Na interpretação de Smith, a teoria moral humeana, ao situar o fundamento da aprovação/desaprovação moral numa consideração das conseqüências que certas ações e caracteres tendem a produzir, em sua utilidade potencial, adota uma perspectiva demasiado abstrata sobre a ética, e não faz justiça aos fenômenos morais. Em outras palavras, a ideia de que julgamos as ações por sua tendência a ser útil é, segundo Smith, uma construção filosófica especulativa e não uma explicação adequada de como os homens julgam moralmente na vida comum.

Será demonstrado no decorrer do presente estudo, que a ideia de utilidade é aprimorada e refinada no pensamento de Adam Smith. A adequação dos meios para obtenção de determinados fins como pressuposto fundamental da sua filosofia moral.

1.1 – A simpatia e a Teoria dos sentimentos morais

O ponto nevrálgico em que é construída a filosofia moral de Adam Smith passa pela ideia de *simpatia*, construída em sua obra Teoria dos sentimentos morais. Para referido pensador, o homem seria uma criatura guiada por paixões e ao mesmo tempo auto-regulada pela sua habilidade de raciocinar e pela sua capacidade de simpatia. Esta dualidade tanto joga os homens uns contra os outros, quanto os leva a

criar racionalmente instituições pelas quais a luta mutuamente destrutiva pode ser mitigada e mesmo voltada para o bem de todos. (SMITH, 1999).

Na Teoria dos sentimentos morais, logo na Primeira Parte, Seção I (Do senso de conveniência), Adam Smith declara (SMITH, 1999, pág. 5):

Por mais egoísta que se suponha o homem, evidentemente há alguns princípios em sua natureza que o fazem interessar-se pela sorte de outros, e considerar a felicidade deles necessária para si mesmo, embora nada extraia disso senão o prazer de assistir a ela. Dessa espécie é a piedade, ou compaixão, emoção que sentimos ante a desgraça dos outros, quer quando a vemos, quer quando somos levados a imaginá-la de modo muito vivo. É fato óbvio demais para precisar ser comprovado, que freqüentemente ficamos tristes com a tristeza alheia; pois esse sentimento, bem como todas as outras paixões originais da natureza humana, de modo algum se limita aos virtuosos e humanitários, embora este talvez a sintam com uma sensibilidade mais delicada. O maior rufião, o mais empedernido infrator das leis da sociedade, não é totalmente desprovido desse sentimento.

Parece óbvio. As pessoas se interessam pela vida alheia. O homem tem o outro como referência; as ideias de bom ou mal, de belo ou feio, de saudável ou indigesto passam, primeiro, pelas avaliações do que outras pessoas já decidiram sobre elas. No entendimento de Adam Smith, essas são as fontes da solidariedade moral (SMITH, 1999). Se uma criatura humana vivesse isolada num determinado espaço, como numa ilha deserta, sua conduta não seria balizada por qualquer tipo de parâmetro. Não saberia distinguir o belo do feio, o certo do errado, o justo do injusto. Somente vivendo em sociedade é possível aprimorar e assimilar tais conceitos. Nas suas próprias palavras: “Tragam-no para a sociedade, e será imediatamente provido do espelho de que antes carecia”. (SMITH, 1999, pág. 140).

Mas, como chegar ao conhecimento do que o outro sente, e, ao final, estabelecer a própria decisão sobre determinado assunto? Através de um espectador, denominado por Adam Smith como sendo um espectador imparcial (“um tribunal dentro de nosso próprio peito”). E como esse espectador alcançará esse desiderato? Participando da situação alheia, através da imaginação; é inicialmente uma atividade imaginativa.

Ângela Ganem (GANEM, 2000, pág. 06), complementa:

A partir da experiência, o sujeito smithiano exercita o segundo grande aspecto presente na TSM (*Teoria dos sentimentos morais*) que é o exercício da **imaginação**. Só a partir da experiência podemos formar alguma ideia do que se passa na mente do outro, podemos nos colocar no lugar do outro. Só por meio da imaginação nos é possível conceber quais são as suas verdadeiras sensações. Imaginar-se no lugar do outro, vivenciar uma

situação análoga ou colocando-se no lugar do outro é o ponto de partida da análise que Smith faz do indivíduo. Nas palavras do autor: “A *imaginação* permite nos colocarmos na posição do outro, padecer seus sofrimentos, entrar por assim dizer em seu corpo e chegar a ser, em alguma medida, uma única pessoa, formando assim uma ideia de suas sensações, sentindo algo parecido, embora de intensidade menor”. (Smith, TSM:50)

Dessa forma, a teoria moral de Smith é formatada em bases empíricas e sensoriais, tal como em David Hume. Abandona explicações metafísicas e teleológicas para se aproximar, de certo modo, de justificativas fenomenológicas.

Entretanto, dizer que sua teoria é uma construção puramente psicológica (psicologismo), seria muito precipitado. Quando o espectador imparcial (imaginário) participa da situação alheia, ele avalia, entre outras coisas, as condições sociais, econômicas e históricas que influenciaram as suas concepções, chegando a algumas conclusões importantes, para, logo depois, transferi-las ao espectador real que irá adaptá-las na sua experiência cotidiana. É uma teoria que produz efeitos práticos, com certeza. Mais do que isso, é uma teoria objetiva e ética pedagógica (BAGOLINI, 1953).

Pelo exposto até aqui é possível perceber que a ideia de simpatia para Adam Smith tem a ver com o senso de conveniência próprio das relações humanas (reciprocidade dos sentimentos alheios com os nossos); semente que produzirá frutos para uma *moral reflexiva*: “um processo discursivo e sociável de reflexão” (ROTHSCHILD, 2003, pág. 254). Longe de ser uma mera benevolência.

João de Azevedo e Dias Duarte discorda da ideia de que Adam Smith propõe uma ética do amor ou da compaixão, conforme abaixo discriminado: (DUARTE, 2008, pág. 84 e 85):

A ética de SMITH não é, portanto, simplesmente uma ética do amor ou da compaixão, e a simpatia tampouco pode ser confundida com benevolência. É perfeitamente possível simpatizarmos (no segundo sentido) com paixões egoístas, e até “anti-sociais” (como o ressentimento). A simpatia também pode ser pervertida e perversiva; embora natural aos seres humanos, ela deve ser cultivada e refinada. Daí o papel fundamental que a educação moral desempenha no esquema smithiano: devemos aprender a “bem” simpatizar, exercitando nossa imaginação na representação e na compreensão adequadas de situações morais. O próprio exercício de se colocar no lugar dos outros, e perceber o que é importante em diferentes contextos, ajuda a atingir o objetivo ético: aproximar-se da posição do espectador imparcial.

A simpatia, então, é um processo no qual entram: 1) a imaginação da situação alheia; 2) as conseqüências que esta atitude emocional e imaginativa produz

no próximo - mais intensas e parciais, e 3) os reflexos destas conclusões no espectador imparcial - menos intensas e mais imparciais.

Outrossim, Adam Smith estabelece uma diferença fundamental entre as simpatias imediata (instintiva, altruísta, egoísta), e a mediata (valoração isonômica do problema, mais benévola, equidistante). A partir dessa distinção será possível estabelecer todo o processo de valoração prática.

Estudando nas Arcadas do Largo de São Francisco (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), ainda na década de 50 do século XX, o italiano Luigi Bagolini dispôs (BAGOLINI, 1952, pág. 42):

Como, porém, é possível a realização da simpatia, quando a percepção e a experiência dos sentimentos alheios não é intensa, crucial e “imediate”? Para responder a esta pergunta, SMITH penetra no vivo do processo simpatético como processo imaginativo. Quando a experiência dos sentimentos alheios não é direta e imediata, formamos uma “ideia” do que os outros sentem, concebendo imaginativamente o que nós mesmos sentiríamos se nos encontrássemos em igual situação. Assim, pois, seguindo HUME, SMITH distingue a simpatia *imediate* da simpatia *mediata*, através da imaginação do observador. Esta distinção se reveste da maior importância, pois que, unicamente à base de tal distinção, a simpatia poderá ser considerada como elemento fundamental de todo o processo de valoração prática.

Eis aqui uma das singularidades de Adam Smith em relação aos pensadores de seu tempo. Considerando a situação alheia (conjugada com as condições sociais, econômicas e históricas da pessoa que está sendo observada), sua doutrina adquire uma valoração prática e se afasta da abstração egoísmo-altruísmo próprio do raciocínio imaginativo.

Processo simpatético; participação simpatética ou imaginação simpatética são processos que não resultam do emprego da razão, já que envolvem sentimentos e percepções inventivas que fogem ao processo racional? Para Adam Smith (SMITH, 1999), referidos métodos são irracionais sim, mas de nada interferem na construção da solidariedade entre os homens, vez que são racionalidades do juízo de fato sintético *a posteriori*, ou seja, a atividade do espectador – imparcial é importante na medida em que estabelece um raciocínio causal e “fático” das percepções alheias.

Quando uma pessoa imagina a situação alheia, seu espectador imparcial tomará algumas conclusões; e, quando este indivíduo for construir juízos morais a respeito de sua própria conduta, ele terá como base as decisões que foram tomadas a respeito da conduta de seu próximo.

A simpatia, dessa forma, é fundamento da valoração moral.

1.2 - A solidariedade moral e o senso de conveniência

O sentimento simpatético produz resultados satisfatórios ou insatisfatórios na imaginação do espectador imparcial. Mas participar das paixões alheias pode ser vantajoso na medida em que embasa decisões importantes para a própria vida do ser humano. Por mais que este envolvimento seja indireto e imparcial, é possível gerar solidariedade.

Talvez o grande mérito de Adam Smith seja o de demonstrar que os homens são “espelhos” uns dos outros. Participam de uma grande comunidade e precisam do próximo para viver com tranquilidade (no sentido estóico). Quanto mais identificação com as atitudes alheias, mais harmonia social. Quanto menos, mais desordem e crise de valores e da própria identidade.

Importante destacar que, para Adam Smith (SMITH, 1999) os homens possuem solidariedade com quaisquer paixões benéficas ou maléficas. Isso faz parte da sua própria essência; para que discutir se os homens são bons ou ruins, justos ou injustos, egoístas ou altruístas, se na prática as pessoas *podem* ser boas ou más, justas ou injustas, egoístas ou altruístas?! Adam Smith trata do homem como ele é. (GANEM, 2000).

Quando aborda *Do prazer da simpatia mútua*, Adam Smith apresenta inúmeros exemplos dessa manifestação empírica (simpatia): (SMITH, 1999, págs. 11 e 12):

Mas, seja qual for a causa da simpatia, ou do que a provoca, nada nos agrada mais do que observar em outros homens uma solidariedade com todas as emoções de nosso próprio peito; e nada nos choca mais do que a aparência do contrário. Aqueles que se comprazem em deduzir todos os nossos sentimentos de certas sutilezas do amor de si julgam que não se equivocam, segundo seus próprios princípios, ao responsabilizarem-no tanto por esse prazer como por essa dor.

O homem, dizem, consciente de sua própria fraqueza e da necessidade que tem da ajuda de outros, regozija-se ao observar que adotam suas próprias paixões, porque isso o assegura dessa ajuda; mas sente-se triste sempre que observa o contrário, porque isso o certifica de sua oposição. Todavia, tanto o prazer quanto a dor são sempre sentidos tão instantaneamente, e com frequência por motivos tão frívolos, que parece evidente que não poderiam resultar de nenhuma consideração egoísta desse tipo. Um homem se sente mortificado quando, depois de se ter esforçado para divertir a reunião, olha em torno e vê que ninguém, senão ele próprio, ri de suas graças. Ao contrário, a jovialidade do grupo lhe agrada muitíssimo, e considera essa reciprocidade entre os seus sentimentos e dos deles como o mais caloroso aplauso.

Enfatizando sua teoria, prossegue (SMITH, 1999, pág. 15 e 16):

Quando as paixões da pessoa a quem principalmente concernem estão em perfeita consonância com as emoções solidárias do espectador, necessariamente parecem a este último justas e próprias, adequadas aos seus objetos; e, ao contrário, quando, colocando-se no lugar dele, descobre que não coincidem com o que sente, necessariamente lhe parecem injustas e impróprias, inadequadas às causas que as suscitam. Portanto, aprovar as paixões de um outro como adequadas a seus objetos é o mesmo que observar que simpatizamos inteiramente com elas; e não aprová-las como tal é o mesmo que observar que não simpatizamos inteiramente com elas. (grifo nosso)

E acrescenta:

Aprovar as opiniões de outro homem é adotar essas opiniões; e adotá-las é aprová-las. Se os mesmos argumentos que te convencem também me convencem, necessariamente aprovo a tua convicção; e se não o fazem, necessariamente a reprovo; nem posso conceber que faça uma coisa sem a outra. Portanto, todos admitem que aprovar ou desaprovar as opiniões de outros significa apenas observar sua concordância ou discordância com nossas próprias. Contudo, o mesmo caso ocorre com relação a nossa aprovação ou desaprovação dos sentimentos ou paixões dos outros.

A solidariedade moral nasce da reciprocidade (concordância mútua) dos sentimentos alheios com os do 'espectador imparcial', que é obtido através da imaginação.

Para ficar mais claro como se processa o processo simpatético, cite-se novamente João de Azevedo e Dias Duarte (DUARTE, 2008, pág. 99):

Esquemáticamente, pode-se dividir a teoria smithiana da avaliação moral em quatro etapas: (a) Há a troca imaginária de posições, pela qual o espectador busca tanto quanto possível expor-se às influências causais que produziram a paixão original, o que exige uma representação acurada da sua situação. (b) A partir daí, produz-se uma resposta no espectador. (c) Essa é, então, comparada com a reação original. (d) Dessa comparação, emerge ainda uma emoção no espectador, que será prazerosa, chamando-se aprovação, caso as reações original e simpática concordem, e dolorosa (desaprovação) caso contrário.

Nunca é demais lembrar, entretanto, que a solidariedade proposta por Adam Smith é diferente daquela adotada por David Hume, apesar da secularização em comum (ROTHSCHILD, 2003). O primeiro está preocupado com o senso de conveniência, ou seja, se a reciprocidade é verdadeiramente útil para o corpo social (causal; motivacional), sendo que o segundo acredita que este vínculo seria meramente vantajoso ao corpo social mais pela beleza estética produzida do que pelo interesse social (finalística).

Aliás, a ideia de conveniência ou adequação (*propriety*) permite alcançar o sentido ético presente no tratado smithiano de moralidade. Ângela Ganem, mais uma vez, pontua: (GANEM, 2000, pág. 10/11)

A adequação fornece novas luzes sobre o **desejo imperioso de ser aprovado** e, conseqüentemente, sobre a construção do amor próprio. Mas o que significa esse desejo e que moralidade e conceitos básicos o norteiam? Se a intersubjetividade fica clara no exercício da imaginação, Smith não se limita a ela. Além de definir a relação social homem a homem o autor define uma relação do homem com sua própria conduta, sendo esta última uma conduta social.

(...)

As regras morais podem ser internalizadas e expressas pelo homem dentro do peito. Logo fazemos uma mediação entre nós e o espectador imparcial, estabelecendo uma regra geral em que todas as ações que nos tornam depreciáveis devem ser evitadas.

Ao internalizarmos o sentido de adequação, tornamo-nos espectadores imparciais de nossa própria conduta, verificando o seu mérito efetivo. Existiria em verdade um tribunal hipotético na nossa própria consciência, elemento construtor do nosso amor ao outro e do amor a nós mesmos.

Por mais que haja controvérsias, visualiza-se em Adam Smith uma proposta de utilitarismo simpatético (onde um fim concreto e realizável não é independente da escolha dos meios idôneos para realizá-lo), contemplativo (ROSS, 1999), um tanto quanto diverso do que David Hume propõe como utilitarismo imediato (finalístico; proveitoso; prazeroso). Luigi Bagolini aduz: (BAGOLINI, 1953, pág. 80)

Enquanto o utilitarismo anti-egoístico de HUME se funda na consideração daquelas circunstâncias nas quais o observador, e portanto o sujeito que valora, simpatiza prevalentemente com o fim para o qual a ação de valorar, a posição de SMITH faz ressaltar aquelas circunstâncias nas quais, segundo ele, a consideração da idoneidade dos meios, para a realização de um fim, prevalece sobre a consideração mesma do fim. Como exemplo ele tomara, entre outros, o da ordem política.

O aperfeiçoamento da ordem social, econômica e política de um estado é valorado em relação à realização do seu fim, que é a felicidade dos cidadãos. Todavia, algumas vezes – observa SMITH – “parece que nós valoramos mais os meios do que o fim” e que desejamos promover a felicidade dos nossos semelhantes, antes partindo da exigência de aperfeiçoar e melhorar a estrutura dos meios, como estrutura de uma ordem social e política, do que partindo diretamente da consideração dos prazeres que os homens poderão usufruir dentro de uma determinada ordem político – social.

Já é possível perceber, de antemão, que referido processo imaginativo e a conseqüente solidariedade moral são significativamente responsáveis pelas atitudes tomadas pelo homem em relação ao próximo e a si mesmo.

1.3 - O ponto de vista moral e o autodomínio

No pensamento smithiano, a moralidade é fruto da própria sociabilidade (SMITH, 1999).

O exercício de se colocar na situação dos outros e perceber o que é importante em diferentes contextos e, quando necessário adotar concepções positivas como juízos morais sobre a própria conduta cria um senso de dever, ou seja, todo um sistema de valoração moral, de sentimentos morais.

Os comentários de Emma Rothschild (ROTHSCHILD, 2003, pág. 255), são elucidativos: “O princípio do julgamento moral é que não existe um princípio fundamental de julgamento moral. Não existe uma base; tudo que existe é a correção e convergência de sentimentos (...)”.

Esse processo é obtido, assim, por meio da imaginação que produz um sentimento de simpatia; de solidariedade moral (processo simpatético), que leva ao estabelecimento de conclusões racionais.

Nas palavras do ex-professor de filosofia moral da Universidade de Glasgow, Escócia (SMITH, 1999, pág. 139 a 142):

O princípio pelo qual naturalmente aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta parece em tudo igual ao princípio pelo qual formamos juízos semelhantes a respeito da conduta de outras pessoas. Aprovamos ou desaprovamos a conduta de outro homem segundo sentimos que, ao fazermos nosso seu caso, podemos ou não simpatizar inteiramente com os seus sentimentos e motivos que a nortearam. E, da mesma maneira, aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta segundo sentimos que, quando nos colocamos na situação de outro homem, como se contemplássemos com seus olhos e de seu ponto de vista, podemos ou não entender os sentimentos e motivos que a determinaram, simpatizando inteiramente com ela. (...).

Nossas primeiras ideias de beleza e deformidade das pessoas são extraídas da figura e aparência de outros, não das nossas próprias. (...)

Da mesma maneira, nossas primeiras críticas morais se referem aos caracteres e conduta de outros; e com grande desembaraço observamos como cada uma delas nos afeta. Porém, logo aprendemos que outras pessoas têm igual franqueza a respeito das nossas. Ansiamos por saber em que medida merecemos sua censura ou aplauso, e se perante elas necessariamente mostramo-nos tão agradáveis ou desagradáveis como elas perante nós. Começamos, pois, a examinar nossas próprias paixões e conduta, e considerar o que devem parecer aos outros, pensando o que a nós nos pareceriam se estivéssemos em seu lugar. Supomo-nos espectadores de nosso próprio comportamento, e procuramos imaginar o efeito que, sob essa luz, produziria sobre nós. Esse é o único espelho com o qual, em certa medida, conseguimos esquadriñar a conveniência de nossa própria conduta por intermédio de olhos alheios. (...).

O que seria do homem sem a convivência com o seu próximo? Um ser puro de *sentimentos naturais*, em que as necessidades mais básicas iriam se manifestar vertiginosamente. Para Adam Smith, então, as relações humanas concretas de troca, experimentação e aprendizado produzem justamente os *sentimentos morais*. O homem como ‘espelho’ do homem. (SMITH, 1999).

Uma teoria, como dito alhures, simples, mas ao mesmo tempo muito sofisticada.

Importante destacar, ainda, que o processo simpatético é fundamental para a formação da consciência (moral). (GANEM, 2000). Quando o homem observa o comportamento do próximo, percebe que este também lhe observa e julga. É uma prática reflexiva. “Criticando outros, e cientes da crítica alheia, tornamo-nos ansiosos para saber até que ponto nossa aparência desperta a censura ou o aplauso destes. Essa consciência é a origem do cuidado de si”. (GANEM, 2000, pág. 94). Isso gera um auto-exame, simulando como a pessoa pareceria aos olhos de outros espectadores imaginários (moralidade social).

Mas o homem não está dependente exclusivamente desse senso moral. Ao refletir sobre a própria conduta com base em que outras pessoas pensam sobre esta atitude, aprende-se a se libertar de juízos mal informados ou extremamente parciais. É uma prática didática e pedagógica, acentua-se novamente.

Valendo-se, mais uma vez, dos dizeres de Ana Ganem (GANEM, pág. 95):

A perspectiva externa e reflexiva sobre nós mesmos que interiorizamos aspira a uma independência relativa da moralidade social, pois buscamos nos tornar espectadores *imparciais* de nossa própria conduta, sermos *dignos* de aprovação e não apenas sermos aprovados.

Não obstante, todo o processo é socialmente condicionado. O outro-espectador imaginado é uma derivação do outro-espectador real. Não temos nenhum acesso estimativo às nossas emoções que dispense a intermediação do outro. Não temos nem mesmo um eu moral fora da comunidade humana. Nós existimos apenas nas relações, diretas ou indiretas, que estabelecemos com os outros. (grifo nosso).

Realmente Adam Smith nutria mais ‘simpatia’ pelas experiências sensoriais fruto das múltiplas e multifacetadas relações pessoais, do que propriamente pelas explicações metafísicas e teológicas da moralidade humana. Não há visão ‘romântica’ do eu; pelo contrário, a doutrina da simpatia é até certo ponto cética (moderadamente). Isso pode ser de grande valia para entender como age o homem nas suas relações sociais (econômicas, contratuais, etc).

Ademais, para Adam Smith (SMITH, 1999), viver em sociedade é imaginar-

se visto através dos olhos dos outros. A observação do outro gera uma postura crítica sobre si mesmo, extremamente importante para a formação do sujeito moral (espelho). “Tornar-se moralmente consciente requer que o eu se divida em dois, espectador e ator de si mesmo: o primeiro é o juiz; o segundo a pessoa julgada” (GANEM, 2000, pág. 96). O indivíduo está, de certa forma, condicionado socialmente (dialética de espelhos).

Resta, de outro norte, estabelecer como essa pessoa exerce seu autodomínio e controla seus sentimentos naturais em prol dos sentimentos morais. Isso, pois, as paixões podem ser demasiadamente fortes a ponto de obnubilar o ponto de vista moral; podem gerar o mais pernicioso dos vícios, que é a vaidade (SMITH, 1999). Ou mesmo o egoísmo extremo.

Para Ana Ganem (GANEM, 2000, pág. 104), o senso de conveniência é o responsável pelo equilíbrio, ou seja, demonstrar que as paixões e as emoções “não são boas ou más em si, mas sim segundo se fazem *visíveis*, i.e, compreensíveis aos outros-espectadores. É o próprio fato de que o espectador não consiga participar da paixão o que a *torna* inconveniente, aquilo que há de excessivo”.

Obtempera Ana Ganem (GANEM, 2000, pág. 105):

Não há, para Smith, paixões boas ou más em si, porque o que importa moralmente é a *medida* de sua expressão, e é sempre a sua expressão que, enquanto espectadores, julgamos. Mesmo as paixões insociáveis e egoístas podem ser expressas sem, necessariamente, incorrer em falta moral. O que é talvez difícil de se entender é o fato de que, para Smith, os sentimentos não são simplesmente privados, mas são também, fundamentalmente, públicos. É claro que os sentimentos de alguém são sempre os sentimentos dessa pessoa específica, mas nós não somos mônadas fechadas, inacessíveis aos outros. A simpatia atesta esse fato fundamental, mobilizando, através da imaginação, uma representação ativa e concreta das circunstâncias e sentimentos de outras pessoas.

Percebe-se que as paixões são e devem estar abertas à observação e julgamento alheio. É justamente através deste abrimento que é possível calibrá-las, condicioná-las para o bem comum. (GANEM, 2000). Moderação, eis a palavra chave. Com o julgamento alheio, o *eu* torna-se mais consciente, sábio e equilibrado. Sozinho não teria pontos de referência, e se tornaria demasiadamente individualista e egoísta, a ponto de evitar absolutamente o convívio social (prática mais do que impossível no atual estágio da civilização).

Colaciona André Marzulo Quintana e Solange Regina Marin (QUINTANA, 2007, pág. 13/14):

A grande escola da vida é a do autodomínio, duramente exercido nos conflitos diários. Somente a partir dessa educação exemplar o agente pode emular o suposto espectador que serve de juiz imparcial das suas condutas. A formação desse juiz é lenta, gradual e progressiva. Todo dia melhora-se um traço e corrige-se uma falha (Smith, 1999:309 e 310). O costume leva à identificação quase completa entre o agente e o seu espectador. O agente até passa a sentir somente guiado por esse grande árbitro (Smith, *Ibid*: 176 e 177). Maior refinamento exige mais filosofia, tal como a recomendada pelos estóicos (Smith, *Ibid*: 170).

Assim, para Adam Smith (SMITH, 1999), sem as emoções os homens são insensíveis e incapazes de perceber e responder eticamente ao mundo. A ética smithiana, assim, é dependente de uma equidade obtida através da imaginação simpatética do espectador (imparcial). Através disso, e com a profusão da educação moral, a sociedade moderna se torna uma comunidade moral.

A ética smithiana é uma ética da felicidade, no sentido estóico do termo, ou seja, consistente em tranqüilidade e gozo. Mas sem apatia, pois não é uma doutrina do amor e da benevolência. (GANEM, 2000)

1.4 – O diálogo entre a Teoria dos sentimentos morais e a Riqueza das nações

A ênfase no pensamento filosófico de Smith esboçada em linhas pretéritas foi proposital.

O conjunto de suas ideias e obras é mais complexo do que se pensa nos meios ortodoxos. Esforços reducionistas e simplistas acabaram por obscurecer os princípios mais elementares do homem smithiano (sejam nas suas relações sociais, morais, jurídicas e econômicas).

Há algum tempo, uma enorme discussão foi levantada pela Escola Histórica Alemã, intitulada "*Das Adam Smith Problem*". O debate, basicamente, se circunscreve ao fato da ruptura ou da continuidade do pensamento de Adam Smith, pois para uns as ideias esposadas na Teoria dos sentimentos morais são incompatíveis e inconciliáveis com as percepções próprias da Riqueza das nações. Enquanto para outros, não há qualquer ruptura nas referidas obras; antes, continuidade.

Para os defensores da visão de ruptura, na primeira obra Smith desenvolve seu pensamento ancorado no altruísmo humano (benevolência). Já na segunda a base de seu pensamento assenta-se no egoísmo.

Na concepção do senso comum a frase mais marcante no pensamento de Adam Smith é aquela pela qual o homem satisfaz os próprios interesses nas suas

relações sócio-econômicas, presente na Riqueza das nações (SMITH, Vol. 1, 2003, pág. 92):

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles.

Tal assertiva parece nítida aos olhos de um leitor desavisado. Está presente no sentido literal do texto, que o interesse do homem econômico (de negócios) é importante para si próprio e, conseqüentemente, para toda a sociedade. Entretanto, esta seria uma visão muito reducionista do pensamento smithiano.

Tanto é verdade que Amartya Sen, um dos autores contemporâneos responsáveis por reaproximar a ética e a economia, imbuído de muitas ideias morais smithianas, manifesta claramente que: (SEN, 1999, pág. 39)

Embora muitos admiradores de Smith não pareçam ter avançado além do trecho sobre o açougueiro e o cervejeiro, até mesmo uma leitura dessa passagem indicaria que o que Smith está fazendo aqui é especificar por que e como se efetuam as transações normais no mercado e por que e como funciona a divisão do trabalho, que é o tema do capítulo onde se encontra o trecho citado. Mas o fato de Smith ter observado que transações mutuamente vantajosas são muito comuns não indica em absoluto que ele julgava que o amor-próprio unicamente, ou na verdade a prudência em uma interpretação abrangente, podia ser suficiente para a existência de uma boa sociedade. De fato, ele afirmava exatamente o oposto. Smith não alicerçava a salvação da economia em alguma motivação única.

Assim, para maior compreensão desses conceitos e valores é preciso conhecer o ‘conjunto da obra’, ou seja, as ideias que estruturaram os escritos de Adam Smith. Antes de ser reconhecido como um dos primeiros economistas (‘pai do liberalismo econômico’), ele já era um renomado filósofo, profundo conhecedor das características mais marcantes do gênero humano.

Adam Smith sofreu grandes influências na formação de seu pensamento. De Francis Hutcheson observou a filosofia de indivíduos cooperantes, onde existe uma “conciliação entre as paixões afáveis com aquelas voltadas ao interesse do próprio indivíduo, de tal forma que estas motivações sejam moralmente neutras, ou pelo menos não condenáveis, já que não prejudicam outras pessoas”. (AVILA, 2010, pág. 14).

No mesmo sentido, de David Hume viu na vivência social a causa do respeito às regras de justiça. Além do mais, de certa forma acreditou no utilitarismo

público como forma de gerar simpatias mútuas entre os indivíduos, gerando inúmeros benefícios aos interesses coletivos. (AVILA, 2010).

A influência desses dois autores sobre a Teoria dos sentimentos morais é inegável. Mas defendem os adeptos da visão de ruptura que o homem smithiano, nesse passo (altruísta, benevolente) é diverso daquele apresentado na Riqueza das nações (egoísta, individualista e meramente utilitarista).

A Economia (Política), então, havia se libertado da Filosofia (Moral)? Seria isso possível?

É verdade que, na Riqueza das nações, Adam Smith parece ter sofrido algumas influências de Hobbes (natureza humana essencialmente egoísta e avarenta), de Mandeville (os interesses individuais produziram o interesse coletivo) e, ainda, de Helvetius (comportamentos humanos fundamentado no interesse, que poderiam ser produtivos à coletividade). (AVILA, 2010). Defende-se até que Smith assimilou importantes ideias de James Stuart, mas acabou por omiti-las propositadamente no seu trabalho (REGO, 2000).

Não obstante, a perspicácia de Adam Smith foi além dessas concepções particulares. Ele pode até ter tomado de empréstimo algumas ideias, mas o resultado de seu trabalho é mais complexo e criativo. Os interesses dispostos no homem da Teoria dos sentimentos morais não estão tão longes dos presentes na Riqueza das nações.

Nos escritos de P.J. O'Rourke (O'Rourke, 2008, pág. 49), consta que:

Ler *A riqueza das nações* como justificativa para a cobiça amoral é equivocado, pois se trata de mais uma tentativa de Adam Smith para tornar a vida melhor. Na *Teoria dos sentimentos morais* ele registrou: "Amar nosso próximo assim como amamos a nós mesmos é a grande lei do cristianismo". Observem, porém, a comparação usada por Cristo e citada por Smith – *A teoria dos sentimentos morais* é sobre nosso próximo; *A riqueza das nações*, sobre o outro laudo da equação: nós mesmos.

Falar que o egoísmo na Riqueza das nações entra em conflito com a benevolência da Teoria dos sentimentos morais é reduzir drasticamente a compreensão da genialidade de Adam Smith. Em ambas as ocasiões, notadamente na primeira obra, ele também reconhece o egoísmo (interesse) como paixão humana importante na manutenção das relações interpessoais. O peculiar, no entanto, é admitir que esse egocentrismo seja moralmente condicionado pelo processo simpatético, ou seja, pela participação na situação alheia.

Relembrando: Adam Smith reconhece a importância das paixões para a

espécie humana, mas ele deixou bem posto que a equidade (prudência; mediania; conveniência) é o peso ideal a contrabalançar as práticas individuais e as voltadas ao bem comum. E isso seria possível graças ao trabalho empreendido pelo espectador imparcial.

O *interesse* (egoísmo) do homem smithiano é moralmente condicionado, frise-se novamente.

E, por mais que, na Riqueza das nações, Smith tenha justificado o interesse pecuniário, o indivíduo acabava por fazer o bem, mesmo que involuntariamente. Veja-se: (SMITH, Vol. II, 2003, pág. 790):

(...) cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir (...) visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo.

Robert Iturriet Ávila (AVILA, 2010, pág. 17/18) estabelece interessante comentário sobre essa passagem na obra de Smith:

Na medida em que cada um busca o seu interesse, o melhor para si, acaba contribuindo para o bem comum. Ou, dito de outra maneira, chega-se a conseqüências benéficas não-intencionais ao se agregar as ações individuais intencionais. Smith haveria, sob esta interpretação, conciliado o conflito interno do homem que quer ser justo, mas deseja a riqueza. O interesse passa a figurar como paixão razoável, que auxiliaria na construção de uma sociedade em que todos saem beneficiados. As relações econômicas amalgamam a organização social e pensar em si, neste ângulo, torna-se uma virtude. A junção de habilidades, a cooperação das multidões permite o acesso a mais produtos aos membros de uma sociedade, já que cada indivíduo não precisa produzir tudo, e sim dedicar em um ofício apenas, sendo mais produtivo do que na hipótese de fazer tudo o que necessita.

Percebe-se, portanto, que dessa conciliação entre “interesses” e filosofia moral, não haveria propriamente ruptura, mas antes continuidade nas obras de Smith (AVILA, 2010).

Luigi Bagolini cita Eckstein, responsável pela edição crítica alemã da Teoria dos sentimentos morais (I, Leipzig, 1926), para demonstração dessa completa ausência de antinomia: (BAGOLINI, 1953, pág. 112/113)

Entre a *Teoria* e a *Riqueza das Nações* não há antinomia de princípios fundamentais, porque não se pode dizer que uma esteja fundada no princípio altruístico e a outra no princípio egoístico. Baseado nos textos, ECKSTEIN nos dá a prova exata de que SMITH, conquanto não adote, em sua *Teoria*, como exclusivamente válido o princípio da benevolência, por outro lado, não somente reconhece, mas justifica, até certo ponto, a função do princípio egoístico (IB. p. LVIII).

Dessa forma, a corrente de pensamento que mais tem prevalecido nos últimos anos, principalmente após as edições de mais escritos de Smith na década de 80, do século XX (cartas, anotações de aulas feitas por alguns alunos, rascunhos, etc), é a da continuidade, ou seja, do diálogo entre as suas ideias filosóficas e econômicas.

Aliás, o distanciamento perpetrado pela economia política em relação à filosofia moral, tem trazido conflitos consideráveis ao atual modelo econômico capitalista (SEN, 1999). Para que haja ‘tranqüilidade’ revolver é preciso.

Apresentadas as defesas iniciais à visão de continuidade entre as duas principais obras de Adam Smith, resta delinear mais uma das facetas desse egoísmo moralmente condicionado, conforme citado em linhas anteriores. E aí, novamente, volta-se ao *processo simpatético*. Pois é justamente com o trabalho desenvolvido pelo espectador imparcial que se forma o juízo do que é certo e do que é errado. Participando da situação do outro está o fundamento de todo juízo moral. Simpatizando-se com a conduta alheia, o homem está aprovando suas próprias atitudes, merecendo dele recompensa; do contrário, não houve propriamente simpatia, mas repugnância passível de punição.

Por seu turno, merecem destaque interessantes apontamentos dados por Robert Iturriet Ávila aos escritos de Hugo Eduardo Araújo da Gama Cerqueira (ÁVILA, 2010, pág. 20/21), no sentido de que a visão de continuidade entre as 02 (duas) principais obras de Smith estabelecem uma agenda política:

Existe ainda outra interpretação apontada por Cerqueira (2003) e que está em acordo com a perspectiva de continuidade entre os dois trabalhos de Smith. Nela, Smith teria a intenção de em TSM estabelecer uma agenda política para fundamentar a moral em uma sociedade mercantil. Assim, como forma de contrabalançar as paixões inerentes ao funcionamento da economia, Smith estaria propondo políticas que direcionassem as ações individuais ao aprimoramento moral. Dito de outra maneira, para se seguir o interesse próprio na sociedade, é imperativo existir uma força moral que compense os aspectos destrutivos do egoísmo. Uma espécie de “humanismo cívico”. Esta versão vê a obra de Smith ainda mais unida e coerente entre si.

Releva-se, ainda, o fato de que a Teoria dos sentimentos morais não é o

material mais lido na formação – padrão do economista atual, em muitas escolas superiores de economia. O que pode, muito bem, aumentar o equívoco nas interpretações do homem smithiano. E o mais grave é que esta leitura parcelar acabou gerando equivocadamente uma versão descontextualizada de sua obra.

A existência de diálogo entre a Teoria dos sentimentos morais e a Riqueza das nações é notória. Ainda mais considerando que Smith, em nenhum momento, manifestou dissonância desta ideia. E oportunidade para isso ele teve, vez que a última edição de sua teoria moral foi lançada após o tratado sobre riqueza e não foi indicada qualquer contradição. Referido acontecimento serve, ainda, para refutar a proposta de alguns poucos estudiosos de que a primeira obra foi escrita quando de sua imaturidade, pois à época era bastante jovem e que sua condição de pleno desenvolvimento intelectual só foi alcançada quando dos escritos da segunda.

Como visto nas primeiras linhas desse trabalho de pesquisa, Adam Smith era erudito ao extremo; professor de filosofia moral e lógica durante muitos anos e adepto de uma vida pautada pelo autodomínio e pela busca da ‘tranqüilidade’. Um homem virtuoso e de caráter ilibado (ROSS, 1999) (O’ROURKE, 2008).

Reduzir seu pensamento ao que consta (literalmente) na Riqueza das nações é extremamente leviano. Ele produziu mais, muito mais. Sua influência alcança o campo da moral, da economia, da administração, do direito, da astronomia, etc.

O interessante é que muitos anais de história da filosofia omitem suas contribuições para essa ‘ciência’; enquanto nos registros de economia, seu nome tem assento permanente. Hugo E. A. da Gama Cerqueira (CERQUEIRA, 2005, pág. 13) demonstra que novas abordagens têm sido construídas a partir da releitura das obras smithianas:

Neste sentido, a reconstrução dos argumentos de Smith, de sua linguagem e contexto, tem contribuído para nos proporcionar um novo entendimento das relações entre ética e economia, esforço que vem sendo reclamado por filósofos e economistas. Não é ocioso insistir sobre a atualidade dessa investigação e a relevância que pode ter para os dois campos. A obra de um autor contemporâneo como Amartya Sen oferece um testemunho inequívoco disso. Desde os anos 1970, ele vem desenvolvendo uma crítica abrangente a um dos princípios mais fundamentais e duradouros da teoria econômica convencional: o pressuposto de que os agentes se orientam apenas pela busca do seu auto-interesse (Sen, 1997). (...)

É justamente a partir das concepções de Adam Smith sobre a moralidade que é possível entender um pouco mais as relações sociais e, dentre elas, as

relações de troca e comércio. Para ele, era possível lucrar sem abusar (usurar); ganhar para si próprio sem explorar o outro; gerar riqueza individual e também coletiva.

Tudo isso pode ser alcançado através da participação na situação alheia. O processo simpatético é um processo imaginativo (não-racional), em que a imaginação na situação alheia gera juízos de fato sintéticos *a posteriori* (racional), estabelecendo importantes instrumentos para a valoração prática (BAGOLINI, 1953). É possível construir laços de moralidade por meio da 'dialética de espelhos'. Todos vivem em sociedade e são dependentes uns dos outros. Tão dependentes, que o outro serve até de paradigma para a construção do *eu* (GANEM, 2000).

O ponto de vista ético em Adam Smith é dependente de uma compreensão moral ordinária. Não é metafísico, muito menos teleológico; é empirista. Não é uma lei de validade universal. Não é estabelecido *a priori*. É voltado para a prática. É situacional (observa condições sociais, econômicas, históricas, etc). Não é arbitrário, pois quer partir de situações particulares e ações concretas. Por último, na compreensão de Ana Ganem, a ética em Smith é discretamente normativa, porque gera uma consciência moral; um autodomínio das ações concretas através das conclusões do espectador imparcial (GANEM, 2000).

O professor do departamento de filosofia da USP (Universidade de São Paulo), Rolf Kuntz (KUNTZ, 2000, pág. 02) sintetizou:

Smith, como Marx, é um autor infinitamente mais complexo e rico do que supõem seus devotos, e isto vale tanto para o conjunto de sua análise social quanto para os detalhes de sua teoria econômica. Hoje está na moda falar sobre o mercado como se esta noção fosse inteligível por si mesma, independente de qualquer outra referência, exceto, talvez, aos dados legais de garantia da propriedade e da segurança dos contratos. Tudo isso provavelmente soaria para Smith como um falatório cômico, até porque ele se dedicou a estudar as noções de propriedade e de segurança legal como resultantes de uma complexa evolução histórica. Ler a "Teoria dos Sentimentos Morais" e as "Considerações sobre a Primeira Formação das Línguas" pode ser um passo inicial para uma nova compreensão de Smith – e, talvez, do mundo de hoje.

Resumindo, a teoria de Smith é singular e talvez seja a chave para a reaproximação necessária entre as práticas sociais (jurídicas, econômicas e políticas) hodiernas e a moralidade.

CAPÍTULO 2.

O PROCESSO SIMPATÉTICO E AS OBRIGAÇÕES NEGOCIAIS

2.1 – A moral na contemporaneidade e o processo simpatético de Adam Smith

A moral é um dos temas mais comuns nas discussões do mundo contemporâneo. Para André Comte-Sponville, *a moral, desde os anos 80, tornou-se uma questão de atualidade. Ela se tornou, curiosamente, um tema na moda. (...)* (COMTE-SPONVILLE, 2005, pág. 17).

Isso, pois, a consolidação desmedida do sistema econômico capitalista no orbe terrestre, impulsionada pelo pensamento utilitarista (estético, finalístico) formatado no século XVIII, levou o gênero humano a uma séria crise de identidade. (LOPES, 2005).

Em contrapartida, as percepções morais foram aos poucos sendo absorvidas pelo direito. “Se é legal é moral”, eis a compreensão mais recorrente. Discussões morais antiqüíssimas foram positivadas pelo direito (proteção ao idoso e à própria prole; assistência familiar; relacionamento homoafetivo; estatuto da igualdade racial; etc), Uma verdadeira jurisdicização da moral (LOPES, 2005).

“Uma das conseqüências dessa emergência de um *ethos denso* é o reforço das normas de conduta pelo recurso imediato ao direito. Nesse sentido, as novas questões morais já emergem com o crivo jurídico” (LOPES, 2005, pág. 121). E mais, essa aproximação é tão contundente, que Júlio Aurélio Vianna Lopes (LOPES, 2005, pág. 14) faz a seguinte observação:

Tradicionalmente alheio à moral, o direito contemporâneo dela se aproxima, não para deslocá-la, como vem fazendo com as regulações política e mercantil, mas para fundir-se a ela. Assumindo os valores éticos, únicos, sempre considerados presentes em todas as relações sociais (embora dependentes apenas da convicção íntima dos envolvidos para seu cumprimento), o direito contemporâneo torna equivalentes as noções de bem/mal e lícito/ilícito. Emerge um “direito ético”: de fato, uma moralidade abrangente e armada por sanções jurídicas.

Desse modo, para referido autor existe uma fusão entre o direito e moral, que dá vida a um “direito ético” (LOPES, 2005). Este estreitamente é tão importante, que Tércio Sampaz Ferraz Jr. elucida: “O direito, em suma, privado da moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia”.

(FERRAZ JUNIOR, 2003, pág. 359).

Percebe-se, desde já, que o direito penetrou nas esferas mais relevantes do espaço de convivência humana (político, comunitário, familiar, econômico, etc), razão pela qual Júlio Aurélio Vianna Lopes, fazendo um paralelo com o “superego cultural” de Freud, denomina essa tendência de: “O direito como superego da sociedade” (LOPES, 2005, pág. 137).

Na clássica obra do professor Vicente Ráo, “O direito e a vida dos direitos”, o mesmo raciocínio: (RÁO, 1991, pág. 49)

Distinção (*entre direito e moral*), contudo, já o advertimos, aqui não significa isolamento, nem separação total da Moral e do Direito. O positivismo jurídico, pretendendo caracterizar as normas de direito como normas rigorosamente objetivas, técnicas, de há muito está condenado.

Se em todos os tempos se proclamou que o Direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de respeitar os princípios da Moral, hoje mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas; acentua-se, isto é, a tendência para a moralização do Direito.

Entretantes, e o capitalismo é moral ou imoral? Poderia ser ele amoral?

Para o professor francês André Comte-Sponville há um “retorno da moral”, não no sentido de que atualmente as pessoas sejam mais bondosas, honestas ou virtuosas, mas sim um regresso essencialmente no *discurso*. (COMTE-SPONVILLE, 2005). No decorrer de seu trabalho e conferências é possível verificar muitas incompletudes entre o capitalismo e a moral. Aliás, referido pensador, embasado nos escritos de Ludwig Wittgenstein, entende que: (COMTE-SPONVILLE, 2005, págs. 77/78)

Nessa primeira ordem (*do mercado*), nada nunca é moral, nada nunca é imoral, porque tudo é *amoral* – dando ao prefixo *a* seu sentido puramente privativo. As ciências não têm moral, dizia eu. O objeto delas tampouco. Isso vale também, notemos de passagem, para a própria moral, considerada como objeto. É evidentemente possível uma ciência dos costumes que incluiria um estudo científico (sociológico, psicológico, histórico...) das representações morais. Mas essa ciência consideraria a moral como um fato, que ela poderia explicar (por causas) mas não julgar (referindo-se a valores). Foi o que percebeu Wittgenstein, em sua *Conferência sobre a ética*. Um livro, mesmo se infinito, que contivesse a descrição completa do mundo, logo o conjunto de todas as proposições verdadeiras, descreveria notadamente o conjunto dos nossos juízos de valor. Mas não os julgaria. “Só haveria nele fatos, fatos – fatos, mas não moral”. Conhecer não é julgar: a moral não tem pertinência alguma para descrever ou para explicar nenhum processo que se desenrole nessa primeira ordem.

Isso vale em particular para a economia, que faz parte dessa primeira ordem, logo para o capitalismo.

À primeira vista, os argumentos acima contrariam o pensamento smithiano, já que não reconhecem a importância da solidariedade moral na construção de relações econômicas (e sociais) mais produtivas.

Entretanto, o próprio autor, à guisa de conclusões, apresenta ponderações no sentido de que realmente o capitalismo não é moral e nem imoral, mas que isso pouco importa, pois: (COMTE-SPONVILLE, 2005, págs. 221/222)

(...) Todos nós preferiríamos que a economia fosse moral e que a moral fosse rentável. Seria tão mais cômodo! Seria tão mais agradável! Mas o fato de um pensamento ser insatisfatório não prova que seja falso. Vejo nisso até, na falta de uma confirmação, uma espécie de incentivo. Reconheço nisso algo de dureza do real, da sua complexidade, da sua dificuldade. “O mundo não é um berçário”, dizia Freud. E o que é um berçário? Um lugar em que tudo é feito para o prazer das crianças, para seu conforto, para sua segurança. Estamos longe disso! É que não somos mais crianças. É que o mundo não existe para nosso prazer. É porque podemos – e devemos – transformá-lo. Mas antes disso é preciso pensá-lo como ele é, sem jogar poeira em nossos próprios olhos. O real não costuma ser satisfatório. Por que um pensamento verdadeiro seria? É o que eu chamava há pouco de o *trágico*, no sentido filosófico do termo – não no sentido da tristeza ou do drama, mas para designar um pensamento que não esquiva o que o real tem de fato de insatisfatório, um pensamento que não inventa falsas soluções, um pensamento que não está aí para consolar nem tranquilizar, um pensamento que não tem nada mais a propor, definitivamente, além da lucidez e da coragem. Por que a verdade deveria nos satisfazer? Por que o futuro seria destinado ao repouso, ao conforto, à satisfação? Não é apenas um início (ao contrário do que dizíamos em 1.968), mas o combate continua, não cessará.

Pois bem, deixando essa visão amoral do capitalismo de lado, cabe indagar se esse resgate da moral propriamente dita se fundamenta em alguma teoria universal? Ou seja, de que moral se trata? De qual conceito (dentre muitos) se valem as pessoas atualmente? Aristotélico? Cristão? Seria ela derivada da racionalidade ou da irracionalidade? Ou de ambas?

Entre tantas hipóteses e possibilidades, a teoria de Smith pode contribuir muito para apresentação de algumas respostas, vez que é uma moral situacional, baseada na realidade, praticável, formada por juízos de fato sintéticos a *posteriori* (construídos pela experiência sensorial; empiristas; após os fatos e, portanto, pedagógicos). Pode ser instrumento importante na confirmação de princípios caros ao espaço jurídico – social.

Para entender as ideias propostas pelo homem smithiano é preciso ‘sentir’ o concerto de sua obra, não um soneto aqui e outro ali. As ‘invenções’ de Smith sobre as relações humanas foram metodologicamente simplificadas, o que empobreceu a

assimilação de sua genialidade; é hora de resgatar a essência de seu pensamento.

Na sua concepção o senso de dever surge de uma atividade imaginativa, sendo esse o processo simpatético: (BAGOLINI, 1953). (GANEM, 2000)

1 – Participação imaginativa na situação alheia, nos seus conflitos sociais, econômicos e políticos;

2 – A responsabilidade desta atividade mental é do espectador imparcial ('um tribunal dentro de nosso próprio peito');

3 – O espectador imparcial participa de maneira moderada (indireta e mediata) das paixões alheias, tentando perceber o que há de bom, de 'útil', adequado, nas suas reações, paixões;

4 – A par disso, toma conclusões imparciais (positivas ou negativas) importantes e as repassa ao espectador originário (real);

5 – Quando o espectador originário (real) vivenciar situações semelhantes que foram observadas no próximo, por seu espectador imparcial, ele usará aquelas conclusões iniciais como referência de sua própria conduta, gerando, assim, um senso de conveniência (de dever).

Na última fase desse processo inventivo é possível perceber uma verdadeira 'dialética de espelhos': o homem como referência do homem. *Na primeira etapa o processo é até certo ponto irracional, mas, no fim, passa a ser racional, porque produz efeitos práticos e pedagógicos.*

As vantagens do processo simpatético: ele não é universal, metafísico, deontológico e abstrato; reflete uma compreensão ordinária da moral, situacional, empirista e prática; útil (conveniente) para o estabelecimento de trocas, de experiências, para a construção de uma sociedade mais justa e menos infeliz. Resulta na produção de uma moral praticável.

Não obstante, advirta-se que: "*Virtus est in medio*". Ou seja, a virtude está exatamente no meio termo. A vida humana envolve tanto processos racionais como processos simpatéticos, que na opinião de Luigi Bagolini: (BAGOLINI, 1.953, pág. 48)

Se a natureza do homem fosse exclusivamente racional, o homem não poderia se comunicar praticamente com os demais homens. Se, por outro lado, a natureza humana fosse exclusivamente simpatética, o homem estaria constantemente aberto e sentimentalmente transparente a toda possibilidade de comunicação com os outros. E a vida social, com todos os seus valores e os seus significados seria um pressuposto, um dado, uma dádiva e não o resultado de uma busca de um autocontrole, de um empenho, de um esforço, de tal forma grávida de dificuldades e de absurdos.

Dessa forma, as ideias morais de Adam Smith envolvem uma tensão constante entre razão e emoção, que enriquecem a compreensão da natureza humana.

2.2 – A moral nas obrigações contratuais

A contratação privada acha-se envolvida por alguns princípios importantes, que lhe dão sustentação e sentido. Quais sejam: função social, boa-fé, confiança, obrigatoriedade, autonomia privada, relatividade, liberdade, etc.

Para a linha mais dogmática do direito, os princípios contratuais designam fenômenos jurídicos bastante precisos e hermeticamente organizados. Inseridos nos estatutos legais e positivados pelo legislador, hoje são padrões bem claros e trazem segurança normativa.

Contudo, esse processo hermenêutico é mais complexo e exige uma investigação zetética, ou seja, uma abertura para o questionamento dos objetos em outras direções. (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

Para Carlos Alberto Bittar (BITTAR, 1993, pág. 15):

Essas orientações encontram suas raízes, em última análise, na Moral, que muito de perto influencia o Direito, a fim de que se preservem certos valores básicos, postos pela sociedade como fundamentais para sua existência e para seu desenvolvimento normal.

São proposições incorporadas aos agrupamentos humanos na busca de aperfeiçoamento, em qualquer parte do mundo. Refletem o próprio ideário de justiça. (BITTAR, 1993).

“Daí a indissociabilidade entre a teoria moral e a teoria jurídica, em certos aspectos dos direitos obrigacionais e contratuais, em que ambas se cruzam, na consecução dos objetivos colimados pela sociedade (...)” (BITTAR, 1993, pág. 17).

As próprias obrigações civis têm muitas de suas raízes nesses pressupostos morais. A veneração da técnica e os pilares positivistas tradicionais não conseguiram obnubilar a força ética por detrás dessas relações jurídicas. Não é outro o raciocínio superior de George Ripert (RIPERT, 2009, pág. 385):

A simples noção da obrigação implica uma crença no ideal moral, visto que é necessário explicar a submissão legítima do homem ao homem. O respeito pela promessa feita é uma das bases da ordem social. A promessa não é, sem dúvida, obrigatória senão por ser sancionada pela lei civil, mas

esta lei pede à regra moral o segredo da força da promessa e os caracteres que a tornam respeitável.

Como não poderia ser diferente, nas relações contratuais o peso da moral é relevante. O vínculo jurídico estabelecido entre as partes contratantes bebe dessa fonte; a expectativa gerada pela promessa de uma pessoa não pode ser violada graças ao respeito (confiança) que se tem pela consideração da outra. Por mais que o direito imponha submissão às suas regras é o sentido moral que perpassa todo o sentimento da pessoa humana. O direito domina (FERRAZ JÚNIOR, 2003), mas quem convence é a moral.

Novamente o pensamento reflexivo de George Ripert (RIPERT, 2009, pág. 23) é esclarecedor:

Até que ponto o mundo jurídico se poderá organizar fora de toda a preocupação moral, sobre os dados práticos e racionais? Quando se trata de reger os efeitos legais das vontades e das atividades, de organizar a troca de capitais e de serviços, poder-se-á sobre um ideal bastante vago ou necessidade econômica fazer construções jurídicas abstratas, e depois divertir-se a escrever equações de relações jurídicas e a transformá-las? Não é, pelo contrário, preciso ter presente que o credor e o devedor, ligados um ao outro pela relação de direito, são homens que fazem parte da mesma comunidade, que uma moral sublime chama irmãos e que não podem ter, um os direitos, outro as obrigações senão na medida em que a lei moral permite tirar alguém proveito e serviços, ou não o impede em todo o caso de o prejudicar?

A relação jurídica contratual não é apenas interação entre patrimônios, é um vínculo entre pessoas, seres humanos. A filosofia puramente técnica e positivista de alguns juristas no direito contratual produziu resultados insatisfatórios para explicar a dinâmica da vida humana, da sociedade e do direito, quanto mais das concepções morais impregnadas nesse processo dialógico (RIPERT, 2006).

Portanto, notadamente os princípios contratuais da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da confiança são substratos jurídicos “pintados” pela criatividade mais sublime dos “artistas morais”. “A arte, como o direito, serve para ordenar o mundo. (...)”. (CARNELUTTI, 2006, pág. 12).

2.3 – O direito e o contrato em Adam Smith: *Lectures On Jurisprudence*

Adam Smith redigiu muito; sua personalidade audaciosa e seu gênio criativo produziram muitos escritos caros à humanidade. Dos mais próximos à realidade jurídica, econômica e social, a Teoria dos sentimentos morais foi importante

para estabelecer as bases de seu pensamento moral e a Riqueza das nações para apresentar regras que difundiram normas essenciais para o desenvolvimento das trocas econômicas e comerciais.

Caso tivesse oportunidade, provavelmente teria publicado uma obra sobre “jurisprudência”. À época esta palavra tinha o sentido de “ciência da lei”, muito difundida nos países anglo-saxônicos. Infelizmente, pouco tempo antes da sua morte, Smith mandou queimar seus manuscritos e, assim, privou a humanidade do conhecimento mais preciso de suas ideias sobre direito e política. (O’ROURKE, 2008).

Nomeando um dos capítulos de sua obra biográfica (“O livro perdido de Adam Smith”), P. J. O’Rourke comenta: (O’ROURKE, 2008, pág. 172)

Adam Smith não pôde escrever seu livro sobre política. Houve uma série de razões para que a terceira parte de sua trilogia do melhoramento, a obra sobre “jurisprudência”, jamais fosse terminada: ele estava ocupado com as revisões da *Teoria dos sentimentos morais*; tornou-se funcionário do governo na Escócia, e morreu.

Esse tratado faria um esboço histórico e teórico do direito. Por sorte, suas palestras na Universidade de Glasgow foram registradas por alguns alunos do curso de Lógica e Filosofia Moral, que vieram ao público com o título *Lectures On Jurisprudence* (Palestras sobre jurisprudência).

Desta feita, a valoração moral de Smith já foi explanada com acerto. Ou seja, o processo simpatético reflete um senso de dever importante para incremento e melhoria das relações sociais.

Agora, e a valoração jurídica smithiana também utiliza o processo de participação na situação alheia para implemento de suas próprias definições? E qual é a sua posição perante os contratos?

Nas palestras proferidas nos anos de 1.762 e 1.763, 1ª Parte – Da Justiça, Smith aponta que “*The end of justice is to secure from injury*”, ou seja, o fim da Justiça é a segurança contra uma lesão. Mas não seria esta a única e principal finalidade da Justiça, pois a interpretação da *Lectures on Jurisprudence* deve ser feita com base no que ele discorreu na Teoria dos sentimentos morais (BAGOLINNI, 1953).

Com bastante propriedade, o italiano Luigi Bagolini foi enfático: (BAGOLINI, 1.952, pág. 68)

Quando, falando acerca da finalidade da justiça nas *Lectures*, SMITH declara que “*the end of justice is to secure from injury*”, refere-se naturalmente à finalidade imediata. A finalidade última, no entanto, é por ele determinada na *Teoria*, quando fala da “ordem” e da “existência” da sociedade. A “ordem” social e a “existência” social mesma da sociedade não seriam possíveis se as “leis da justiça” não fossem de qualquer modo observadas.

Em suma, se o fim imediato da justiça é “*to secure from injury*”, o fim último (aquele que não pode, por sua vez, ser encarado como meio para a realização de um fim ulterior) é a *ordem* e a *existência* mesma da sociedade. Evidentemente, o primeiro fim não exclui o segundo, mas o implica.

Por conseguinte, para verificar qual é a valoração jurídica em Smith é preciso retomar noções preponderantes do processo simpatético. Antes de tudo, é preciso esclarecer que existem críticas e posições contrárias ao seu pensamento.

Miguel Reale, por exemplo, ao prefaciando a obra de Luigi Bagolini (*Moral e Direito na doutrina da simpatia*), no ano de 1952, se posicionou no sentido de que a teoria smithiana peca pela carga excessivamente psicológica:

(...); mas não cremos na viabilidade das respostas dadas segundo as linhas do psicologismo smithiano, incapaz de fornecer uma base objetiva à compreensão do problema da conduta humana. (REALE, *in* BAGOLINI, 1952, pág. 9).

Na percepção do autor da teoria tridimensional do direito, um problema fundamental envolve a teoria moral de Adam Smith, ou seja, a relação entre *valor* e *fim*. Esses dois institutos estariam na proposição do professor Bagolini, conforme interpretação de Reale, fundados na ideia de “meio” como elemento constitutivo da validade dos “fins” (o êxito poderia indiretamente justificar quaisquer fins válidos; o recurso ao espectador imparcial seria inseguro, pois o pragmatismo do sucesso poderia ser o elemento extrínseco preponderante).

Defende Miguel Reale, por seu turno, que a teoria dos valores poderia permitir uma passagem mais fiel do “dever ser” para o “ser”, sendo que os valores são expressões puras do primeiro. Os valores são reconhecidos como fins, fins éticos que surgem dos motivos necessários e indeclináveis da ação (através de um reconhecimento racional) (REALE, *in* BAGOLINI, 1952).

Resumindo, na concepção do grande juriconsulto brasileiro, a teoria de Smith esbarra nas limitações próprias das concepções psicológicas e irracionais. (REALE, *in* BAGOLINI, 1952).

Entretanto, suas críticas são contraproducentes. As ideias smithianas da imaginação simpatética são voltadas justamente para a *situação* alheia

(compreendendo seu modo de vida social, histórico, político, econômico), que, no final, geram conclusões imparciais e seguras, permitindo que sejam adotadas no cotidiano do observador (espectador real). Não estão, assim, desvinculadas abruptamente dos valores éticos, históricos e culturais; pelo contrário, muitas das características da pessoa observada são assimiladas pela pessoa observadora. E a educação moral é o ponto chave no melhoramento das práticas humanas.

Além do mais, quando Smith propõe a adequação prática dos meios para alcance dos fins (utilitarismo simpatético), ele não deixa de considerar o valor da prudência, do autodomínio envolvido nessa equação. Parece que Miguel Reale exagerou em suas críticas (talvez para não contradizer sua futura teoria tridimensional do direito: justiça como valor).

Assim, as ideias do filósofo escocês são enriquecedores para o conhecimento e aperfeiçoamento das condutas humanas (apesar de não serem as únicas). Como elucida o pensador francês Edgar Morin, “o homem é um ser *complexus* (no sentido latim do termo: que é tecido em conjunto)”. (MORIN, 2000, pág. 18).

A valoração jurídica em Smith, certamente passa pelo processo simpatético e sua construção tem raízes na sua própria teoria moral. A simpatia intervém tanto na formação das regras jurídicas quanto na sua aplicação. E para concretização das regras gerais de conduta é necessária a intervenção do processo simpatético. Luigi Bagolini escreveu: (BAGOLINI, 1952, pág. 66).

A verdade que se pode extrair das considerações smithianas é a de que, em todos os casos mencionados, as regras gerais consideradas em si mesmas, independentemente de sua aplicação, são fórmulas abstratas que exprimem certas tendências do comportamento humano. Somente quando aplicadas, elas se tornam concretas e é necessário que intervenha o processo simpatético em sua aplicação. Assim, pois, a simpatia não é apenas o elemento psicológico fundamental que intervém na formação das regras gerais: é também o elemento que produz a sua aplicação e a sua transformação histórica. (BAGOLINI, 1952, pág. 66).

Na compreensão do professor italiano, quanto maior a proximidade entre as normas do direito e as regras morais, mais legitimidade possui o sistema jurídico. Em contrapartida, a ausência dessa aproximação não impede que as regras jurídicas sejam obrigatórias e indispensáveis à vida social (e são importantes na medida em que são obrigatórias). (BAGOLINI, 1952).

Desse modo, o problema do direito para Adam Smith, ao que tudo indica,

está diretamente vinculado ao ponto de vista da injustiça. É uma visão negativa. A justiça é dedutível da consideração do que é injusto e a ação injusta é causa de ressentimento (paixão natural que constitui o elemento psicológico fundamental da coesão social). Para o filósofo escocês “o ressentimento é um meio psicológico de reação contra a injustiça, mas representa também o único meio para se reconhecer quando uma ação é justa ou injusta”. (BAGOLINI, 1952, pág. 73).

Uma teoria da justiça que trabalha com o estabelecimento do que é injusto para elucidar o que é justo.

As palavras de Luigi Bagolini são pontuais: (BAGOLINI, 1.952, págs. 73 e 74)

A verdade do ressentimento e o seu significado real são verificáveis através da simpatia indireta. São reais e não ilusórias apenas as formas de ressentimento que tornem possível uma participação simpatética. Neste caso, essas formas de ressentimento são correspondentes a uma injustiça real. Sob este aspecto, o pensamento de SMITH pode ser esquematizado do seguinte modo: uma ação que, cumprida numa determinada situação, torne possível aquela forma de convivência social da qual tal situação emerge – e na qual está compreendida – é uma ação cujos efeitos suscitam um ressentimento simpateticamente participável. Uma ação, cujos efeitos sejam causa de ressentimento é uma ação condenável. Uma ação condenável é uma ação injusta. A punibilidade é psicologicamente conexa com o ressentimento e funciona como limite negativo dentro do qual é possível a determinação do conteúdo positivo da justiça. Em definitivo, a punibilidade e, portanto, a sanção, não representa um elemento acidental, mas sim intrínseco à essência mesma dos preceitos jurídicos, em relação aos preceitos morais.

De outra parte, quanto aos contratos, na parte introdutória dos registros (palestras) sobre o tema específico da Justiça (1ª Parte), Adam Smith apresenta uma definição de contrato diretamente relacionada com a expectativa gerada pela promessa de uma parte à outra, ou seja, pela confiança que se estabelece entre elas: “*The foundation of contract is the reasonable expectation wich the person who promises raises in the person to whom he binds himself, of wich the satisfation may be extorted by force*” (SMITH, 1.982, pág. 56). Tradução do autor: A fundação do contrato é a expectativa razoável e executória despertada pela pessoa que promete na pessoa objeto da promessa.

Desse modo, apesar dos poucos e esparsos registros é possível perceber novamente a preocupação de Adam Smith com o estabelecimento de expectativas legítimas entre as partes contratantes e, também, com o descumprimento da avença como lesão: (SMITH, 1.982, pág. 99)

That obligation to performance which arises from contract is founded on the reasonable expectation produced by a promise, which considerably differs from a mere declaration of intention. Tho say have a mind to do such a thing for you, yet on account of some occurrences do not do it, I am not guilty of breach of promise. A promise is a declaration of you desire tha the person for whom you promise should depend on you for the performance of it. Of consequence the promise produces an obligation, and the breach of it is an injury. Tradução do autor: Esta obrigação de desempenho que decorre do contrato baseia-se na expectativa razoável produzida por uma sentença, que difere consideravelmente de uma mera declaração de intenção. Eu digo que tenho em mente fazer uma coisa dessas para você, mas por conta de algumas ocorrências não faça isso, eu não sou culpado de quebra de promessa. Uma promessa é uma declaração de seu desejo de que a pessoa para quem você promete deve depender de você para o desempenho do mesmo. Em conseqüência, a promessa gera uma obrigação cuja violação representa ofensa.

Assim, para referido filósofo a relação estabelecida entre as partes numa relação contratual é formada pela expectativa gerada entre elas, principalmente por aquela a quem a promessa é dirigida.

Uma das mais renomadas especialistas e estudiosas das obras de Adam Smith, Emma Rothschild (esposa do ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1.998, Amartya Sen), apresenta mais um dado interessante acerca do pensamento do “pai do liberalismo econômico” pouco conhecido de seus seguidores, no sentido de contrariar diretamente as ideias esposadas por Rosseau no contrato social e reafirmar a importância da relação contratual com vistas à participação na situação alheia para o progresso e o desenvolvimento das nações: (ROTHSCHILD, 2003, págs. 265 e 266)

Os indivíduos retratados nos escritos econômicos do século XVIII de que este livro (*Riqueza das nações*) tratou se ocupam com um modelo de vida discursivo, inquieto, autoconsciente. Eles são as partes contratantes, e são, por isso, o tipo de pessoas que formam expectativas e têm ideias sobre princípios. A obrigação em um contrato, diz Smith em suas palestras sobre jurisprudência, se constitui pela ‘expectativa razoável’ da pessoa a quem a promessa foi feita. A doutrina do contrato original, continua ele, na esteira de Hume, é insensata porque as pessoas que supostamente consentiram com ele ‘dela não estão cientes, e portanto não podem a ele se obrigar. Elas precisam ter alguma ideia, ainda que confusa, do princípio no qual agem’. Todas essas partes contratantes possuem ideias, princípios e expectativas. Interessam-se, como os comerciantes em viagens que foram correspondentes de James Anderson para *The Bee*, pela ‘história da mente humana’. Eles são inquisidores, como o homem especulativo disposto, na descrição de Smith ‘a ingressar em muitos raciocínios’ sobre os efeitos dos acontecimentos distantes (por exemplo, um terremoto na China), ‘sobre comércio da Europa e sobre as trocas e negócios do mundo em geral’.

Essa oposição ao contratualismo, ademais, é uma das principais características do próprio iluminismo escocês, conforme se depreende dos escritos

de Hugo E. A. da Gama Cerqueira (CERQUEIRA, 2005, pág. 48):

Mas o que há de mais característico na opinião dos filósofos escoceses é que a sociedade *não* pode ser explicada como o resultado de um *cálculo racional*. Neste sentido, eles também se afastaram das diferentes variantes do contratualismo surgidas ao longo dos séculos XVI a XVII, que fizeram a existência da sociedade depender de uma escolha dos indivíduos e, ao mesmo tempo, colocaram em questão uma certa concepção de racionalidade instrumental. A versão mais influente desta crítica ao contratualismo é a que exposta por Hume (1994:18-201) no seu ensaio “sobre o contrato original” e que seria repetida por outros *literati*, inclusive Adam Smith (LJ (A) v. 115ss). Para eles, a ideia do contrato é histórica e empiricamente insustentável: não há registro de que tal acordo tivesse sido celebrado em qualquer época ou em qualquer parte do mundo e, o que é ainda mais grave, entre as crenças e opiniões que os homens sustentam sobre si mesmos não há qualquer traço daquele consentimento sobre o qual os contratualistas fazem repousar a legitimidade dos governos. “É estranho que um ato do espírito, que se supõe todo indivíduo tenha realizado (...) seja a tal ponto desconhecido por todos, que em toda superfície da Terra mal restem dele quaisquer vestígios ou lembrança” (Hume, 196:200).

Pela leitura da Teoria dos sentimentos morais conjugada com as *Lectures on jurisprudence*, é possível perceber que o direito para Adam Smith se produz por um mecanismo análogo à formação dos valores morais e dos próprios sistemas econômicos.

2.4 – A reaproximação entre ética e economia e os sentimentos morais

A atual configuração do sistema econômico capitalista está enfrentando graves crises sistêmicas. Crises financeiras internacionais e o aumento progressivo do desemprego nos países desenvolvidos estão na pauta dos noticiários e da agenda política desde o ano de 2008. Especula-se que esta crise (2008), inclusive, é a mais grave desde a Grande Depressão de 1929. (NUNES, 2011).

Os bancos internacionais se descapitalizaram e estão se aproximando da insolvência. Os Estados nacionais correm para socorrê-los e o dinheiro público participa da socialização dos riscos econômicos e financeiros. Indignados com esta situação, um grande número de pessoas protestam e ocupam algumas regiões estratégicas de centros econômicos importantes como Nova York (*Wall Street*), Madri (Praças), São Paulo (Avenida Paulista), etc.

Quais são, por sua vez, as características desse modelo econômico? Para o economista Paulo Nunes, “o capitalismo financeiro corresponde a um tipo de economia capitalista em que o grande comércio e a grande indústria são controlados

pelo poderio econômico dos bancos comerciais e outras instituições financeiras”. (NUNES, 2011, pág. 9)

Discutir se o capitalismo será substituído por outro modelo econômico não é o propósito desse trabalho de pesquisa. Agora, como esse modelo pode se tornar mais coerente e moral são preocupações reflexas fundamentais, contrariando o professor francês André Comte-Sponville. Aliás, um dos principais objetivos da ética é influenciar o comportamento humano (SEN, 1999).

Um dos primeiros autores da modernidade a apresentar sugestões para ‘moralizar’ o atual sistema econômico foi E. F. Shumacher. No seu mais conhecido trabalho teórico “O negócio é ser pequeno” – *Small is beautiful* (Um estudo de Economia que leva em conta as pessoas), defende a reorganização do modelo econômico aos moldes de uma “economia budista”. Por economia budista entenda-se a “subsistência correta”, ou seja, combinação da saúde espiritual com o bem-estar material. (SHUMACHER, 1.983)

Em resumo, trata-se de uma organização voltada para a valorização do trabalho e da pessoa humana, da racionalização da atividade industrial, com menos dispêndio para os recursos naturais e, ainda, da difusão de um consumo mais racional e consciente. (SHUMACHER, 1983).

Não obstante, numa discussão mais particular, a filosofia moral parece ter sido o marco fundamental para a construção da moderna ciência econômica (Adam Smith contribuiu para isso, de forma decisiva). Estariam elas intrinsecamente ligadas. Talvez a dissonância entre os princípios morais e as regras de economia na atualidade seriam as principais causas dos solavancos no progresso material da sociedade global.

Um dos pontos cruciais envolvendo os fundamentos da economia está no problema do auto-interesse. Para Hobbes, no estado da natureza, os homens produzem por meio da busca sem limites com base no interesse pessoal, dada a escassez de recursos, ou seja, uma situação de guerra civil permanente, em que os direitos não são respeitados (estado de ausência moral). Para solução desse caos, Hobbes entende que os homens deveriam transferir parte de sua liberdade para o Estado, que promoveria a obediência e o cumprimento das leis, das regras sociais e econômicas, etc. Já Smith, por sua vez, também defende o recurso à filosofia moral para solução desse estado de coisas. (SILVA, 2007).

Nesse contexto, para Marcos Fernandes Gonçalves da Silva tudo envolve

um mecanismo psicológico de empatia, nesses termos: (SILVA, 2007, pág. 13).

Smith supõe – a partir da observação dos fatos, de como as pessoas de carne e osso agem – que há um mecanismo psicológico calcado no processo de empatia. Nossas ações são mediadas por um mecanismo de autocontrole, por um espectador, um outro *eu*, que avalia as conseqüências de nossas ações, pressupondo que nos colocamos no lugar dos outros, os objetos das mesmas. Neste sentido, se pressupomos que há um entendimento básico numa comunidade sobre o que são ações virtuosas, nossas ações podem ser avaliadas, juntamente com suas conseqüências, pela operação de um espectador imparcial: se uma comunidade, simples ou conexas (formada por vários indivíduos), compartilha um conjunto de valores, nossas ações podem ser objeto de aprovação ou reprovação de acordo com os mesmos.

Percebe-se que a solução de Smith para o problema posto por Hobbes é liberal e laica: Adam Smith funda seu sistema moral nos próprios homens. (SILVA, 2007).

Na atualidade do pensamento econômico, Amartya Sen tem se destacado como um dos autores mais engajados na reaproximação entre ética e economia (com base em muitas ideias morais smithianas).

Para Amartya Sen, a economia atual considera a motivação humana em aspectos restritos. Ou seja, a economia tem suas origens, de um lado, na ética (questões voltadas para obtenção do bem comum), e, de outro, naquilo que o autor chama de “engenharia” (ocupação de questões primordialmente logísticas, onde o objetivo é encontrar meios adequados para alcançar determinados fins). O problema é que existem autores que dão enfoque apenas numa das duas escalas, notadamente na “engenharia”, ou seja, na economia numérica. O segredo está no equilíbrio das duas abordagens, como faziam autores clássicos como Aristóteles e o próprio Adam Smith. (SEN, 1999).

Nesse desiderato, conclui no seguinte sentido: (SEN, 1999, pág. 112)

Pode-se dizer que a importância da abordagem ética diminuiu substancialmente com a evolução da economia moderna. A metodologia da chamada “economia positiva” não apenas se esquivou da análise econômica normativa como também teve o efeito de deixar de lado uma variedade de considerações éticas complexas que afetam o comportamento humano real e que, do ponto de vista dos economistas que estudam esse comportamento, são primordialmente fatos e não juízos normativos. Examinando as proporções das ênfases nas publicações da economia moderna, é difícil não notar a aversão às análises normativas profundas e o descaso pela influência das considerações éticas sobre a caracterização do comportamento humano real.

Voltando à discussão do auto-interesse, que tem sido uma das

características principais da teoria econômica predominante, eis uma indagação importante: Seria essa a única motivação na vida das pessoas? Se a resposta for positiva, não haveria um empobrecimento da complexidade humana?! Pois bem, parece ter sido esta a conclusão dos economistas modernos. Acreditando na equivalência do comportamento racional com o comportamento real, alguns estudiosos identificaram a racionalidade como a maximização do auto-interesse. (SEN, 1999).

Como a resposta foi afirmativa, a compreensão da vida humana empobreceu significativamente. O homem econômico não representa a pessoa humana por inteiro; ou seja, não reduz a vida humana em meros conceitos pautados pela racionalidade, apenas pela busca do interesse próprio, egoístico.

O tema do auto-interesse é central na filosofia moral smithiana. Mas se enganam aqueles que acham que Adam Smith só reconhecia o auto-interesse no comportamento humano; ele era um grande filósofo social, antes de tudo. Aliás, a ação racional, em termos econômicos, só é inteligível quando se considera a existência de limites ao auto-interesse (SILVA, 2007).

Para Adam Smith, na compreensão de Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, a vida é composta pela auto-preservação própria (auto-interesse) e pela auto-preservação da espécie (instintiva). O auto-interesse, às vezes, pode ser egoístico, mas ele sempre partirá da assimilação das ações e avaliações alheias. Assim, a mediania é fundamental para o progresso da espécie, em particular, e da sociedade, no geral. (SILVA, 2007).

Ademais, a assimilação das ações e avaliações alheias só é possível pelo processo simpatético operacionalizado pelo espectador imparcial; imaginando-se na situação alheia o homem compartilha com os outros (vice-versa) suas próprias emoções e decisões. “Logo, o espectador imparcial é um mecanismo ‘coletivamente compartilhado’ de avaliação das ações de cada um de nós”. (SILVA, 2007, pág. 94). Dessa forma:

O mecanismo que mantém a coesão social em Smith é diferente daquele imaginado por Hobbes (ver Capítulo 1). (...)

Smith se debruça sobre o mesmo problema, mas não atribui ao Estado nem a Deus o poder de controlar os instintos destrutivos do homem, mas aos próprios indivíduos, que podem perceber racionalmente, movidos pelo auto-interesse, como o estabelecimento de elos cooperativos pode garantir o mínimo de confiança mútua que a estabilidade social exige. O espectador imparcial é o mecanismo que também garante a estabilidade social, impedindo que a sociedade caminhe para um estado permanente de guerra civil ou para um estado de natureza hobbesiano.

Na percepção de Estrella Trincado Aznar, professora do Departamento de História e Instituições Econômicas da Faculdade de Ciências Econômicas e Empresariais, da Universidade Complutense de Madri, Adam Smith criou, na verdade, um utilitarismo inovador, contemplativo, onde os interesses pessoais são sopesados pelos interesses de proteção do tecido social, nesses termos: (AZNAR, 2001, pág. 02)

El tema del utilitarismo em Adam Smith no está todavía resuelto. Escritos recientes afirman que el autor era utilitarista, o, más bien, "utilitarista contemplativo". Sin embargo, em este trabajo pretendemos demostrar que una motivación fundamental que impelió a Smith a escribir su obra fue la de constatar que el hombre no actúa por utilidad, rechazando la teoría de su amigo David Hume. (...)

Efectivamente, em la Teoría de los Sentimientos Morales (TSM), em las lecciones de teoría del Derecho, traducidas demasiado literalmente por Lecciones de Jurisprudência (LJ (A) y LJ (B)) y em las lecciones de retórica Smith reitera que el hombre no se vê motivado por una estructura que retiene su memoria de placeres ansiados y Dolores temidos. Lo que busca con su acción es sentirse querido por sus semejantes y estar em consonância con el juicio ajeno, gozar y consolarse con la empatia de emociones con los demás. Por tanto, actuamos para que nos quieran o pensando nas consecuencias? "Si la parte principal de la felicidad humana estriba em la consciência de ser querido, como yo creo que ocurre em realidad..." Complementariamente buscamos que nos admiren. Creamos un espectador imaginado y bien informado con el que, al armonizar con su sentimiento, nos sabemos dignos de admiración y gracias al cual actuamos con la tranquilidad de que, si nuestro espectador real supiera nuestros condicionantes, empatizaría con nosotros. Es decir, no nos basta con ser amados porque "Que mayor felicidad hay que la de ser amado y saber que lo merecemos?"

Retomando o pensamento de Sen, percebe-se que Smith não pretendia reduzir a vida (fenômenos), a um número pequeno de princípios. Pelo contrário: (SEN, 1999, págs. 67/68)

A interpretação errônea da postura complexa de Smith com respeito à motivação e aos mercados e o descaso por sua análise ética dos sentimentos e do comportamento refletem bem quanto a economia se distanciou da ética com o desenvolvimento da economia moderna. Smith de fato deixou contribuições pioneiras ao analisar a natureza das trocas mutuamente vantajosas e o valor da divisão do trabalho e, como essas contribuições são perfeitamente condizentes com o comportamento humano *sem bonomia e sem ética*, as referências a essas partes da obra de Smith têm sido profusas e exuberantes. Outras partes dos escritos de Smith sobre economia e sociedade, que contém observações sobre a miséria, a necessidade de simpatia e o papel das considerações éticas no comportamento humano, particularmente o uso de normas de conduta, foram relegadas a um relativo esquecimento à medida que essas próprias considerações caíram em desuso na economia.

E mais:

De fato, é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visão smithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Esse empobrecimento relaciona-se de perto com o distanciamento entre economia e ética.

Um bom exemplo é aquela negociação comercial que está sendo feita entre duas pessoas e, a partir do momento em que ambas apresentam seus verdadeiros interesses (lealdade, boa-fé), a tendência é que individualmente lucrem (imediatamente) e socialmente enriqueçam (mediatamente). A confiança mútua gerará novos negócios entre eles; do contrário, evitarão ou exigirão mais garantias ao contratarem novamente um com o outro.

Na concepção do sociólogo italiano Giovanni Arrighi, “Entre os ‘principais economistas do passado’, Smith talvez seja ‘um dos mais amplamente citados e um dos mais raramente lidos’”. (ARRIGHI, 2008, pág. 57).

A reaproximação entre a economia e a ética pode contribuir para a promoção da riqueza e do bem-estar de um número cada vez maior de pessoas e nações. A ética, aliás, é *conditio sine qua non* para que uma economia opere com eficiência. Ou seja, a economia tem um sentido moral e ético sim, pois também trata de relações humanas concretas de troca e experimentação.

Assim, considerando que a economia e a ética fazem parte da relação negocial, nada mais justo do que estudar a teoria geral dos contratos no direito brasileiro a partir da filosofia moral proposta por Adam Smith.

CAPÍTULO 3.

A PRINCIPIOLOGIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA MORAL SMITHIANA

O Código Civil de 2002, acompanhando as tendências dominantes nos meios jurídicos mais atualizados, especificamente no campo da teoria geral dos contratos, imprimiu regras importantes para a reaproximação entre o direito e a moral no ordenamento jurídico brasileiro. Os contratos, a partir dessa nova orientação, possuem bases deontológicas bastante amplas, como o princípio da função social dos contratos e o princípio da boa-fé objetiva. Não obstante, o intérprete se vê na difícil condição de estabelecer sentido ao enunciado legal, vez que referidas estruturas normativas são abertas e indeterminadas.

No intuito de minorar essa dificuldade e encontrar uma fundamentação jurídica e filosófica mais precisa e segura, a teoria moral de Adam Smith surge como um importante referencial, pois é construída a partir de situações empíricas perfeitamente assimiláveis pelo hermenauta e, ainda, denota a elaboração de uma moral praticável por todos que vivem em sociedade.

Assim, a teoria smithiana pode contribuir para a interpretação da nova teoria geral dos contratos presente no Código Civil brasileiro, conforme será demonstrado nas próximas linhas.

3.1 – O direito civil brasileiro: evolução histórica e atual configuração

A história do direito civil brasileiro não é tão antiga. Das Ordenações Filipinas, passando pelo Código Civil de 1916 (“Código Beviláqua”) e, finalmente, pelo Código Civil de 2002 (“Código Reale”), o direito privado no Brasil está assumido uma identidade própria.

Do Código Civil de 1916 foi herdada a precisão técnica da normatização positivista e o paradigma da segurança jurídica. Já do Código Civil de 2002 as áureas do pós-positivismo jurídico, de caráter marcadamente principiológico.

De fundamental, da passagem do Código de 1916 para o Código de 2002, foi a mudança de paradigmas. De um Estado liberal para um Estado Neoliberal e/ou Social; de uma sociedade dependente da economia agrícola para uma sociedade

industrial; de uma nação subdesenvolvida para uma nação em contínuo processo de desenvolvimento econômico; de uma 'país do futuro' para um 'país do presente'. O Brasil mudou, a sociedade brasileira evoluiu, amadureceu por meio de passagens difíceis que contribuiriam para a consolidação da democracia, dia após dia.

Por mais que o jovem jurista do Estado do Ceará tenha se esforçado, o Código que levou seu nome ficou obsoleto e não correspondeu mais aos anseios de uma sociedade inserida num mundo cada vez mais complexo e multifacetado. A par disso, e depois de muitas discussões legislativas, o novo Código Civil brasileiro foi finalmente aprovado, no ano de 2002.

Novamente um grande jurista se incumbiu da tarefa de estruturar o Código Civil, com o apoio de tantos outros nomes importantes da ciência jurídica no Brasil. Miguel Reale, filho de seu tempo. Organizou o atual diploma legal civil inspirado em lições que ultrapassaram o mero positivismo jurídico. Um conjunto de normas que parte do pressuposto de que a sociedade muda constantemente, por isso, a lei deve tentar se amoldar a ela.

Para isso, o atual Código Civil trabalha com estruturas (cláusulas) abertas, interpretativas, acessíveis à perspicácia do operador do Direito. Uma hermenêutica em perene construção e reconstrução. Um Direito dialético.

Lucinete Cardoso de Melo *apud* Judith Hofmeister Martins Costa, delinea as estruturas das cláusulas gerais em três tipos: (MELO, 2004, págs. 02/03):

Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que o nº 26 do Parecer Final do Relator ao Projeto do Código Civil, o Senador Josaphat Marinho, ressaltou a necessidade de prudência no prosseguimento dos trabalhos legislativos, cabendo proceder-se 'com espírito isento de dogmatismo', antes aberto a imprimir regras legais que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o artigo 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária.

Não obstante, cabe citar a advertência de Humberto Teodoro Junior, no sentido de que "a aplicação das normas reprodutivas de cláusulas gerais há que ser feita pelo legislador com a máxima prudência, em nome da tão cara segurança

jurídica” (THEODORO JUNIOR, 2008, pág. 45).

Gustavo Tepedino, inclusive, considera “ingênua a iniciativa do novo Código porque omissa e, por isso, causa de insegurança jurídica na precisão de um conteúdo axiológico do que reputa ser a cláusula geral da função social do contrato”, por exemplo. (TEPEDINO, 2006, pág. 77).

Ademais, a preocupação no meio jurídico em conferir maior segurança jurídica na interpretação das cláusulas gerais é tão importante, que tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Do Senado Federal), que altera substancialmente o Código de Processo Civil e estabelece, entre outros dispositivos, a necessidade do juiz fundamentar suas decisões, sentenças ou acórdãos, de modo que ao empregar conceitos jurídicos indeterminados explique o motivo concreto de sua incidência ao caso (Art. 476, do referido Projeto de Lei).

Retomando a discussão inicial, muitos estudiosos atacaram com veemência o Projeto de Lei que acabou culminando na aprovação do Código Civil de 2002, sendo que o emérito professor Antonio Junqueira de Azevedo afirmou que “todo código implica um certo desgaste social e um trabalho muito grande para os operadores do Direito. O meu ponto de vista é que o Projeto de Código Civil (2002) é um pouco, só um pouco, mais adiantado do que o Código Civil vigente (1916)” (AZEVEDO, 1999, pág. 44).

Entretanto, o deslocamento de sentidos foi drástico sim. Do homem burguês, egoísta e individualista, o Código Civil de 2002 inspira-se no homem socializável, moral, ético e solidário. Aliás, estas mudanças são advindas das influências da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana como valor axiológico preponderante de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Além de mudanças importantes, percebe-se grande evolução normativa. O fato de alguns temas muito relevantes terem ficado de fora do novo diploma legal (Biodireito, contratos eletrônicos, etc), se deve à falta de amadurecimento na consciência do corpo social. (REALE, 2003).

Por sua vez, como não poderia deixar de ser, o principal instrumento de circulação de riquezas – o contrato (mola propulsora do sistema econômico capitalista), também sofreu revezes importantes.

Inicialmente, o direito contratual serviu à volúpia do homem capitalista egoísta e individualista, mas depois assume uma função social relevante, qual seja,

equilibrar as relações negociais e trazer bem-estar a toda coletividade.

A partir dessa premissa, a aplicação rigorosa do tradicionalíssimo *pacta sunt servanda* (significa que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, que o acordo deve ser observado), cedeu espaço para a função social. Novos princípios foram introduzidos na teoria geral dos contratos, merecendo destaque especial a boa-fé objetiva e a confiança.

3.2 – Os fatos jurídicos e os negócios jurídicos

Fato é todo acontecimento que toca a vida humana. Alguns não repercutem na seara do Direito, ou seja, não criam relações jurídicas (eventos da natureza, etc). Outros, entretanto, interessam diretamente por criarem, modificarem ou extinguirem vínculos jurídicos (fatos jurídicos).

Os fatos jurídicos podem ser naturais ou humanos. Os primeiros não dependem da atuação do homem, mas refletem na vida do mesmo (nascimento, morte). Os segundos dependem substancialmente de sua intervenção como, por exemplo, o casamento, um acidente de trânsito, os contratos, etc.

As classificações doutrinárias mais comuns são: a) Fatos jurídicos propriamente ditos: são os que decorrem da ação da natureza. Exemplos: nascimento, morte, etc. b) Atos jurídicos: são os atos que decorrem da atividade humana. Exemplo: casamento, contrato, etc. Dividem-se em atos jurídicos lícitos (aqueles em que o ordenamento permite que os efeitos almejados pelo agente decorram do ato) e atos ilícitos (são aqueles que por faltar licitude produzem efeitos diversos dos almejados por seu agente). (FIÚZA, 2007).

Entre os atos jurídicos (lícitos), tem-se aquele em sentido estrito (ou meramente lícito) e o negócio jurídico. Nos dois exige-se uma manifestação de vontade, sendo que no primeiro o efeito da exposição de vontade está predeterminado na lei, enquanto no segundo exige-se uma manifestação volitiva qualificada (a ação humana visa diretamente a alcançar um fim prático permitido na lei, dentre a multiplicidade de efeitos possíveis). (GONÇALVES, 2010).

O primeiro é pobre em conteúdo e efeitos jurídicos; o segundo, por exigir uma vontade mais habilitada, é riquíssimo em conseqüências legais (GONÇALVES, 2010).

Os negócios jurídicos, particularmente, interessam ao presente trabalho.

Neles “há uma composição de interesses, um regramento geralmente bilateral de condutas, como ocorre na celebração dos contratos. A manifestação de vontade tem finalidade negocial, que em geral é criar, adquirir, transferir, extinguir direitos etc” (GONÇALVES, 2010, pág. 121).

Essa finalidade negocial está estreitamente vinculada com a operação econômica presente em todo contrato, como será mais na frente delineado. Aliás, “o negócio jurídico é o principal instrumento que as pessoas têm para realizar seus interesses”. (FIUZA, 2007, pág. 202).

O novo Código Civil (2002) substituiu a expressão genérica (ato jurídico), pela designação específica ‘negócio jurídico’, porque “somente este é rico em conteúdo e justifica uma pormenorizada regulamentação”. (GONÇALVES, 2010, pág. 122).

O contrato é a principal espécie de negócio jurídico e será o foco da presente reflexão.

3.3 - Os contratos: nova teoria geral

O contrato, desde Beviláqua, representa o acordo de vontades com intenção de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos (GONÇALVES, 2010). Eis a representação mais comumente conhecida deste instrumento legal. Além do que, o negócio jurídico é importante para o incremento das relações econômicas; fonte mais rica de obrigações legais.

Nas relações sociais cotidianas, o contrato ainda continua sendo o principal instrumento jurídico utilizado pelas pessoas. O dia a dia de todo cidadão é recheado de relações contratuais, algumas mais outras menos importantes.

Na conceituação de Cesar Fiúza: (FIÚZA, 2007, pág. 388).

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.

Por conseguinte, Pablo Stolze Gagliano (GAGLIANO, 2008, pág. 1) entende que: “Trata-se, em verdade, da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz

das engrenagens socioeconômicas do mundo”.

Dessa forma, o contrato não pode ser reduzido a um *mero* conceito jurídico. Sua ‘vida’ é mais rica e complexa do que se possa imaginar, tanto que seu estudo pode representar um importante elemento para a identificação sociológica de um povo (GAGLIANO, 2008).

Os escritos do renomado jurista italiano Enzo Roppo são esclarecedores quanto à função e evolução histórica do direito dos contratos ((ROPPO, 1947, pág. 7)

Contrato é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade econômico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de ‘contrato’ (o que, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico).

Outros autores, como Luiz Guilherme Loureiro defendem que “onde não há operação econômica não há contrato” (LOUREIRO, 2002, pág. 39). A circulação de riquezas depende, assim, da segurança jurídica disposta nesses pactos.

Por outro lado, dos princípios tradicionais mais importantes, desde os romanos, eis a autonomia da vontade (discussão livre das condições contratuais) e o *pacta sun servanda* (os pactos devem ser cumpridos; obrigatoriedade). Inicialmente atendendo um número limitado de pessoas; nos tempos modernos elemento preponderante nas relações de consumo (massificadas).

A par disso, para alguns doutrinadores o direito civil e o próprio direito contratual entraram em crise. Não conseguiram dialogar muito bem com as orientações constitucionais mais relevantes, pois preservam tradições tão remotas que não coadunam mais com o atual estágio político e social da humanidade.

Isso, pois, o direito civil é a disciplina jurídica por excelência. Foi moldado pela própria história da humanidade. Não obstante, acabou cedendo. Compreendeu

que os princípios constitucionais da pós-modernidade são importantíssimos para construção de uma sociedade mais justa e solidária (RENNER, 2007).

O direito reconhece isso através da estruturação do Código em balizas, em princípios com conteúdo marcadamente socializantes. As orientações mais preponderantes, repetidas inúmeras vezes por ninguém menos que Miguel Reale, no sentido de um Código fundamentado nos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade (REALE, 2003).

Na singular interpretação de Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, 1999, pág. 3):

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Não menos importante é a citação de Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2008, pág. 22), no sentido de que para o direito civil constitucional, “O Direito deve buscar, também em outras ciências, sobretudo, sociais e humanas, apoio e parceria para afirmar seus princípios, reorganizando metodologicamente, estudos e pesquisas’.

Para o jurista Carlos Alberto Bittar, “um dos pontos de maior realce na atual teoria contratual está na influência da moral (...)” (BITTAR, 1993, pág. 14). Na parceria, ou melhor, reaproximação entre a moral e o direito, a primeira ganha praticidade e eficácia, enquanto o segundo conteúdo e substância.

Desse modo, *da autonomia absoluta da vontade para o exercício responsável da vontade*. O princípio da obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda*, característica do Código de 1916, cede espaço para a aplicação socializante das normas jurídicas contratuais, fruto do Código de 2002. O contrato *fazia* lei entre as partes; agora, ele faz lei, desde que observadas as mesmas condições que equilibravam inicialmente o acordo de vontades e desde que não lesem interesses de ordem pública – cláusula *rebus sic standibus* e função social do contrato.

Carmem Lucia Silveira Ramos (RAMOS, 1998, pág. 16 e 17) ao discorrer sobre as mudanças de paradigmas do direito privado na obra “Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo’, conclui:

Por tudo isto, pode-se asseverar que os novos paradigmas, consagrados constitucionalmente, com relação à apropriação de bens e relações contratuais, funcionalizando o exercício destas atividades com um sentido social, antecedida pelo rol de direitos e garantias do cidadão, princípios categóricos, instituídos no plano individual e coletivo, para trabalhar suas dimensões fundamentais, afetando o direito em geral e o direito privado em particular, correspondem, ao menos em parte, a um reflexo da concepção da vida em sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofre. Assim, embora se mantenha, como princípio, um direito centrado no homem, construído segundo o imaginário racionalista-liberal, estabelece-se restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses coletivos, bem como para o desenvolvimento e preservação da dignidade do cidadão, ausentes no sistema clássico do direito civil, consolidado no Código de 1916.

Resgatando a temática constitucional, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o norte a ser seguido pelo Código Civil de 2002. Nas palavras de Nelson Rosenvald (ROSENVALD, 2007, pág. 8):

Percebemos que o significado de dignidade se relaciona ao respeito inerente a todo o ser humano – por parte do Estado e das demais pessoas – independentemente de qualquer noção de patrimonialidade. É simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito. O homem se encontra no vértice do ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função do ser humano.

César Fiúza discorre e exemplifica: (FIÚZA, 2007, pág. 344)

Os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumentos de promoção do ser humano e de sua dignidade. Em outras palavras, os contratos não podem ser vistos apenas como meio de enriquecimento das partes contratantes. Com base neste princípio, da dignidade humana, alguns contratos devem ser tratados de forma diferenciada. Por exemplo, um hospital compra certo maquinário. Vê-se, depois, em situação de inadimplemento, não conseguindo pagar ao fornecedor. Que fazer? Penhorar o maquinário? O que é mais importante, a saúde dos pacientes ou o lucro do fornecedor? Sem dúvida alguma, o lucro do fornecedor é importante, mas não mais que a saúde dos pacientes do hospital. O lucro há de ceder diante da dignidade humana, e a solução para o problema não será a penhora do maquinário.

Dignidade e pessoa são elementos que estruturam uma mesma relação jurídica. Cabe ao Estado e a todo particular respeitar esses elementos mínimos para construção da personalidade humana livre.

Abandona-se a noção minimalista de pessoa como aquela que tem liberdade (irrestrita) para praticar negócios jurídicos para, dar vazão, ao ser humano livre com dignidade, responsabilidade e substrato para formação de sua própria

personalidade (expansiva).

De outro norte, há o princípio da solidariedade social, também integrativo do conceito de função social a que o contrato deve se voltar, e que caracteriza, basicamente, a igualdade substancial (material). O principal objetivo é garantir que as contratações sejam justas, solidárias e socialmente úteis. (GODOY, 2003).

Por fim, merece destaque o princípio da socialidade. Para Christiano Cassettari (CASSETTARI, 2010, págs. 3 e 4):

Pelo princípio da socialidade podemos afirmar que o Código Civil vigente perdeu sua ideia individualista, mudando seu pensamento para adotar uma posição voltada para o todo, fundamentando a existência do princípio em pauta. Desta forma, ele deixa de ter a rigidez que possuía desde o início da sua vigência, para pensar mais no social, na coletividade, incorporando nas relações contratuais princípios sociais como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Outros princípios merecem apontamento, como o da supremacia da ordem pública, da relatividade, mas, em especial, o da boa-fé objetiva, que, juntamente com a função social reconfiguraram a teoria geral dos contratos no direito privado brasileiro.

3.4 – Os princípios informadores mais tradicionais: liberdade de contratar e obrigatoriedade contratual

A autonomia da vontade sempre foi o mais importante princípio contratual. Justamente por facultar às partes total liberdade para concluir seus negócios jurídicos. Parte sempre do pressuposto que há igualdade (formal) entre os contratantes. O Estado recua (lei) e permite que eles exerçam amplamente suas vontades.

Evidentemente, referido princípio comporta exceções, como no exemplo da contratação por adesão, onde uma das partes não tem condições de discutir livremente as condições contratuais, e, por isso, a lei permite que, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, interpretar-se-ão mais favoravelmente ao aderente (Art. 423, do Código Civil).

Por conseguinte, o princípio da autonomia da vontade se desdobra em dois outros princípios: da obrigatoriedade contratual e do consensualismo (basta o consenso entre as partes para formalização dos contratos).

O princípio da obrigatoriedade merece destaque, pois como foi salientado algumas vezes nesse trabalho, é representado pela expressão em latim: *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser cumpridos, observados. A contratação privada alcança, assim, força de lei. Ou seja, ninguém é obrigado a contratar; agora, se contratou, tem que cumprir a avença.

Uma advertência: só aplica este princípio aos contratos realizados conforme os ditames legais.

As bases de fundamentação desse princípio passam pela escola do jusnaturalismo (natureza humana), do utilitarismo (conveniência), positivismo jurídico (direito positivo) e, ainda, pelo normativismo Kelsiano (de lei em lei até chegar à norma fundamental). (FIÚZA, 2007).

Cesar Fiúza esclarece: (FIÚZA, 2007, pág. 478)

Por fim, modernamente, a obrigatoriedade contratual encontra seus fundamentos na Teoria Preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos obrigam não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas conseqüências econômicas e sociais. A esfera contratual é espaço privado, em que as partes, nos limites impostos pela Lei, podem formular preceitos (normas) para regular sua conduta. A obrigatoriedade contratual também se baseia no princípio da confiança. Baseado no valor social da aparência (Betti), o contrato vincula por razões sociais, ou seja, as partes têm que ter a segurança ou a confiança de que o contrato será cumprido, mesmo que à força.

A aplicação irrestrita desse princípio, entretanto, trouxe inúmeros prejuízos para a sociedade. A consideração de que havia igualdade (jurídica) entre as partes caiu por terra; percebeu-se que alguns fatos extraordinários (onerosidade excessiva) e até mesmo as próprias relações sócio-econômicas desequilibravam (materialmente) a relação contratual. O poder econômico acarretava a exploração dos economicamente mais fracos pelos poderosos, sob pena de não contratar. (GONÇALVES, 2010).

As novas mudanças de orientação inseridas no direito contratual, não minaram a aplicação do princípio da obrigatoriedade; houve apenas adequação, calibração, equilíbrio para a efetivação da dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES, 2010)

A partir disso, surgem novas orientações legais, tais como o instituto da lesão (art. 157, do Código Civil) e do estado de perigo (arts. 478 a 480, do mesmo diploma), além da cláusula *rebus sic standibus* (os contratos serão cumpridos desde

que mantidas as mesmas condições), que permitem uma maior interferência legal nas contratações privadas.

3.5 - O princípio da função social dos contratos

O contrato, no modelo clássico anterior ao capitalismo, tinha a mera função de transferir a propriedade de bens (ROPPO, 1947). Privilegiava a manifestação absoluta da vontade, ancorada no dogma do individualismo. Tinha razão de ser, pois o objetivo principal era se desvencilhar dos ideais absolutistas.

Os propósitos da Revolução Francesa eram circunstâncias: liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira logo atingiu seu ápice, tanto nas esferas individual, política, econômica e social. A isonomia (formal) era postulado básico (conquista importante desse período). Já a solidariedade (fraternidade) ecoa muito tempo depois.

Nesse período, os dogmas do Estado Liberal prevaleciam com absoluta força. Assentado na positivação das leis e no cumprimento de regras formais pré-estabelecidas, a sociedade estava crente de que tinha acertado o caminho para o desenvolvimento econômico e a justiça social.

Contudo, não foi bem assim o resultado. A humanidade assistiu a graves crises econômicas (entre elas a Grande Depressão, fruto da quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929) e a 02 (duas) grandes guerras mundiais, que dizimaram muitas vidas (inocentes entre tantas outras). Era hora de repensar valores e mudar de paradigmas, pois a igualdade era apenas formal e a fraternidade estava longe de ser observada.

A sutil intervenção do Estado na economia e na vida do cidadão assumiu ares de modernidade. Um Estado voltado para o bem-estar social, garantindo condições mínimas para o indivíduo viver com dignidade (saúde, educação e segurança).

No Direito, como não poderia deixar de ser, abandonam-se lentamente os sistemas radicalmente positivos e fala-se em pós-positivismo (marcadamente principiológico).

É justamente nesse contexto que surgem novas concepções jurídicas, descritas por Orlando Gomes como um movimento de renovação do direito, essencialmente antiindividualista e socializante. O Direito não poderia se afastar de

sua finalidade social; o ser humano é o sujeito e principal protagonista de toda a ordem legal. O contrato, assim, passa a criar riqueza, além de transferi-la (GOMES, 2002)

Esta grande transformação do contrato é fruto do capitalismo maduro, que para compreendê-la, no dizer de Orlando Gomes, “é preciso levar em conta e ter em mente o fenômeno da emersão da *empresa*”. Seus comentários acerca desta reconfiguração do contrato são elucidativos: (GOMES, 2002, pág. XXVII)

Sua importância econômica (*empresa*) refletiu-se na sua significação jurídica, a começar pela forma de organização. A empresa toma juridicamente a configuração de sociedade, isto é, como sociedade anônima – a notável invenção jurídica do capitalismo. Uma vez constituída passa a manter relações contratuais necessárias com os seus empregados, com os fornecedores, os distribuidores, os compradores, os financiadores e tantos outros de quem precisa para perseguir seus fins, integrando o mercado. Muito mais do que a propriedade da fábrica ou da loja, importam, para o seu desempenho, o controle acionário, o *know-how*, o *leasing*, as operações de crédito e financiamento, os contratos, individuais e coletivos de trabalho, os papéis da nova riqueza mobiliária (cambiais, cédulas, apólices), representativos de direitos patrimoniais *diretamente* criados pelo contrato.

Dessa forma, o Código Civil brasileiro de 2002, atento aos novos modelos de organização social, estabeleceu no seu art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Socialização do contrato, eis o ponto fundamental. É impossível separar o contrato do contexto sócio-econômico em que ele é produzido. Por mais que regule interesses privados, seus efeitos podem chicotear na vida da comunidade circundante. O equilíbrio de interesses é fundamental. Não é só a moralidade que depende da sociabilidade, parafraseando Adam Smith, o contrato está intrinsecamente ligado ao meio social em que é produzido.

O jusfilósofo Miguel Reale pondera: (REALE, 2003, pág. 10)

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade, que ‘atenderá a sua função social’. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade. Essa colocação das avenças em um plano transindividual tem levado alguns interpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de garantia para os que firmam contratos baseados na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes. Esse receio, todavia, não tem cabimento, pois a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser adimplido. A ideia tradicional, de fonte romanista, de que *pacta sun servanda* continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais.

Assim, o princípio da obrigatoriedade fez foi ganhar relevo com o estabelecimento de que os contratantes devem se pautar pela boa-fé e probidade. Ou seja, só é imprescindível aquilo que é exigido eticamente dos contratantes. Abandonam-se as ideias pandectistas de categorias jurídicas estanques (REALE, 2003).

Na III Jornada de Direito Civil, arquitetada pelo então Ministro Rosado Aguiar, e promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CFJ), realizada em Brasília em dezembro de 2004 entendeu-se que:

23. Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 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.

Repita-se: não elimina a autonomia contratual, apenas suaviza. Essa interpretação mina a tese defendida no direito comparado de que os “contratos estariam em crise”, ou seja, deixariam de existir pelo simples fato de que a autonomia da vontade já não era mais absoluta, cedendo espaço para normas de caráter marcadamente publicistas (CASSETARI, 2010). Não haveria, propriamente, publicização do direito privado (civil).

Muito pelo contrário, a relação negocial ficou mais rica e dinâmica. É o principal instrumento para manutenção das práticas econômicas capitalistas, e, também, o modo mais original de exercício da individualidade humana. Sempre dentro de um contexto social de liberdade, autonomia e solidariedade.

Em tese de doutorado sobre o tema da função social do contrato e os novos princípios contratuais, Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ancorado em respeitáveis autores, discorre sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e da socialidade, representado pelo art. 421, do Código Civil para a estruturação da nova teoria geral dos contratos no direito privado brasileiro (GODOY, 2003, págs. 159 e 160):

Por meio dela (*função social do contrato*), retira-se o contrato da perspectiva individualista que lhe reservava o Código de 1916, a rigor modificando-se seu eixo interpretativo, de sorte a garantir que o ato de iniciativa das partes contratantes seja recebido pelo ordenamento, que lhe dará eficácia, desde que, tal qual vem de se asseverar, cumpra um novo papel, de satisfação dos propósitos e valores que o sistema escolheu e protege, no interesse de todos, no interesse comum. Acrescenta-se, propósitos esses escolhidos, antes de tudo, pelo constituinte, dentre os quais, porém, a dignidade humana, a cujo desenvolvimento serve também a manifestação da liberdade contratual e, com ela, o acesso a bens e serviços. Trata-se, como se viu

atrás, de não olvidar o valor fundante da pessoa humana e do contrato como forma de afirmação, da afirmação da dignidade humana enquanto expressão, também, da função social do ajuste, segundo Caio Mário dotado até mesmo, neste passo, de um papel educativo, *'impulso gerador da norma de comportamento social'*. Tanto assim que Miguel Reale, cuidando de comentar o novo contexto do contrato insere-o no que considera ser uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. Apenas que, decerto, não o indivíduo ou seu direito subjetivo como fonte única do valor da pessoa, mas, antes, pessoa, como adverte Baldassare, enquanto partícipe das relações sociais e artífice da construção de um projeto de sociedade que a todos favoreça. Até porque, é a acentuação de Luigi Ferri, o individualismo não tem sentido do ponto de vista jurídico, pois para o direito interessa não o momento individual, mas o momento social, o instante da relação, pressuposto mesmo da própria existência do direito subjetivo.

Já na arguta visão de Rafael Renner (RENNER, 2007, pág. 47):

Atribuir-se uma função social ao contrato significa reconhecer que este não pode ser mais visto como um átomo isolado que tem por objetivo exclusivo servir de palco para o cumprimento dos egoísticos interesses de cada parte, mas é preciso compreender que o contrato é um fato social, emanando efeitos por toda a sociedade e voltando-se à promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Trata-se de um componente que engendra e vincula a sociedade, na medida em que age no mercado e afeta a sua vida econômica. As partes, ao regerem, pela sua autonomia, as condições e cláusulas do contrato, afetam, por via indireta, o enquadramento econômico daquela sociedade.

A doutrina costuma se referir ao conceito do princípio da função social dos contratos em dois aspectos: *inter partes* e *ultra partes*.

O aspecto *inter partes*, tem a ver com o conteúdo genérico da função social, fruto da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do solidarismo (já tratados anteriormente). A dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional básico e a solidariedade social como decorrência da cooperação que deve existir entre todos que vivem em comunidade e, é claro, entre as partes que participam de um determinado negócio jurídico.

Enxergar o contrato a partir de sua função social é observar, também, a função social da propriedade disposta na Carta Magna. Na interpretação de Cláudio Luiz Bueno de Godoy (GODOY, 2003, págs. 164 e 165):

Nessa esteira, sendo a função social do contrato uma projeção da função social da propriedade, de que verdadeiramente se origina, é bom acentuar que a propriedade, hoje, vem explícita na Constituição como direito e garantia individual, por isso cujo acesso, pelo contrato, e aí a histórica ligação entre ambos os institutos, deve ser democratizado (art. 5º, XXXIII). Por outra, tal se dá na exata medida em que o contrato funcionalizado instrumentaliza a aquisição dos bens, vitais à pessoa humana, mas, da mesma forma, marcado pela necessidade de atendimento não só do

interesse da parte, como também ao atendimento de interesses e valores sociais. E tais valores sociais encontram-se, primeiramente, na própria Constituição. Tanto assim, segundo os mesmos autores acima citados (*Judith Martins-Costa e Ana Prata*), que a função social do contrato – e porque, como aqui já visto, este último é meio de circulação de riquezas e, assim, instrumento da ordem econômica – deve, por exigência da Constituição (art. 170), iluminar todo esse campo de atuação.

Exemplificando a faceta *inter partes* da função social, o autor em comento cita os casos no Brasil, das chamadas “pegadinhas”, quadros televisivos que expõem as pessoas ao ridículo, mesmo que sob suas concordâncias, fato que não deixaria de ferir a dignidade da pessoa humana e violar a função social do contrato (GODOY, 2003).

Já quanto ao aspecto *ultra partes*, extrai-se a projeção da função social do contrato sobre o corpo social, ou seja, a bem do próprio desenvolvimento da sociedade.

Seria uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos, ou seja, que os efeitos produzidos por uma determinada avença só alcançariam as próprias partes (o contrato não prejudica e nem beneficia terceiros). No caso, a função social tem um corolário social importante e alcança sim terceiros, que se poderia denominar como eficácia social do contrato.

Eis a releitura necessária do princípio em comento (relatividade). O contrato, como importante instrumento de circulação de riquezas e promoção da dignidade humana, interfere sim na esfera jurídica daqueles que não fazem parte diretamente de uma determinada obrigação convencional.

Numa sociedade de consumo em massa, onde adotam-se padrões de contrato pré-estabelecidos (para maioria dos contratantes), uma única cláusula pode interferir diretamente na vida das outras pessoas, futuras participantes de relação contratual semelhante. Ou seja, “a nova teoria contratual impõe se compreenda como voltado à promoção de valores sociais e, mais, impõe se compreenda sua interferência na esfera alheia” (GODOY, 2003, pág. 178).

Exemplos dessa eficácia social são as estipulações em favor de terceiro, como no caso do seguro de responsabilidade civil obrigatório (DPVAT), onde a lei dispôs que as indenizações devem ser pagas diretamente ao terceiro prejudicado (Lei nº 6.194/74). (GODOY, 2003).

Resta, ainda, discorrer sobre a operatividade da função social do contrato. Ou seja, como a função social representa também uma maneira de interpretação e

controle do exercício da liberdade negocial. Significa, com efeito, o controle da juridicidade de cada acordo firmado, em função de sua consonância com a utilidade social que deve ostentar.

Essa limitação se expande no campo normativo, na medida em que o legislador diminui o espaço de atuação da liberdade contratual. Tome-se o exemplo do contrato de locação, balizado por normas de ordem pública, que chegam a impor a renovação compulsória da avença nos casos delimitados em lei (mesmo contra a vontade da parte – locador). (GODOY, 2003).

Tantos outros exemplos poderiam ser citados dessa operatividade da função social dos contratos: relações de consumo; prestação de serviços; etc.

Essa concretização da função social também se opera no plano jurisdicional, na medida em que o juiz (intérprete) irá delimitar, no caso concreto, os limites da autonomia da vontade em um contrato.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy *apud* Judith Martins-Costa, sintetiza: (GODOY, 2003, pág. 188)

Para Judith Martins, o valor operativo da função social do contrato está, exatamente – e pressuposta sua própria integração ao conceito mesmo de contrato, portanto nem só a determinar-lhe uma forma de controle ou de interpretação – na atividade de integração e ainda de construção, cabente ao Judiciário, quando da apreciação dos casos concretos, do complemento de sua força normativa, a regular a disciplina contratual. Ou, em diversos temas, significa a justa percepção da atuação da jurisprudência diante de uma cláusula geral que ganhará concretude em cada hipótese fática em que o juiz for chamado a decidir, sempre de forma a promover os valores constitucionais que dão utilidade social ao contrato. Enfim, para a autora, a operatividade especificativa da norma não está já pré-constituída, devendo por isso ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, com auxílio dos precedentes e da doutrina, justamente como se pretende exemplificar, neste capítulo.

Assim, à época oitocentista, do Estado absolutista transmutou-se diretamente para o individualismo exacerbado (liberdade incontida). Faltou meio termo, mediania. E os novos princípios contratuais vieram cumprir com esta tarefa, notadamente a socialização do direito contratual.

Outros princípios merecem apontamento, como o da supremacia da ordem pública, da relatividade dos contratos, mas, em especial, o da boa-fé objetiva, que, juntamente com o princípio da função social, reconfiguraram a teoria geral dos contratos no direito brasileiro.

3.5.1 – O princípio da função social do contrato a partir do processo simpatético

Antes da apreciação do princípio da boa-fé, merece atenção a leitura do princípio da função social dos contratos a partir da filosofia moral de Adam Smith, ou seja, a partir dos sentimentos morais.

A imaginação da participação na situação alheia (espectador imparcial), em matéria de contratos, confere mais sentido jurídico ao princípio em tela.

Como já salientado, a moralidade é dependente da socialidade (SMITH, 1999). A avaliação das ações alheias produz mais resultados positivos a partir do processo simpatético, através do trabalho do espectador imparcial, que, no final, gera um compartilhamento de emoções e decisões morais praticáveis.

A finalidade social do contrato, ou seja, a socialização do direito contratual pode ser mais bem interpretada a partir desse compartilhamento de emoções e decisões. Partindo do pressuposto de que o processo simpatético gera uma moral reflexiva: “um processo discursivo e sociável de reflexão” (ROTHSCHILD, 2003, pág. 254), o intérprete e operador do direito poderá se desvencilhar de dogmas mal elaborados que prejudicam o interesse social.

Por exemplo, os problemas sociais, econômicos e jurídicos envolvendo os juros remuneratórios nos contratos de mútuo bancário são paradigmáticos.

O contrato de mútuo bancário (empréstimo) “é a operação pela qual o Banco entrega a terceiros uma certa soma em dinheiro para lhe ser devolvida dentro de um prazo determinado, cobrando juros para tanto”. (FRANCO, 2009, pág. 143).

A cobrança de juros é da natureza do contrato de mútuo bancário, diferente de outros mútuos, que são gratuitos. Os juros têm natureza moratória (pelo inadimplemento da obrigação) e/ou remuneratória (retribuição à concessão do crédito). (SCAVONE JÚNIOR, 2007). A discussão acerca dos juros moratórios é irrelevante nesse momento; o problema envolve, com certeza, a limitação dos juros remuneratórios (compensatórios).

A tutela do crédito talvez seja um dos pilares mais fundamentais no direito contratual contemporâneo (principalmente no direito falimentar). Ainda mais considerando que hoje, no Brasil, o consumo tem aumentado graças ao acesso ao crédito. A economia brasileira está em expansão, no mercado interno, devido a essa conjectura. Se não houvesse proteção jurídica, o crédito diminuiria consideravelmente. Nas palavras da professora Paula A. Forgioni, “Um sistema

jurídico que não tutela o crédito acaba por desestimular o fluxo de relações econômicas e comprometer o seu próprio funcionamento”. (FORGIONI, 2009, pág. 90).

Entretanto, cabe mensurar se existe ou se é necessária limitação legal na cobrança de juros remuneratórios. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, existia limitação legal nos incisos e parágrafos do art. 192; mas em 2003, a Emenda Constitucional nº 40 revogou todos eles. Havia, mesmo assim, muita discussão se a limitação (12% ao ano) era auto-aplicável ou dependia de norma infraconstitucional regulamentadora; tal levante se tornou desnecessário.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal acabou editando a Súmula Vinculante nº 7, de 2010, com a seguinte redação: “A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a base de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar”.

A interpretação de outras normas já tentou subsumir a limitação legal de juros no Brasil (Lei da usura; Crimes contra a economia popular; Código Civil). Ocorre que, a jurisprudência brasileira tem firmado posição de que as taxas de juros (compensatórios) são definidas pela taxa média do mercado, vez que os juros dependem mais de equações econômicas do que propriamente jurídicas. (Súmula nº 596, STF) (Resp. 971.853 e Resp. 1.036.818, STJ).

Em certo sentido, a jurisprudência está com a razão. A fixação exata de uma taxa de juros envolve complexos fatores econômicos (micro e macro), que fogem ao aspecto meramente normativo. Também é uma questão de segurança jurídica que os contratos sejam cumpridos. O mercado tem suas próprias razões, seu *modus operandi*. Agora, limitar e estabelecer ao menos um teto razoável e proporcional a essa taxa, cabe ao direito sim intervir. Não precisa ser numerando qual o limite, mas, em cada caso concreto, estabelecer padrões socialmente aceitáveis.

Considerando que algumas taxas variam em média de 100% ao ano (Crédito direto ao consumidor – CDC) a 300% ao ano (Operações envolvendo concessão de crédito nos cartões de crédito), percebe-se que não há muita racionalidade e proporcionalidade nessa matemática (Resp. 971.853 e Resp. 1.036.818, STJ). Por mais que em alguns casos o risco seja maior e o crédito rotativo, sem apresentação de garantias por parte do devedor, fato é que a parte contrária (instituição bancária, financeira), confiou no adimplemento (crédito é confiança). Se

desconfiava não deveria nem mesmo ter aprovado a operação financeira.

Caso o devedor promova uma ação judicial buscando rever as taxas cobradas pela instituição financeira, o juiz (intérprete) terá que escolher entre duas opções: ou promove indiscriminadamente o *pacta sun servanda* ou revê as cláusulas contratuais mais desproporcionais (juros), com base, também, na moralidade simpatética (incorporada aos princípios da função social, boa-fé, etc). Ou seja, se a instituição financeira confiou no adimplemento por parte do tomador de crédito, as taxas de juros cobradas devem estar fixadas nos limites da razoabilidade. E por razoabilidade entenda-se aquilo que é necessário para cobrir as perdas inflacionárias, custo operacional e, ainda, lucro (razoável) pela concessão do crédito, que é essencial para promoção das operações econômicas.

Agindo da segunda forma, revendo, quando necessário, algumas cláusulas contratuais, o juiz (intérprete) estará promovendo uma maior estabilidade social e, ainda, por via reflexa, fomentando as práticas de concessão de crédito por parte das instituições financeiras. Confiança e razoabilidade trazem mais riqueza para toda a sociedade, não apenas para os bancos. Os tomadores de crédito terão mais consciência da importância do adimplemento contratual, vez que a relação contratual é mais clara, proporcional, razoável e séria.

Num sistema jurídico contratual mais simpático (moralmente reflexivo), todos tendem a ganhar (inclusive o mercado). O espectador imparcial, nesses casos, condicionaria a própria manifestação de vontade das partes contratantes. Haveria uma adequação prática dos meios para alcance dos fins (utilitarismo simpatético).

No processo simpatético, o contrato estabelecido no mercado (auto-interesse egoístico) está condicionado ao moralmente aceitável (auto-preservação da espécie). Dessa forma, o objetivo do intérprete não é deixar o auto-interesse das partes contratantes de lado, mas estabelecer, sobretudo, elos cooperativos que tragam mais estabilidade social.

3.6 – O princípio da boa-fé (objetiva)

Toda mudança de paradigmas causa espanto e certa confusão. De um sistema jurídico fechado, organizado hermeticamente e que se tornou inoperante, para um modelo aberto, receptivo, decifrável, pronto para assunção de novas concepções sociais, filosóficas e normativas.

Um regime jurídico contratual 'aberto', ético e socializado; o direito contratual brasileiro está concatenado com as mais lúdimas orientações constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e a solidariedade (fraternidade).

Nesse contexto, a boa-fé caracteriza-se por constituir um princípio geral, aplicável ao direito, dizendo respeito à norma de conduta que direciona a atitude das partes contratantes (lealdade, honestidade, transparência, previsibilidade). Dela nasce os deveres acessórios tendo a confiança como pressuposto fundamental.

Conceituá-la, entretanto, não é tarefa tão fácil, pois traduz, na concepção de Antônio Menezes Cordeiro, um estágio juscultural: (CORDEIRO, 1953, pág. 18):

A natureza juscultural da boa-fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Os jurisperitos romanos intentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e o diferente, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis as saídas para litígios futuros. Fazendo-o, fundaram a Ciência do Direito onde, de imediato, se incluiu a boa fé. A tradição romanística evoluiu ao longo de séculos, recebeu contributos cristãos e germânicos e foi inflectida pelos germes cientificadores que, desde o século XVI, dariam à cultura do Ocidente um cunho que conserva. No Direito, isso traduziu-se pelo domínio do pensamento sistemático consciente, em progressão, até hoje. Para enquadrar e conhecer esta sequência, explicando a situação actual, vai apresentar-se uma interpretação crítica da História e uma teoria da evolução dos sistemas e da sua aplicação.

No Brasil, a boa-fé (objetiva) representou um novo modelo jurídico adotado no Código Civil de 2002 e, por conseguinte, pela teoria geral dos contratos. Para melhor compreensão de sua importância e, ainda, apaziguamento dos espíritos hermenêuticos, Miguel Reale expõe com maestria: (REALE, 2003, pág. 75)

Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas 'para todo o sistema'.

Nessa ordem de ideias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o art. 113, segundo o qual 'os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração'. Note-se que esse dispositivo já figurava, sob o n. 112, no Anteprojeto de 1972, antes, pois, de seu conhecimento pelo Congresso Nacional.

Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao de fazer alusão aos "usos do lugar de sua celebração".

Como visto, fruto dessa concepção hermenêutica, operam os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, paradigmas do novo Código Civil brasileiro (REALE, 2003). A boa-fé como coluna mestra do regime jurídico negocial brasileiro.

De plano, separa-se a boa-fé *subjetiva* (que é o estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito; ignorância sobre a realidade dos fatos), da boa-fé *objetiva* (modelo ético de conduta, fruto do solidarismo que deve pautar todas as relações negociais; exigência da conduta), adotada amplamente pelo Código Civil de 2002.

Na verdade, “a boa-fé subjetiva prossegue a sua trajetória no Código Civil de 2002, principalmente nos art. 1201, 1214 e 1219, como exata dimensão da convicção interna do possuidor sobre a ausência de defeitos em sua posse”. (ROSENVALD, 2005, pág. 79). Enquanto “pelo princípio da boa-fé objetiva exige-se das partes uma conduta *correta*, sob a ótica mediana do meio social, encarada não com enfoque do subjetivismo ou psiquismo do agente, mas de forma *objetiva*” (THEODORO JÚNIOR, 2008, pág. 19).

Rizzato Nunes (NUNES, 2004, pág. 11), corajosamente define boa-fé objetiva:

Pode-se, a grosso modo, definir a boa-fé objetiva como sendo uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Anote-se bem, a boa-fé objetiva é fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente, é por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta. Este equilíbrio – tipicamente caracterizado como um dos critérios de aferição de Justiça no caso concreto – é verdade, não se apresenta como uma espécie de tipo ideal ou posição abstrata, mas, ao contrário, deve ser concretamente verificável em cada relação jurídica (contratos, atos, práticas, etc).

Pode-se supor, aparentemente, que referido princípio (boa-fé objetiva), é fruto da criatividade dos novos juriconsultos brasileiros e foi recepcionado pelos legisladores de 2002. Enorme engano, pois esse modelo de comportamento foi reconhecido há bastante tempo pelo direito romano, pelos franceses e pelos alemães.

De todos eles, merece destaque a concepção germânica. Não que os romanos e os franceses desconhecêssem sua relevância, mas os alemães deram conteúdo e substrato para efetivação mais eficaz no mundo jurídico.

Para melhor compreensão destas distinções, importante citar Karina Nunes Frits: (FRITS, 2008, pág. 179)

Bem distinta da concepção francesa é a germânica. Inicialmente, deve-se observar que o Direito Alemão reserva terminologias diferentes para a boa-fé subjetiva e objetiva: *guten Glauben* é a boa-fé subjetiva, equivalente a estado psicológico de ignorância, enquanto *Treu um Glauben* corresponde à boa-fé objetiva, regra de comportamento leal e honesta a ser adotada pelas partes de significado, portanto, bem diverso da concepção francesa de mero reforço ao pactuado. Apesar de *Treu um Glauben* ter sido frequentemente tratada como equivalente à *bona fides* romana, inclusive pelos próprios germanistas, alguns autores sustentam ser aquela uma criação genuinamente alemã, na medida em que seu conteúdo não equivale ao da antiga *bona fides*. A referência à *bona fides* como origem da *Treu um Glauben* ainda é uma constante hoje, como depreende-se, por exemplo, em Medicus.

A boa-fé objetiva, que interessa a esse estudo, lança suas raízes nas tradições dos juramentos de honras medievais, impregnados das ideias de lealdade, retidão de conduta, honra, fidelidade às palavras dadas e consideração pelo outro. Decompondo-se a expressão *Treu und Glauben* tem-se que *Treu* significa fidelidade, lealdade e *Glauben*, crença, no sentido de confiança. Juntas significam regra de comportamento leal e honesto a ser adotada por todos na vida em sociedade (...).

Na esfera legal brasileira, Elisandra Cristina Barbosa pontua: (BARBOSA, 2008, pág. 80):

Não se trata, na verdade, de inovação trazida pelo Código Civil de 2002. Difundido a partir da vigência do Código Alemão, em 1900, que previa no § 242 que o “devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé (*Treu and Glauben*), com relação aos usos do tráfico (*die Verkehrsitte*)”, o sucesso do princípio da boa-fé, como regra de conduta, é nítido sobretudo na Alemanha nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial (década de 1930), em razão, do que Fernando Noronha atribui à utilização moderna do Pandectas (nome grego da compilação justinianéia que conhecemos como Digesto), como o desenvolvimento do direito à base de princípios, bem como à ausência de jurisprudências consolidadas, dada a novidade do BGB.

Destarte, o princípio em tela não é novo no cenário jurídico mundial. Mas sua assimilação como orientação ética para o comportamento das partes contratantes no direito brasileiro é recente, pois o Código de 1916 não fez menção expressa à boa-fé (objetiva).

Inobstante, sua positivação no cenário nacional só foi possível com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990 (art. 51, IV). A par disso, deu vazão à reforma do Código Civil, que expressamente a contemplou (arts. 113 e 421): art. 113, do Código Civil: *os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração* e art. 422, do Código Civil: *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*.

Registre-se que o princípio da boa-fé exerce uma tríplice função (interpretativa, supletiva e corretiva).

3.6.1 – Função interpretativa da boa-fé:

Nunca é demais repetir: a boa-fé é um modelo de conduta que as partes contratantes devem observar. (REALE, 2003)

Partindo-se da premissa de que a confiança regerá as relações negociais e fortalecerá o vínculo jurídico estabelecido entre as partes, a boa-fé é o principal referencial hermenêutico do intérprete para decifrar as intenções dos contratantes.

A teoria da confiança está sendo delineada no direito brasileiro a partir da ideia de solidariedade, resultado das novas diretrizes constitucionais. Nesta seara, Elisandra Cristina Barbosa, amparada por grandes autores, tais como Menezes Cordeiro, se manifesta: (BARBOSA, 2008, págs. 110/111)

A aproximação entre a confiança e boa-fé (lealdade contratual), que foi iniciada por Hermann Eichler, constituiu um passo da ciência jurídica que tal como aduz Menezes Cordeiro, não mais se pode perder, tendo, ainda, a proposta de Niklas Luhmann, de uma leitura sociológica da confiança, assumindo um papel de relevo no transcender de abstracionismos, uma vez que por certo que confiança tem um lugar na ordem moral, que, todavia, afirma Cordeiro, não serve de base para a composição de litígios.

Está é a árdua tarefa do hermeneuta. Analisar as relação jurídicas negociais sempre a partir do princípio de que as partes obraram com boa-fé e confiança, sendo que qualquer atentado a este apotegma tornará inválido (total ou parcial) o pacto, nos termos dos arts. 104 e 166, do Código Civil.

Corroborando tais argumentos, Michael César Silva e Vanessa Santiago Fernandes de Matos assim se manifestam: (SILVA E MATOS, 2009, pág. 246)

A função interpretativa da boa-fé objetiva indica as formas como o intérprete irá pautar-se para buscar o sentido adequado de examinar-se o conteúdo contratual fundado na observância da boa-fé nas relações contratuais. A boa-fé objetiva apresenta-se assim como cânone interpretativo, como referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade que, na teoria dos negócios jurídicos, possui papel essencial, na contemporaneidade.

3.6.2 – Funções integrativa e de controle da boa-fé objetiva:

Além de instrumento importante para orientar a hermenêutica nas relações negociais, a boa-fé objetiva também tem função criadora (integrativa), vez que impõem deveres anexos de conduta.

“A actuação de boa fé concretiza-se através de deveres de informação e

lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionem de modo específico”. (CORDEIRO, 1953, pág. 648).

O contrato não pressupõe uma relação jurídica estática e organizada de forma hermeticamente fechada, para ser redundante. Pelo contrário, ele manifesta uma relação jurídica rica e dinâmica.

Novamente os comentários dos jovens autores Michael César Silva e Vanessa Santiago Fernandes de Matos são elucidativos: (SILVA E MATOS, 2009, pág. 248)

Trata-se da função (*integrativa*) mais importante do princípio da boa-fé, pois os referidos deveres que se originam deste passam, obrigatoriamente, a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, para que essa seja equilibrada, e permita não frustrar a confiança mútua e a legítima expectativa dos contratantes.

Sobre os deveres anexos de conduta, instrumentais, laterais, manifesta Nelson Rosenvald (ROSENVALD, 2007, pág. 97)

Apesar de adotarmos a expressão “deveres de conduta”, devemos entendê-los como deveres especiais decorrentes da imposição da boa-fé objetiva, inserida no contexto de uma obrigação complexa entre sujeitos determinados ou determináveis. Não se trata de deveres genéricos que se contrapõem a uma situação de poder ou *potestade*, na qual uma das partes se mantém em estado de submissão, sem possibilidade de liberação a não ser pela vontade de quem possui o *status*.

Em contrapartida, a função de controle da boa-fé objetiva, como o próprio nome já diz, impõe limites ao direito dos contratantes. Limitação de direitos subjetivos, eis o seu principal conteúdo. A autonomia da vontade não é mais absoluta; seu exercício pressupõe toda uma organização política e social preocupada com o bem-estar da coletividade. Cabe ao juiz (intérprete) delimitar, no caso concreto, o alcance dessa autonomia.

Aqui encontra guarida a teoria do abuso de direito que, nos termos do art. 187 do Código Civil: *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Por mais que seja (aparentemente) lícita, uma determinada conduta pode ferir as obrigações impostas pelo princípio da boa-fé, tais como dever de lealdade e confiança. Sobre a teoria do abuso de direito, Sílvio Salvo Venosa dispõe: (VENOSA, 2007, pág. 514)

No vocábulo *abuso* encontramos sempre a noção de excesso; o aproveitamento de uma situação contra a pessoa ou coisa, de maneira geral. Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem.

E referido autor, ainda, exemplifica o exercício abusivo do direito no direito contratual “na recusa injustificada de contratar, no rompimento da promessa de contratar, no desfazimento unilateral injustificado do contrato (resilição unilateral)”. (VENOSA, 2007, pág. 517).

Como foi possível esmiuçar, o princípio da boa-fé objetiva orienta toda a relação jurídica obrigacional no Código Civil de 2002, impondo uma conduta de lealdade entre as partes contratantes, para satisfação não só de interesses meramente econômicos e patrimoniais (lucro individual), mas de benefícios sociais relevantes, amparados no ordenamento constitucional (enriquecimento geral).

“Não resta dúvida: a boa-fé objetiva é o atual paradigma da conduta na sociedade contemporânea”. (NUNES, 2004, pág. 12).

3.6.3 – A confiança como pressuposto da boa-fé

A confiança constitui princípio diretivo nas relações contratuais. Apesar de não positivada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro possui vínculos estreitos com a segurança jurídica, a solidariedade e a boa-fé objetiva.

Aliás, é difícil falar em boa-fé sem se referir ao estabelecimento de um vínculo, de um pacto, de uma relação de bilateralidade. Um depende substancialmente do outro. São princípios que se interpenetram.

Quem confia torna-se dependente do outro; envolve compartilhamento e responsabilidade. Confiar, nos dias de hoje é uma necessidade social, pois somente assim pode-se reduzir a complexidade da vida contemporânea.

“A teoria da confiança tem por principal escopo a defesa das legítimas expectativas que nascem entre os contratantes, quando pactuadas as obrigações que mutuamente são assumidas, criando entre ambos um vínculo contratual” (FERREIRA, 2009, pág. 04).

A ciência social francesa já produziu interessantes ensaios sobre a confiança, como uma das condições culturais para o desenvolvimento econômico, nesses termos: (PEYREFITTE, 1999, pág. 34)

O elo social mais forte e mais fecundo é o que tem por base a confiança recíproca – entre o homem e a mulher, entre pais e filhos, entre um chefe e os homens que ele dirige, entre cidadãos de uma mesma pátria, entre doente e médico, entre alunos e professor, entre prestamista e prestatário, entre indivíduo empreendedor e comanditários – ao passo que, inversamente, a desconfiança esteriliza.

No campo normativo os pressupostos são os mesmos. A confiança é um elemento fundamental para o estabelecimento de uma relação jurídica – negocial. As partes crêem mutuamente umas nas outras, e esperam que esta crença não seja violada ou descumprida. Para que o pacto seja profícuo é necessário que haja confiança, lealdade, honestidade, esmero.

Raphael Manhães Martins expõe: (MARTINS, 2008, pág. 12)

Vê-se que a proteção da confiança não é apenas uma questão meramente ética ou moral. Ela se consubstancia em uma necessidade do próprio modelo jurídico e do contexto social contemporâneos. Isto porque, conforme apontado pela própria doutrina brasileira, a proteção da confiança legítima assume duplo papel no ordenamento: i) atua como uma proteção das legítimas expectativas; e ii) ao mesmo tempo funciona como justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica.

Assim, no campo normativo, a confiança não possui posituação expressa, mas “assume fundamental papel para a concretização da ideia de direito, sendo sua presença implícita no ordenamento jurídico”. (MARTINS, 2008, pág. 16).

3.6.4 – A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Como representação dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva tem-se o princípio da vedação do comportamento contraditório.

Por esse princípio, deve haver correspondência entre a conduta posterior (2º) e o comportamento anterior (1º) numa relação contratual; deve haver lógica, permanência. Lealdade é ser honesto quanto aos objetivos, claro nas intenções, tentar manter a mesma postura e comportamento durante toda a relação.

Observa-se que ambos os comportamentos são lícitos (tanto o 1º quanto o 2º). O problema é que são contraditórios e minam a relação de confiança que foi estabelecida; há uma afronta positiva ao contrato.

Numa sociedade hipercomplexa, como a contemporânea, a confiança é o elemento crucial para a manutenção de relações sociais sadias e produtivas. Ela não

é estabelecida de pronto, de imediato. É adquirida, conquistada através da somatória de pequenos atos. A partir do momento em que há confiança mútua, as partes “abandonam suas armas”, passam a acreditar mais uma nas outras e estabelecem relações duradouras. O problema é quando uma delas muda drasticamente de sentido, de direção, minando a crença pré-estabelecida. Aqui nasce o princípio da vedação do comportamento contraditório, ou seja, trata-se, na verdade, de uma vedação à deslealdade.

Para a professora Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 1974, págs. 143/144):

O amenizar do excessivo voluntarismo oitocentista deu-se, na Teoria do Negócio Jurídico, pela contemporânea re-apropriação de ideias e institutos que, formulados no Direito romano clássico ou pelo *ius commune* medieval, são dotados de elevada carga ética. As modernas teses acerca da revisão do contrato por excessiva onerosidade, por exemplo, têm, todas, a mesma raiz, qual seja, a formulação, pelos canonistas, da regra *rebus sic stantibus*. Trata-se, contudo, de uma ética intrínseca, e não extrínseca ao Direito, pois, como afirmou Miguel Reale, a ordem jurídica é uma ordem “impregnada pela moralidade”, o que não resulta de um raciocínio abstrato de ordem filosófica, mas tem assento em mandamentos positivos expressos da Carta Magna e nas leis infraconstitucionais.

Porém, essa moralidade não se presta à mera – e por vezes vazia – invocação. Para que atue no Direito (que é ordem, ordenação e ordenamento), carece encontrar, no próprio sistema jurídico, os institutos transmissores da sua eficácia. Encontra-se, pois, sujeita a mediações, a intersecções com outros princípios e regras, a uma *disciplina jurídica*, enfim. Um desses conjuntos de princípios e regras tutelares da moralidade vem sintetizado no velho adágio que coíbe *venire contra factum proprium*.

Por conseguinte, a respeitável professora pontua quais são as raízes mais profundas desse instituto. Percorre as influências romano-germânicas, ainda na época do digesto, e dos glosadores, que cunharam o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*. Tudo no sentido de que tal brocardo representava, na verdade, o respeito à palavra empenhada. (MARTINS-COSTA, 1974).

No direito comparado, acrescenta que referido instituto constitui uma máxima universal (ao menos na tradição cultural do Ocidente), recebendo tratamento no Direito anglo-saxão (*estoppel*), na Alemanha (desenvolvimento do *venire* por volta da década de 70 do século XX, associando-o ao princípio da boa-fé objetiva), Inglaterra, Espanha, Portugal e Argentina. (MARTINS-COSTA, 1974).

Destaca-se, em Portugal, a construção teórica do jurista Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2001, pág. 745):

Venire contra factum proprium postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos entre si e diferidos no tempo. O primeiro – *o factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reacções afectivas que devem ser evitadas.

Percebe-se a ampla aceitação do instituto. Cabe mensurar, entretanto, sua previsão legal e aplicação no Brasil.

Apesar da ausência de previsão legal expressa no direito brasileiro (desde o Código Civil de 1916), o instituto tem sido aplicado pelos tribunais pátrios, como derivativo do princípio da boa-fé (art. 421, do Código Civil).

Avaliando a relação da boa-fé e do abuso de direito, na aplicação do princípio da vedação do comportamento contraditório, Camila de Jesus Mello Gonçalves (GONÇALVES, 2008, pág. 45), dispõe:

Nesse contexto, a metodologia pressuposta pela boa-fé confere-lhe papel particular nas regulações jurídicas típicas do abuso de direito, propondo atenção às particularidades do caso concreto, ao combate ao formalismo, à ponderação das conseqüências das decisões. Para tanto, a boa-fé afigura-se como locução ideal, pois embora apreciativa e vaga, contém conotações infofismáveis de voluntariedade na aplicação do Direito, traduzindo a capacidade expansiva do sistema. (...)

Assim, pode-se afirmar que por meio da boa-fé subjetiva e pela regra de atuação segundo a boa-fé, pretende-se, entre outras coisas, garantir o exercício dos direitos dentro dos limites impostos pela ordem axiológica inerente ao ordenamento, realizando o valor da confiança, tão importante para o convívio e para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

A ligação entre a boa-fé e a confiança revela-se por meio de institutos que dão concreção e auxiliam na aplicação da boa-fé, como o *venire contra factum proprium*, que corresponde à expressão da confiança. O *venire* consagra a regra de que, na definição de Weber, “ninguém pode exercer um direito ou tomar uma posição jurídica com conseqüências, em contradição com o comportamento anterior, quando este justifique a conclusão de que não o iria fazer e ele, nessa ocasião, tenha despertado na outra parte uma determinada confiança.

Colacionam-se, nesse momento, algumas jurisprudências importantes para elucidação do instituto em tela: (MARTINS-COSTA, 1.974, págs. 152/154):

O *leading case*, acima referido, está no *Direito de Família* (caso em que uma parte, que casara no Uruguai, quando vigorante no Brasil a proibição do divórcio, mas que não tinha impedimento legal para casar no Brasil vem, posteriormente, alegar a nulidade daquele matrimônio). No *Direito Contratual* são muitos, e variados, os casos levados à apreciação judicial. Além do “caso da loja de vestuário” (quando vendedora concede benefício ao comprador mas, ao depois, retira imotivadamente a situação de vantagem que lhe concedera, comprometendo a finalidade econômico-social do contrato), há o “caso do contrato não-registrado” (no qual a esposa deixa de assinar compromisso de compra e venda, admite, pacificamente, durante anos, a validade do contrato preliminar e depois de recusa a dar a escritura definitiva, alegando que não assinara o compromisso); o “o caso da venda dos jazigos” (quando o comportamento concludente das partes serviu para

integrar lacuna contratual); o “caso da venda do bem inalienável que não foi sub-rogado” (impedindo-se que a parte que requerera o alvará, e alienara o bem, deixando, todavia, de promover a necessária sub-rogação, viesse, ao depois, postular a anulação do negócio); e o ‘caso da vendedora só aparentemente tolerante’ (pois tolerava atrasos e dispensava a correção monetária, mas, posteriormente, e contra o seu comportamento anterior, veio a exigir muito mais que o pactuado”.

A aplicação do instituto é ampla; mas carece ainda de contornos mais bem definidos e requisitos específicos para evitar seu uso indiscriminado. Isso, pois, os princípios da obrigatoriedade e a autonomia da vontade não foram extintos do ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, no direito pátrio não há proibição expressa de comportamentos contraditórios. O que se coíbe é a possibilidade desse comportamento contraditório contrariar a confiança da outra parte.

Merece destaque a sábia advertência da professora Judith Martins-Costa, no sentido de que (MARTINS-COSTA, 1.974, pág. 57):

A vida é tecida por imprevistos, a surpresa pode ser um dom, viver é adaptar-se ao inesperado no que este tem de vantagens e de desvantagens: só os robôs (mecânicos ou humanos...) tudo têm programado de forma inflexível. Por isso mesmo, nem toda a conduta contraditória constitui requisito suficiente para a invocação do princípio, nem há um dever de coerência absoluta que possa ser apreciado *in abstracto*.

Parece que tudo envolve a ideia de compartilhamento e troca. Cuidar da relação, a fim de que ela se perpetue e alcance seus objetivos fundamentais. Pode-se, aqui, para fomentar ainda mais a aplicação do princípio da boa-fé e confiança, invocar a moralidade simpatética. Ou seja, o trabalho imaginativo exercido pelo espectador imparcial permite a uma das partes mensurar o grau de complexidade e (in) satisfação assimilado pela outra, no caso de (des) cumprimento de acordo.

O processo simpatético, na verdade, reforça e amplia o sentido da boa-fé e do *venire contra factum proprium*.

3.6.5 – O princípio da boa-fé objetiva, o princípio da confiança e o *venire contra factum proprium* interpretados a partir do processo simpatético de Adam Smith:

Cabe, por fim, delinear como o processo simpatético e seu respectivo resultado (moralidade simpatética; solidariedade moral; dialética de espelhos), podem decisivamente contribuir para reforçar e ampliar o sentido dos princípios mais caros

ao moderno direito contratual brasileiro (boa-fé e confiança).

Referidos princípios, juntamente com a função social, formam os alicerces mais importantes do atual direito contratual. Não obstante, são reproduzidos por cláusulas gerais (abertas), que exigem do intérprete uma audaciosa tarefa ao definir seus sentidos, contornos e alcance.

Não que seja uma tarefa indigna; aliás, a hermenêutica também envolve uma atividade criativa. A maior dificuldade é a mudança de paradigmas. Muitos juristas brasileiros acomodaram-se com interpretações meramente literais (gramaticais) e sistemáticas do texto legal (no máximo teleológicas), fruto do apego excessivo ao positivismo jurídico. Com o avanço do pós-positivismo, da constitucionalização do direito privado e a constante preocupação com o desenvolvimento e atualidade das normas jurídicas, isso está mudando.

Mudança de rumos. Agora o jurista participa mais ativamente da produção da norma jurídica (do seu sentido e alcance), notadamente daquelas de cunho principiológico (GRAU, 2011) . Precisa abandonar sua ‘zona de conforto’ e se expor; assimilar quais são as tramas sociais que exigirão sua intervenção (teórica e decisória), a fim de promover a pacificação social e o tão sonhado direito de ser feliz.

A jurisprudência brasileira tem se arriscado e alguns julgados demonstram a falta de habilidade hermenêutica para compor um sentido mais preciso e perceptível do que seja o princípio da boa-fé (confiança, etc.).

Segue ementa:

EMENTA: Compra e venda de veículo – boa-fé do autor na aquisição de veículo pertencente à ré e comercializado por terceiro – preço pago e entrega da posse do bem ao demandante – transferência da propriedade pela tradição – reconhecimento – negativa da ré em fornecer o documento de transferência de propriedade do veículo, em razão de o terceiro não lhe haver repassado o valor pago pelo autor – inadmissibilidade – ausência de relação jurídica entre os litigantes na compra e venda do bem – procedência do pedido inicial – sentença mantida – apelo da ré improvido. (TJSP. APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO Nº 9048827-74.2009.8.26.0000. DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. RELATOR: MENDES GOMES. 17/01/2011. APELANTE: MARILENE TOALHARES E APELADO: VALDEIR DE SOUZA RIBEIRO).

Da leitura da referida ementa, do acórdão e voto (número 20.508), percebe-se que a decisão da Justiça paulista foi justa, mas imprecisa quanto ao sentido empregado ao princípio da boa-fé. Só citá-lo não é suficiente. Depreende-se que o fundamento mais claro para o não provimento da apelação foi a ausência de relação

jurídica entre os litigantes na compra e venda do bem, do que propriamente a boa-fé objetiva.

O próprio Superior Tribunal de Justiça andou se omitindo no estabelecimento de conceitos mais precisos e rigorosos do que seja a boa-fé objetiva para uma determinada situação concreta. Segue ementa:

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. 1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito. 2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei. 3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição. 4. A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva – violadora dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual – confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais. 5. Os valores fixados a título de danos morais e de honorários advocatícios somente comportam revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que se mostrarem exagerados ou irrisórios. Precedentes. 6. A distribuição dos ônus sucumbenciais deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos. Precedentes. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1255315/SP. RELATOR (A) MINISTRA NANCY ANDRIGHI (1118). T3 – TERCEIRA TURMA. 13/09/2011. PUBLICAÇÃO: 27/09/2011)

A eminente Ministra do STJ poderia ter definido com mais precisão qual o sentido desempenhado pela boa-fé objetiva no caso dos autos, sendo que se resumiu a dizer que houve violação pela conduta desleal e abusiva.

Felizmente, de outro norte, outros julgados conseguem preencher com mais eficácia a cláusula aberta (geral), do princípio da boa-fé objetiva. Na ementa abaixo, proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o eminente relator é cuidadoso na definição do que seria boa-fé objetiva para aquele caso concreto. Segue ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL C/C CONSIGNATÓRIA. PAGAMENTO DE APENAS UMA DAS 60 PRESTAÇÕES AJUSTADAS. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DO AUTOR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO ACERTADA. I – Infere-se dos autos que o autor dignou-se adimplir o pagamento de apenas duas das 60 prestações avençadas. Evidente, pois, que o apelante não observou um dos princípios basilares dos contratos, traduzido na boa-fé objetiva que deve permear as tratativas dos contratantes. Com efeito, a boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem prática, imparcial. Funda-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. II. Ressai à toda evidência a real intenção de adquirir o bem para, em seguida, ajuizar a ação buscando a alteração das cláusulas contratuais. Na verdade, ausente o interesse de agir do autor, mesmo quando da propositura da ação. Desta feita, essa ausência de boa-fé retira do recorrente o interesse processual e afasta a possibilidade de um procedimento judicial apto a solucionar o litígio. Como bem lançado na respeitável sentença, o autor é carecedor de ação, eis que inexistente para ele pretensão objetivamente viável, ou seja, o reclamado direito de agir. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. (TJGO. Apelação Cível nº 230243-16.2011.8.09.0006. Comarca de Anápolis. Relator: Des. Amaral Wilson de Oliveira. 2ª Câmara Cível). (grifo nosso).

In casu, o desembargador goiano foi preciso ao dar um sentido apropriado para a boa-fé no caso concreto. Alinhou preenchimento de cláusula aberta com segurança jurídica.

Boa-fé, fatos de ordem prática, imparcial, lealdade, confiança, honestidade, correção. Todas estas expressões se aproximam das máximas propostas pela moralidade smithiana: moral praticável, situacional (caso concreto), resultado de um juízo de fato sintético *a posteriori*. A leitura da ementa acima adquire mais sentido através do processo simpatético.

Repisa-se: o exercício de se colocar na situação dos outros, e perceber o que é importante em diferentes contextos, e, quando for necessário, adotar estas concepções como juízos morais sobre a própria conduta, *cria um senso de dever*, ou seja, todo um sistema de valoração moral, de sentimentos morais.

A relação contratual envolve essa convergência de sentimentos. Para que o acordo gere riquezas precisa ser formatado a partir de um modelo ético de conduta (princípio da boa-fé) e que gere confiança entre as partes (princípio da confiança). O contrato é resultado da sociabilidade.

Destarte, alguns exemplos práticos permitem que o princípio da confiança e o *venire contra factum in proprium*, sejam lidos conforme o processo simpatético.

Flávio Tartuce ilustra com muita criatividade 02 (duas) situações interessantes: o primeiro envolvendo “o caso dos amendoins” e o segundo o famoso “caso dos tomates”. (TARTUCE, 2008).

O primeiro: quando um vendedor de amendoins, tentando atrair clientela e comercializar seu produto, distribui pequenas amostras grátis para os consumidores (geralmente em praias), ele contribui para o surgimento de uma relação de confiança entre as partes. Após experimentar o produto, geralmente algumas pessoas desejam comprá-lo. E mais, querem que o produto (a ser adquirido) seja exatamente igual ao da amostra grátis. Suponha-se, entretanto, que o vendedor resolva ir embora e não queira vender o aperitivo aos consumidores; suponha-se que o vendedor resolva negociar o produto, mas este esteja podre, impróprio ao consumo.

Nesse caso, resta evidenciado o exercício de comportamentos contraditórios. Os (possíveis) consumidores foram abordados pelo vendedor; este deu início a uma relação comercial que envolve confiança e lealdade. Após as tratativas iniciais e a formação de um “quase-contrato”, o vendedor resolve contraditar todas as expectativas. Isso não é justo, probo, leal e honesto.

O segundo: a empresa Cica distribuía sementes a agricultores gaúchos, de modo a gerar-lhes a expectativa de compra da safra futura (sem qualquer contrato escrito). Durante algum tempo a empresa realmente adquiriu a produção. Entretanto, em determinados momentos, os agricultores plantaram as sementes, que geraram tomates, mas a empresa não adquiriu a produção. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou a empresa a ressarcir os prejuízos assumidos pelos agricultores, com base na quebra da confiança.

Nas palavras de Flávio Tartuce (TARTUCE, 2008):

O ato da distribuição, tanto dos amendoins quanto dos tomates, leva-nos a pressupor que tanto o vendedor quanto a Cica pretendem, e querem muito, a celebração do contrato definitivo no futuro. Assim sendo, não podem voltar através dessa conduta. Imagine a cena: você quer comprar os amendoins, pois gostou das amostras, mas o vendedor diz que não vai mais vendê-los, pois ‘não foi com sua cara’. Ou, quando você o chama, ele sai correndo. Pelo princípio da boa-fé objetiva, isso não é possível.

Mas, afinal, qual o verdadeiro fundamento do *venire*? A tutela da confiança. Soma-se a isso até o cunho sociológico, ao proteger as relações sociais (negociais) de condutas desleais, improbas e desleais. Outro acréscimo importante: com base nos *sentimentos morais* de Adam Smith.

A relação contratual visa criar e transferir riquezas. Deve ser útil. Mas não é a utilidade comumente conhecida (proveitosa); é a utilidade proposta por Adam Smith (simpatética, conveniente e adequada, onde um fim concreto e realizável não é

independente da escolha dos meios idôneos para realizá-lo).

Rememorando Ângela Ganem, a ideia de conveniência ou adequação (*propriety*) permite alcançar o sentido ético presente no tratado smithiano de moralidade: (GANEM, 2000, pág. 10/11)

A adequação fornece novas luzes sobre o **desejo imperioso de ser aprovado** e, conseqüentemente, sobre a construção do amor próprio. Mas o que significa esse desejo e que moralidade e conceitos básicos o norteiam? Se a intersubjetividade fica clara no exercício da imaginação, Smith não se limita a ela. Além de definir a relação social homem a homem o autor define uma relação do homem com sua própria conduta, sendo esta última uma conduta social.

(...)

As regras morais podem ser internalizadas e expressas pelo homem dentro do peito. Logo fazemos uma mediação entre nós e o espectador imparcial, estabelecendo uma regra geral em que todas as ações que nos tornam depreciáveis devem ser evitadas.

Ao internalizarmos o sentido de adequação, tornamo-nos espectadores imparciais de nossa própria conduta, verificando o seu mérito efetivo. Existiria em verdade um tribunal hipotético na nossa própria consciência, elemento construtor do nosso amor ao outro e do amor a nós mesmos.

Referido processo imaginativo e a conseqüente solidariedade moral são grandes responsáveis pelas atitudes tomadas pelo homem em relação ao próximo e a si mesmo.

Assim, ao estabelecer uma relação contratual, a pessoa não está estabelecendo uma relação apenas com o outro, mas 'consigo mesmo'. Agir de maneira moralmente adequada, então, é a medida mais acertada. Do contrário, haverá corrupção dos próprios valores e princípios. Claro que pode haver esta corrupção; mas ela não traz benefícios sólidos e duradouros. Lá na frente todos perdem, inclusive (e principalmente), quem agiu de modo desonesto para obtenção de um ganho imediato.

Não há, assim, nos julgamentos morais (boa-fé, confiança, etc), um princípio fundamental. Existe uma convergência de sentimentos. A moral é um sentimento coletivamente compartilhado, segundo o qual o homem é o espelho do homem. Atuar honestamente é promover a honestidade; agir deslealmente é promover a deslealdade e ser, também, vítima dessas práticas corruptíveis de moralidade. (SMITH, 1999).

Tratando da aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais, Karina Denari Gomes de Mattos, *apud* Ricardo Lorenzetti (MATTOS, 2007, pág. 08) acentua:

Pelo dever de segurança cabem aos contratantes garantir a integridade de bens e dos direitos do outro, em todas as circunstâncias próprias do vínculo que possam oferecer algum perigo, sendo este o modelo de contrato contemporâneo.

Conforme Ricardo Lorenzetti (1998, p. 551) o contrato deixou de ser visualizado como um representativo de interesses antagônicos, divisando-se um *affectio contractus*, tornando os contraentes como se fossem parceiros. (grifo nosso).

Parceria na formação de uma relação contratual, eis os ares contemporâneos. O utilitarismo egoístico cede lugar àquilo que é socialmente adequado, conveniente.

Na relação contratual não há mais interesses antagônicos, contraproducentes e conflitantes. Cada parte satisfaz os próprios desejos, mas nada impede que o negócio seja lucrativo individualmente e rico socialmente.

Uma advertência importante: o contrato não deixou de ser repositório legítimo da manifestação da vontade. É o instrumento mais eficaz para satisfação dos interesses pessoais (de conteúdo econômico e patrimonial). Ocorre que, sob uma ótica socialmente relevante. Como já relatou Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *apud* Luigi Ferri (GODOY, 2003, págs, 159 e 160):

(...) Até porque, é a acentuação de Luigi Ferri, o individualismo não tem sentido do ponto de vista jurídico, pois para o direito interessa não o momento individual, mas o momento social, o instante da relação, pressuposto mesmo da própria existência do direito subjetivo.

Para o direito interessa o momento social, já que o homem é um ser gregário e político. Adam Smith concordava que, sozinho e isolado, o homem não poderia nem mesmo construir um referencial estético quando mais moral e ético. Na percepção de Dugald Stewart, amigo pessoal e responsável pela biografia crítica da obra de Smith, o princípio fundamental da teoria moral smithiana seria: (SMITH, 1999, pág. XXIII)

Os objetos primários de nossas percepções morais são as ações de outros homens; além disso nossos juízos morais sobre nossa própria conduta são apenas aplicações, sobre nós mesmos, de decisões já proferidas a respeito da conduta do nosso próximo.

Reforça-se: para Adam Smith as relações humanas concretas de troca, experimentação e aprendizado produzem justamente os *sentimentos morais*. O homem como 'espelho' do homem. (BAGOLINE, 1952) (GANEM, 2000)

Pensar no outro; aproximação; compartilhamento. A relação contratual

também é uma relação de troca e experimentação. Se há relação, há vinculação, ligação. Se fosse um mero contato, haveria uma situação de 'toque' e não de aproximação. Boa-fé objetiva e confiança envolvem tudo isso.

Corroborando esse entendimento, cite-se, mais uma vez, o trabalho desenvolvido por Karina Denari Gomes de Mattos, *apud* Paulo Brasil Soares (2001, p. 219-220): (MATTOS, 2007, pág. 06):

Boa-Fé Objetiva é um 'standart' um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes.

Nota-se, com muita propriedade, que parte da doutrina e jurisprudência tem preenchido com maestria o sentido e o alcance dos princípios gerais dos contratos no direito privado brasileiro.

O que se propõe na presente reflexão é contribuir para essa atividade hermenêutica, já que Adam Smith foi um pensador muito tenaz e criativo, cujos escritos filosóficos merecem mais elucidação, pois têm muito a contribuir para o estabelecimento de relações humanas harmônicas e produtivas.

CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo, impende reafirmar que a teoria moral de Adam Smith foi relegada a segundo plano pelos estudiosos do direito, da economia e da própria filosofia. A tônica no conhecimento formal e especializado, de certa forma limitou o conhecimento humano. Uma visão tão parcial e descontextualizada da vida só poderia gerar frutos improdutivos.

Em contrapartida, uma abordagem sistêmica e universal tem alcançado os meios acadêmicos. *In casu*, um movimento de releitura das obras de Adam Smith tem produzido resultados satisfatórios e permitido reinventar conceitos seculares. O auto-interesse já não é mais lido da mesma forma. A proposição de que Smith tenha construído toda sua doutrina econômica com base, estritamente, nesse egoísmo extremo é leviana e contraproducente. Ele reconheceu a importância da individualidade no enriquecimento da sociedade, mas não deixou de lado o instinto de preservação da própria espécie. Quando alguém estabelece uma relação (social, econômica, contratual, etc) com outrem, apesar de buscar vantagens pessoais, acaba, de forma intuitiva, por agir em prol da coletividade. Um ato é corolário do outro.

Para entender o pensamento smithiano é necessário retroceder à sua filosofia moral. Adam Smith construiu um importante tratado sobre moral, com base no conceito de 'simpatia' (sofrer com; solidarizar-se com). Como delineado no primeiro capítulo, a originalidade de seu pensamento está em se distanciar da racionalidade e da metafísica para explicitação das relações morais. Valoriza-se, de outro modo, construções empíricas e sensoriais; reconhece-se o valor da emoção humana no estabelecimento de interações sociais. Uma visão do homem mais ampla e complexa, na qual a racionalidade é calibrada com base nas experiências emotivas. A moral como um sentimento coletivamente compartilhado (sentimentos morais)

Para Adam Smith, a ideia de que julgamos as ações por sua tendência a ser útil é parcialmente falsa. Referido filósofo social revisou esta ideia (utilidade), com base na conveniência (decoro), ou seja, os fins não estão desligados dos meios; deve haver adequação entre as duas situações; devem ser convenientes, ou seja, realmente necessárias para se alcançar riqueza e felicidade.

Assim, com a participação na situação alheia (através da imaginação), os homens constroem laços de solidariedade (moral) e mitigam a tendência passional de

se jogarem uns contra os outros, em prol da própria espécie.

A tarefa da imaginação na situação alheia é do espectador imparcial ('um tribunal dentro de nosso próprio peito'). Visualizar-se no lugar do outro permite que o homem padeça dos mesmos sofrimentos e entre em seu corpo e seja, em alguma medida, uma única pessoa. Disso resulta uma reciprocidade dos sentimentos alheios com os nossos.

Os efeitos práticos desse processo (simpatético), são alcançados quando o espectador (imaginário) transfere suas conclusões para o espectador (real), dos juízos que foram estabelecidos pela avaliação da conduta alheia. Ou seja, a atividade do espectador – imparcial (imaginário) é importante na medida em que estabelece um raciocínio causal e 'fático' das percepções alheias e funciona como um mecanismo importante de estabilidade social. A simpatia, dessa forma, é fundamento da valoração moral.

O maior mérito de Smith, repita-se mais uma vez, talvez seja o de demonstrar que os homens são 'espelhos' uns dos outros.

Essa orientação cria um senso de dever e uma normatividade ética. É a 'dialética de espelhos', ou seja, a observação do outro gera uma postura crítica sobre si mesmo, extremamente importante para a formação do sujeito moral. Assim, a moral é fruto da sociabilidade.

Dessa forma, as relações humanas concretas de troca, experimentação e aprendizado produzem valores morais importantes para a estabilidade das relações sociais. Ademais, ao refletir sobre a própria conduta com base em que outros homens pensam sobre a mesma, aprende-se a libertar de juízos equivocados. Reside, aqui, um dos modelos de aperfeiçoamento ético.

Na segunda fase do presente estudo, denotam-se as influências da moral na contemporaneidade e como esse discurso pode contribuir para confirmar ou reforçar princípios caros ao espaço jurídico – social.

Não que as pessoas sejam mais bondosas, honestas ou virtuosas. Na verdade, há um retorno da moral no debate social e no discurso acadêmico. Os homens buscam estabelecer respostas importantes para problemas sociais difíceis e complexos. Dar sentido às suas ações através de parâmetros éticos.

Contudo, parece que a humanidade errou no estabelecimento de teorias morais e éticas atemporais, universais, seguras e incontestáveis. Respostas racionais se mostraram contraproducentes e as metafísicas de validade científica pouco

confiável. Então, qual conceito de moralidade pode-se referir atualmente? Dentre tantas possibilidades a moralidade smithiana parece bem aceitável e praticável.

Eis um resumo do processo simpatético proposto por Adam Smith: 1º – Participação imaginativa na situação alheia, nos seus conflitos sociais, econômicos e políticos; 2º – A responsabilidade desta atividade mental é do espectador imparcial; 3º - O espectador imparcial participa de maneira moderada das paixões alheias, tentando perceber o que há de bom nas suas emoções; 4º - A par disso, toma conclusões imparciais importantes e repassa ao espectador originário (real); 5º - Quando o espectador real vivenciar situações semelhantes que foram observadas no próximo, por seu espectador imparcial, ele usará aquelas conclusões iniciais como referência de sua própria conduta, gerando, assim, um senso de conveniência, de dever. (BAGOLINI, 1.953).

Na primeira etapa o processo é irracional; mas, no fim, passa a ser racional porque produz efeitos práticos e pedagógicos. A teoria moral smithiana reflete, assim, uma compreensão ordinária da moral, situacional e empirista.

As obrigações contratuais, por sua vez, também podem participar desse processo de formação moral. A expectativa gerada pela promessa de uma das partes contratantes tem fundamentos éticos bastantes amplos e o vínculo contratual não se mantém válido e legítimo somente pelas estipulações jurídicas.

Como já foi delineado no decorrer da presente dissertação, a relação contratual não é apenas relação entre dois patrimônios. Na verdade, é uma aproximação entre pessoas, entre seres humanos. Um processo dialógico de troca, experimentação e cuidado.

As reformas estabelecidas pelo Código Civil brasileiro em 2002 propuseram essa reaproximação entre direito e moral, entre o que é justo e o que é legal.

Na última fase do trabalho de pesquisa optou-se pela leitura das relações contratuais no Código Civil brasileiro a partir dos sentimentos morais de Adam Smith.

As novas orientações principiológicas estabelecidas em 2002 foram erguidas através de cláusulas gerais (indeterminadas) que, apesar de permitir uma maior amplitude interpretativa, dificulta o trabalho do hermenauta na preservação da segurança jurídica.

Quando o Código normatiza a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a confiança, quais são os parâmetros juridicamente aceitáveis para o preenchimento de termos tão vagos e imprecisos? Aqui reside o problema, pois não é

somente o direito que preencherá tais vazios hermenêuticos.

Importante citar, também, que a preocupação em conferir mais segurança jurídica na interpretação das cláusulas gerais chegou ao Congresso Nacional, ao estabelecer num Projeto de Lei (n° 8.046/2010) que ainda não foi votado, a inclusão da necessidade do juiz fundamentar suas decisões, sentenças ou acórdãos, de modo que ao empregar conceitos jurídicos indeterminados explique o motivo concreto de sua incidência ao caso concreto (Art. 476, do referido Projeto de Lei).

Apesar das inúmeras críticas acerca das chamadas cláusulas abertas, fato é que elas revolucionaram todo o sistema valorativo do direito privado brasileiro. Aproximaram as orientações constitucionais de dignidade humana e solidariedade ao ramo jurídico mais patrimonialista que existia. É o conhecido movimento de constitucionalização do direito civil.

Uma nova teoria geral dos contratos exige do intérprete uma postura mais ativa e compreensiva. Passa a considerar o ser humano como protagonista de toda a ordem legal.

A leitura dos referidos princípios (função social dos contratos, boa-fé objetiva e confiança) ganham mais sentido se lidas conforme o processo simpatético de Adam Smith, como foi exaustivamente denotado no decorrer do texto. O exercício de se colocar na situação dos outros, e perceber o que é importante em diferentes contextos, e, quando for necessário, adotar estas concepções como juízos morais sobre a própria conduta, cria todo um sistema de valoração moral.

Toda relação contratual envolve essa convergência de emoções. Para que o contrato gere riquezas precisa ser formatado a partir de um modelo ético de conduta (boa-fé) e que gere confiança entre as partes e traga benefícios para toda a sociedade (função social).

Falar ou escrever sobre moral, no atual contexto social, é difícil. Discursos morais são freqüentemente freados pela incompreensão social; as pessoas desconfiam de suas bases axiológicas, de sua natureza sobrehumana. O argumento, assim, fica prejudicado. O pensamento racional não conseguiu estabelecer parâmetros confiáveis para o significado da moral na vida humana; construções teológicas muito menos, pois ambas buscam um fundamento universal onde não existe um fundamento universal. Num mundo cada vez mais complexo e heterogêneo, fica custoso estabelecer com rigor quais sãs as verdadeiras características da (conduta) moral.

Por isso, o pensamento de Smith é tão importante. Seu ponto de vista é dependente de uma compreensão moral ordinária. Não é metafísico, muito menos deontológico; é empirista. É voltado para a prática, situacionista e trata do homem como ele é; dependente de seu próprio aperfeiçoamento.

Resumindo, o processo simpatético produz uma moral aceitável e praticável e pode permitir que as relações contratuais sejam construídas em prol da sociedade, pois o espectador imparcial condiciona a própria manifestação de vontade. Conforme Adam Smith é possível contratar e ser ético, leal e justo, lucrar individualmente e enriquecer socialmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARRIGHI, Giovanni, 1.937 – *Adam Smith em Pequim: origens e fundamentos do século XXI* / Giovanni Arrighi; tradução Beatriz Medina. – São Paulo : Boitempo, 2008.

AVILA, Robert Iturriet. *Do homem smithiano ao homo economicus: egoísmo e dissolução da moral* / Robert Iturriet Ávila. – Porto Alegre, 2010. Orientador: Gentil Corazza. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Revista CEJ, Brasília, n. 9, p. 40 a 44, set/dez. 1999. (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

AZNAR, Estrella Trincado. *El iusnaturalismo no utilitarista de Adam Smith*. In VII Congreso de la Asociación de História Económica Taller de H del Pensamiento Económico. Zaragoza, 19-20 de septiembre de 2001. Disponível em <http://www.unizar.es/eueez/cahe/estrellatrincado.pdf>. Acesso em 03 de dezembro de 2011.

BRASIL. Congresso. Senado. *Projeto de Lei nº 8.046/2010, que institui o novo Código de Processo Civil*. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 12 de fevereiro de 2012.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

_____. Superior Tribuna de Justiça. *Recurso Especial (REsp 1255315/SP)*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi (1118). Terceira Turma. 13/09/2011. Publicação: 27/09/2011. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 23 de março de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 7, de 2010*. In www.stf.jus.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 596*. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Apelação Cível nº 230243-16.2011.8.09.0006*. Comarca de Anápolis. Relator: Des. Amaral Wilson de Oliveira. 2ª Câmara Cível. Disponível em www.tjgo.jus.br. Acesso em 20 de março de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível com revisão nº 9048827-74.2009.8.26.0000*. Comarca de São José do Rio Preto. Relator: Mendes Gomes. 17/01/2011. Apelante: Marilene Toalheres e Apelado: Valdeir de Souza Ribeiro. Disponível em www.tjst.jus.br. Acesso em 19 de janeiro de 2012.

BARBOSA, Elisandra Cristina. *A boa-fé na relação contratual e o princípio da confiança*. / Elisandra Cristina Barbosa. – São Paulo, 2008. Orientador: Doutor Renan Lotufo. Dissertação (Mestrado em Direito – Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BAGOLINI, Luigi. *Moral e direito na doutrina da simpatia. Análise da ética de Adam Smith*. Tradução de Dora Ferreira da Silva e Prefácio de Miguel Reale. Edição Saraiva : São Paulo. 1952. Coleção “Direito e Cultura” sob os auspícios da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *A contratação privada, a influência da moral e as técnicas de ajustes admitidas na atual teoria dos contratos*. In Contornos atuais da teoria dos contratos / coordenador Carlos Alberto Bittar. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito* / Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. – 2 ed. São Paulo : Atlas, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito* / Francesco Carnelutti – Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. – 1ª ed. Campinas : Russel Editores, 2006.

CASSETTARI, Christiano. *A nova teoria geral dos contratos*. Disponível em www.cursoexito.com.br/images/.../original_nova_contratos.pdf? Acesso em 22 de outubro de 2010.

CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. *Adam Smith e seu contexto: o Iluminismo escocês*. [Artigo científico]. VIII Encontro de Economia da Região Sul – ANPEC SUL 2005. Área 4 – Metodologia, História do Pensamento Econômico e Economia Política. Disponível em www.ppge.ufrgs.br/anpecsul2005/artigos/area4-04.pdf. Acesso em 20 de agosto de 2010.

_____. *Para ler Adam Smith: novas abordagens*. [artigo científico]. Disponível em <http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A20.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2011.

COBRA, Rubem Q. - *Adam Smith*. Disponível em www.cobra.pages.nom.br/fmp-smith.html. Acesso em 02 de janeiro de 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno* / Fábio Konder Comparato – São Paulo : Companhia das Letras, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral?: sobre algumas coisas ridículas e as tiranias do nosso tempo* / André Comte-Sponville; tradução Eduardo Brandão. – São Paulo : Martins Fontes, 2005. – (Coleção mesmo que o céu não exista).

CORDEIRO, Antônio Menezes, 1.953 – *Da boa-fé no direito civil*. – (Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na faculdade de direito da Universidade de Lisboa). Biblioteca Nacional de Portugal. Almedina, 2011.

DUARTE, João de Azevedo e Dias. *A estética da ordem: harmonia e imperfeição na obra filosófica de Adam Smith* / João de Azevedo e Dias Duarte; orientador: Marcelo Gantus Jasmin. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

FEIJÓ, Ricardo. *História do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas* / Ricardo Feijó – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* / Tércio Sampaio Ferraz Júnior. – 4. ed. – São Paulo : Atlas, 2003.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro Ferreira. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança*. Disponível em http://www.investidura.com.br/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=137:protecao-do-consumidor-no-comercio-eletronico-sob-a-otica-da-teoria-da-confiancaecatid=58:artigos-cientificos. Acesso em 22 de dez. 2011.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo* / César Fiúza. – 10. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. / Paula A. Forgioni; prefácio Fábio Nusdeo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Melo. *Contratos no direito privado: direito civil e empresarial*. / Vera Helena de Mello Franco. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. *O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã*. In Revista Forense, volume 395 – 2008 (janeiro/fevereiro). Rio de Janeiro : Forense, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral* / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 4 ed. rev e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008.

GANEM, Ângela. *Economia e Filosofia: Tensão e Solução na Obra de Adam Smith*. Série textos para discussão. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Economia (T.D. UFF 136/00). 2000. Niterói – Rio de Janeiro.

_____. *Resenhas*. Revista Econômica. v. II, n. 4, Dez. 00, pp. 139-146. Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2000.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato. Os novos princípios contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), sob orientação do professor Doutor Renan Lotufo. 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. “Obra premiada pelo Instituto dos Advogados da Bahia”.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Princípio da boa-fé: perspectivas e aplicações*. / Camila de Jesus Mello Gonçalves. – Rio de Janeiro : Elsevier, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, volume 3: contratos e atos unilaterais* / Carlos Roberto Gonçalves. – 7 ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª edição revista e ampliada. São Paulo : Malheiros Editores. 2011.

KUNTS, Rolf. *Muito além do mercado. Adam Smith explica como a moralidade depende da vida social*. 10 jornal de resenhas. São Paulo : 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4. n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>. Acesso em 24 out. 2011.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito: expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral* / Júlio Aurélio Vianna Lopes. – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil* / Luiz Guilherme Loureiro. São Paulo : Editora Método, 2002.

MARTINS, Raphael Manhães. *O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV jornada de direito civil*. In Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. n.1 (1997-). – Brasília : CEJ, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. In Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. – v. 32, n. 97, - Porto Alegre : AJURIS, 1.974.

MATTOS, Karina Denari Gomes. *Garantia do equilíbrio. A aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais*. In Revista Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-out-06/aplicacao_principio_boa_fé_de_relacoes_contratuais. Acesso em 03 de janeiro de 2012.

MELO, Lucinete Cardoso de. *O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 523, 12 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6027>. Acesso em: 13 ago. 2010.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*. RJ. Bertrand Brasil, 2000, pág. 42.

NUNES, Paulo. *O capitalismo financeiro*. Disponível em <http://www.knoow.net/cienceconempr/economia/capitalismofinanceiro.htm#vermais>. Acesso em 30/05/2011.

NUNES, Rizatto. *A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade contemporânea*. In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 52, nº 327, janeiro de 2004.

O'ROURKE, P.J. *A riqueza das nações de Adam Smith: uma biografia* / P.J. O'Rourke; tradução, Roberto Franco Valente. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2008. (Livros que mudaram o mundo).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2008. (Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes).

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança. Ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento econômico*. 1. ed. Rio de Janeiro : Topbooks, 1999.

QUINTANA, André Mazulo. Solange Regina Marin. *O Espectador Imparcial de Adam Smith e a Crítica de John Rawls ao Utilitarismo*. XXII Encontro Nacional de Economia Política. 2007. Disponível em http://www.sep.org.br/artigo/2_congresso/_893_627ea32afc774cfc48f2c523a4ece087.pdf. Acesso em 10 de março de 2011.

RAMOS, Cláudia de Lima. *Os novos paradigmas do direito privado brasileiro. In Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. / Luiz Edson Fachin (coordenação): Carmem Lúcia Silveira Ramos ... (et. al) Rio de Janeiro:Renovar, 1998.*

RAO, Vicente. 1.892-1978. *O direito e a vida dos direitos / Vicente Ráo* -3ª ed. anotada e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funcsoccont.htm>. Acesso em 19.08.2011.

_____. *Estudos preliminares do código civil / Miguel Reale*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REGO, José Márcio. *Adam Smith e a angústia da influência*. In Metodologia da análise econômica / org. Márcia Flaire Pedroza – São Paulo : Educ, 2000. (Cadernos PUC Economia ; n. 10).

RENNER, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil / Rafael Renner; coordenação pedagógica (de) Cleyson de Moraes Mello*. – Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis / Georges Ripert*. – Campinas : Bookseller, 2009.

ROPPO, Enzo, 1.947. *O contrato*. Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina. 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil* / Nelson Rosenvald. – São Paulo : Saraiva, 2005. – (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

ROSS, Ian Simpson. *Adam Smith. Uma biografia*. Tradução de Helena Londres. Ed. Record. Rio de Janeiro. São Paulo. 1999.

ROTHSCHILD, Emma, 1.948 – *Sentimentos econômicos* / Emma Rothschild; tradução de Zaida Maldonado – Rio de Janeiro: Record, 2003.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Juros: no direito brasileiro*. / Luiz Antonio Scavone Junior. – 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SEN, Amartya Kumar, 1.933- *Sobre ética e economia* / Amartya Sen ; tradução Laura Teixeira Motta ; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo : Companhia das Letras, 1999.

SHUMACHER, E. F. *O negócio é ser pequeno – um estudo de economia que leva em conta as pessoas*. Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1.983.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e economia*. / Marcos Fernandes Gonçalves da Silva. Rio de Janeiro ; Elsevier ,2007.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. *Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. Uma releitura na perspectiva civil-constitucional*. In Revista da Faculdade de Direito Milton Campos / Faculdade de Direito Milton Campos. Ano 1, n. 1 (1994) -, - Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

SMITH, Adam. 1.723-1.790. *A riqueza das nações, volumes 1 e 2* / Adam Smith; tradução Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. – São Paulo : Martins Fontes, 2003 (Paideia).

_____. *Lectures On Jurisprudence*, ed. R. L. Meek, D. D. Raphael and P. G. Stein, vol. V of the Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith (Indianapolis: Liberty Fund, 1982). Chapter: *Part 1st. Of Justice and Of Contract*. Disponível em http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=196&chapter=55643&layout=html&Itemid=27. Acesso em 01/11/2011.

_____. *Teoria dos sentimentos morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma*

dissertação sobre a origem das línguas / de Adam Smit. Tradução de Lya Luft; revisão Eunice Ostrensky. – São Paulo : Martins Fontes, 1999. – (Paideia).

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório* (venire contra factum proprium no potest). Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/TARTUCE-AMENDOINS.rev.doc>. Acesso em 10 de julho de 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2000. p. 1-16.

_____. *Temas de direito civil* / Gustavo Tepedino. – 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de direito – Tomo II* / Gustavo Tepedino. – Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 – *O contrato e sua função social*. / Humberto Theodoro Júnior. – Rio de Janeiro : Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral* / Sílvio de Salvo Venosa. – 7. ed. – São Paulo : Atlas, 2007. – (Coleção direito civil; v. 1).