

ORGANIZADORES

Giovana Benetti

André Rodrigues Corrêa

Márcia Santana Fernandes

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

Mariana Pargendler

Laura Beck Varela

DIREITO, CULTURA, MÉTODO

Leituras da obra de Judith Martins-Costa

AUTORES

Ruy Rosado de Aguiar Júnior • Cristiane Avancini Alves • Ana Paula Oliveira Ávila • Humberto Ávila • Giovana Benetti • Gerson Luiz Carlos Branco • Maria Claudia Cachapuz • Bartolomé Clavero • Giovana Cunha Comiran • André Rodrigues Corrêa • Karime Costalunga • Almiro do Couto e Silva • Erika Donin Dutra • Márcia Santana Fernandes • Tércio Sampaio Ferraz Junior • Mariana Martins-Costa Ferreira • Jorge Cesa Ferreira da Silva • Véra Jacob de Fradera • José Roberto Goldim • Eros Grau • Giacomo Grezzana • Paolo Grossi • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Gustavo Haical • Felipe Kirchner • Maurício Licks • Marcos de Campos Ludwig • Francisco Paulo De Crescenzo Marino • Fernanda Mynarski Martins-Costa • Judith Martins-Costa • Cláudio Michelin Júnior • Giovanni Ettore Nanni • Teresa Negreiros • José Roberto de Castro Neves • Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke • Mariana Pargendler • Miguel Reale Júnior • Carla Müller da Rosa • Kathrin Rosenfield • Gustavo Sanseverino • Claudio Scognamiglio • Guilherme Seibert • Luis Renato Ferreira da Silva • Rafael Peteffi da Silva • Luis Felipe Spinelli • Gustavo Tepedino • Laura Beck Varela • Arnoldo Wald • Tula Wesendonck • Rafael Branco Xavier • Cristiano de Sousa Zanetti



Rio de Janeiro
2019

1ª edição – 2019

© Copyright

Giovana Benetti / André Rodrigues Corrêa / Márcia Santana Fernandes / Guilherme
Carneiro Monteiro Nitschke / Mariana Pargendler / Laura Beck Varela

Imagem da capa
Alfredo Aquino

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

A229d

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de

Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa / Ruy Rosado de
Aguiar Júnior ... [et al.]; organizadores Giovana Benetti ... [et al.]. - 1. ed. - Rio de Ja-
neiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

992 p.; 24 cm.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-9524-059-9

1. Direito - Filosofia. I. Benetti, Giovana. II. Título.

19-55712

CDU: 340.12

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
GZ EDITORA

contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 – Sala 202 – 2º andar – Centro
CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

Apresentação	IX
Prefácio: Judith Martins-Costa, jurista eminente <i>Almiro do Couto e Silva (in memoriam)</i>	XV
I – Doutrina e Hermenêutica: autoridade, modelos, dilemas	
A inferência à melhor explicação e a autoridade da doutrina <i>Cláudio Michelin Júnior</i>	3
A Escola Civilista Gaúcha e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: modelos doutrinários e a uniformização da interpretação da lei <i>Marcos de Campos Ludwig</i>	27
Configuração e restrição de direitos subjetivos a partir da análise de um modelo de posições jurídicas fundamentais <i>Maria Claudia Cachapuz</i>	44
Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências <i>Miguel Reale Júnior</i>	69
II – Pessoa, Personalidade, Dignidade: ensaios e perspectivas	
Brasil entre códigos y derechos: el reto de la esclavitud <i>Bartolomé Clavero</i>	89
A capacidade civil e a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência: desafios da doutrina para além dos institutos tradicionais do Direito Civil brasileiro <i>Tula Wesendonck</i>	115
Nas teias da personalidade e da linguagem: o necessário diálogo entre a Bioética e o Direito <i>Cristiane Avancini Alves</i>	139
Consentimento, alteridade e capacidade <i>José Roberto Goldim</i>	168
Privacidade, sociedade da informação e Big Data <i>Márcia Santana Fernandes</i>	182

Intermezzo: narração e normatividade

Sujeito e capacidade existencial na narração literário-existencialista de Dostoiévski e Lima Barreto <i>Felipe Kirchner</i>	211
Reflexões austro-brasileiras sobre Direito e Literatura. Diálogos com a obra de Judith Martins-Costa (com tradução de Política na Áustria, de Robert Musil) <i>Kathrin Rosenfield</i>	248

III – O Princípio da Boa-Fé: critérios para sua aplicação

Alcance e limites da “presunção de boa-fé”: custos probatórios e normas profiláticas no Direito Privado <i>Mariana Pargendler</i>	259
O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva <i>Fernanda Mynarski Martins-Costa</i>	279
A evolução do <i>venire contra factum proprium</i> (um diálogo com a obra de Judith Martins-Costa) <i>Rafael Branco Xavier</i>	300
<i>Suppressio</i> – limitação de direito por exercício tardio: definição e requisitos de aplicação <i>Humberto Ávila</i>	323
<i>Suppressio</i> e prescrição: a confiança na estabilidade da situação jurídica subjetiva pode afetar o exercício da pretensão? <i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	334
A boa-fé na parceria (causas e consequências do escalonamento) <i>Arnoldo Wald</i>	357
O exercício da boa-fé objetiva pelos sócios do separando: a distribuição de lucros prévia à partilha das quotas <i>Karime Costalunga</i>	374
Boa-fé e imposição de obrigações pelo Estado: o caso da modulação dos efeitos das leis inconstitucionais <i>Ana Paula Oliveira Ávila</i>	394

IV – Dano e Responsabilidade: princípios, diretrizes... e tomates

Sobre um punhado de tomates, de novo (uma pequena reflexão sobre um grande caso) <i>André Rodrigues Corrêa</i>	421
Antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual: da amplitude conceitual aos mecanismos de identificação <i>Rafael Peteffi da Silva</i>	448

I danni punitivi e l'ordinamento giuridico italiano attraverso il prisma del principio di effettività della tutela <i>Claudio Scognamiglio</i>	479
O <i>ius tollendi</i> no Código Civil: primeiras linhas <i>Gustavo Haical</i>	514
Responsabilidade civil do auditor independente <i>Ruy Rosado de Aguiar Júnior</i>	554
V – O Canteiro de Obras: pactos, contratos, práticas negociais, sociedades	
O conceito de contrato – permanência e função <i>Luís Renato Ferreira da Silva</i>	577
Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização <i>Gustavo Tepedino</i>	586
O comportamento das partes como elemento de integração dos contratos <i>José Roberto de Castro Neves</i>	605
Usos e costumes no direito contratual brasileiro (ou, sobre a precisão da doutrina face à imprecisão do legislador) <i>Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke</i>	618
Usos comerciais, costumes e práticas das partes: notas para sua distinção <i>Giovana Cunha Comiran</i>	655
Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição? <i>Gerson Luiz Carlos Branco</i>	691
Os motivos enquanto elemento juridicamente relevante <i>Carla Müller da Rosa</i>	718
A possibilidade de convenção tácita da solidariedade no Direito Obrigacional: análise do art. 265 do Código Civil <i>Giovanni Ettore Nanni</i>	739
A perda de interesse do credor <i>Cristiano de Sousa Zanetti</i>	765
Omissão dolosa no contrato de seguro <i>Giovana Valentiniano Benetti</i>	788
Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas <i>Teresa Negreiros</i>	812

Teoria da imprevisão e onerosidade excessiva <i>Tércio Sampaio Ferraz Junior</i>	850
Eficácia da convenção de arbitragem perante terceiros: o caso do terceiro beneficiário <i>Francisco Paulo De Crescenzo Marino</i>	859
Notas sobre a igualdade no Direito Privado: o exemplo do Direito Societário <i>Jorge Cesa Ferreira da Silva e Luis Felipe Spinelli</i>	877
Limites à atuação do administrador da companhia em recuperação judicial na negociação do plano: a interface entre o Direito Societário e o Direito da Empresa em crise <i>Mariana Martins-Costa Ferreira</i>	897
A teoria geral dos contratos após 18 anos de vigência do Código Civil brasileiro: um retrospecto e algumas previsões para o futuro <i>Véra Jacob de Fradera</i>	922
VI – Antidotalia varia	
Lettera a Judith <i>Paolo Grossi</i>	939
Para dizer o belo e o terrível <i>Eros Grau</i>	940
Dos alunos à professora: o desejo pelo mar <i>Erika Donin Dutra, Giacomo Grezzana, Maurício Licks, Gustavo Sanseverino e Guilherme Seibert</i>	944
Da professora aos alunos: a obrigação antidotal <i>Judith Martins-Costa</i>	948
Posfácio à revelia <i>Laura Beck Varela</i>	953
Epílogo Perfil acadêmico e bibliografia de Judith Martins-Costa	957

APRESENTAÇÃO

Direito, Cultura, Método. Leituras da obra de Judith Martins-Costa é fruto de um longo processo de elaboração, cujo princípio foi interrompido em 2010, dado o explícito rechaço da homenageada a obras dessa natureza, e reiniciado a partir de 2015, à revelia de seus vaticínios¹. Desde as suas origens, no entanto, propôs-se a ser algo mais que uma mera coletânea de textos de encomenda, como soem ser os livros-homenagem, convidando os autores a que empreendessem um verdadeiro diálogo com sua obra, fugindo das meras apologias em uso. Um livro, noutras palavras, que respeitasse o “projeto intelectual”² da destinatária; que dialogasse com o trabalho “por décadas [...] levado a efeito”³; que se inspirasse, enfim, em seu “sopro de Zéfiro” para que, “solidários, e não solitários”⁴, contribuíssem, solidariamente, os coautores na dissecação e “reconstrução de seu pensamento enquanto expressão de crítica, orientação e proposição de modelos jurídicos, e diálogo para com ele”⁵.

Adotaram, os organizadores, o codinome “Projeto Machado de Assis”, talvez inconscientemente para expressar aquela ideia de obra que pendurou-se-nos “no trapézio do cérebro”, e “entrou a bracejar, a pernear, a fazer as mais arrojadas cabriolas de volatim, que é possível crer”, até dar o “grande salto” e “tomar a forma de um X”: publica-me ou devoro-te⁶! O verniz do codinome serviu para que, *obliquamente*, os organizadores tratassem do projeto sem o risco de que a astúcia da destinatária o descobrisse, mas ao fim e ao cabo resumiu o respeito generoso com que os coautores empregaram a machadiana “arte das transições”⁷, traçando diálogos, cruzando ideias, combinando releituras e reconstruções para com a obra da homenageada.

1 Como narra o “Posfácio à revelia”, escrito por Laura Beck Varela.

2 MARTINS-COSTA, Judith. Nota da coordenadora entre prestação de contas e introdução. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Narração e Normatividade. Ensaios de Direito e Literatura*. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. VII.

3 MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação – Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33.

4 MARTINS-COSTA, Judith. Introdução. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 17.

5 Estas as palavras das “Diretrizes e Orientações Editoriais” remetidas a todos os coautores a partir de 2015.

6 MACHADO DE ASSIS. *Memórias Posthumas de Braz Cubas*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., 1938, p. 15.

7 “[...] consistente em unir dois tópicos sem relação aparente mas que, justapostos,

O resultado é este *Direito, Cultura, Método. Leituras da obra de Judith Martins-Costa* – uma publicação prenhe de significados, que variam da capa epigrafada por solitária araucária, passeiam por sua publicação em ano de decenal aniversário do Instituto de Estudos Culturalistas e vazam da tríade de palavras que a encimam, a representar, respectivamente, o “canteiro de obras” da homenageada, seu cabedal de premissas e o escopo e inspiração de toda sua produção.

Tratando-se de leituras diversas, era natural que os vários eixos da sua produção intelectual e muitas das suas inquietudes se refletissem nas páginas que estruturam o presente volume, cujas seções evocam títulos e metáforas familiares a todos os seus leitores.

Tendo por pórtico um emocionado prefácio de Almiro do Couto e Silva (*Judith Martins-Costa, jurista eminente*), abrem-se os trabalhos com uma das razões do desassossego *juditheano*: a função da doutrina e dos modelos hermenêuticos no direito privado (*Doutrina e Hermenêutica: autoridade, modelos, dilemas*). Sem subterfúgios, diagnosticou sua crescente “perda da autoridade”⁸, reinvocando, em contraveneno, a *utilitas* que se lhe deve reconhecer, reforçar e sobretudo empregar: “esclarecer os significados dos modelos jurídicos, elaborar conceitos, orientar sua aplicação, [...] criar modelos doutrinários”⁹. Sob essa inspiração, fazem jus ao seu esforço combativo e reflexivo os estudos de Cláudio Michelin Júnior (*A inferência à melhor explicação e a autoridade da doutrina*), Marcos de Campos Ludwig (*A Escola Civilista Gaúcha e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: modelos doutrinários e uniformização da interpretação da lei*), Maria Claudia Cachapuz (*Configuração e restrição de direitos subjetivos a partir da análise de um modelo de posições jurídicas fundamentais*) e Miguel Reale Júnior (*Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências*).

A segunda seção como que segue os passos de Michel de Montaigne e, de cima do Mont Ventoux, desvela aos olhos do leitor *perspectivas* diversas sobre *Pessoa, Personalidade, Dignidade*¹⁰, que ocuparam Judith Martins-Costa não somente em sua Tese de Livre-Docência¹¹, mas em trabalhos coletivos e em textos avulsos, publica-

oferecem resultado supreendente” (MARTINS-COSTA, Judith. Machado, a sociedade anônima e a modernidade impossível. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Narração e Normatividade. Ensaios de Direito e Literatura*. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 304).

-
- 8 MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação – Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 18.
 - 9 MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação – Autoridade e utilidade da doutrina..., cit., p. 26.
 - 10 A noção de “perspectiva” a partir de Michel de Montaigne e a metáfora de sua escalada ao promontório da montanha da *Provence* é empregada por Judith Martins-Costa em *Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. Cadernos do PPG em Direito UFRGS*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, v. 6, n. 7 e 8, p. 20.
 - 11 MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade (ensaio de uma qualificação)*. Tese de Livre Docência em Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

dos em periódicos jurídicos e médico-obstétricos¹². Seus escritos sobre os diversos ângulos dos direitos da pessoa e da personalidade, sobre a definição do espaço da privacidade e o estatuto jurídico dos sujeitos vulneráveis são objeto dos diálogos propostos por Tula Wesendonck (*A capacidade civil e a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência: desafios da doutrina para além dos institutos tradicionais do Direito Civil brasileiro*), Cristiane Avancini Alves (*Nas teias da personalidade e da linguagem: o necessário diálogo entre a Bioética e o Direito*), José Roberto Goldim (*Consentimento, alteridade e capacidade*) e Márcia Santana Fernandes (*Privacidade, sociedade da informação e Big Data*). Abre esta seção o trabalho de Bartolomé Clavero (*Brasil entre Códigos y Derechos: el reto de la esclavitud*), que rompe o silêncio acerca de um tema tabu, indagando sobre as possíveis relações entre a codificação do Direito Privado e a abundância das práticas escravistas no Brasil contemporâneo.

Em um breve *Intermezzo: Narração e normatividade*, dois autores lembram que o Direito não pode petrificar, e que a literatura bem serve de “espelho de Medusa”, transportando o olhar do intérprete, “permitindo visualizar, compreender, relativizar e preencher a concha do marisco abandonada entre as temporalidades profundas do Direito”¹³. Enlaçando narração e norma, constituintes e constituídas de um mesmo *nomos*¹⁴, os autores que dialogam com diletta temática de Judith Martins-Costa são Felipe Kirchner (*Sujeito e capacidade existencial na narração literário-existencialista de Dostoiévski e Lima Barreto*) e Kathrin Rosenfield (*Reflexões austro-brasileiras sobre Direito e Literatura. Diálogos com a obra de Judith Martins-Costa*), havendo lugar até mesmo para a tradução inédita de um texto de Robert Musil (*Política na Áustria*).

A terceira seção se aventura no *magnum opus* da homenageada, que a consagrou no panorama da civilística brasileira e que, indiscutivelmente, é a principal obra sobre o tema jamais publicada entre nós: *O Princípio da Boa-Fé: critérios para sua aplicação*. Sem descurar de que também o trabalho de doutrina, por vezes, deve variar de um princípio *otimista*, em que a boa-fé mostrava-se como capaz de atuar como *topos* subversivo, de “construção e reconstrução sistemática do direito privado no campo

12 E.g. MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Para uma consulta à lista de suas obras, vide ao final do presente a “Bibliografia” de Judith Martins-Costa.

13 MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o *nomos* (ou os nexos de narrar e normatizar). In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Narração e Normatividade. Ensaios de Direito e Literatura*. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 13. A metáfora da “concha do marisco abandonada” foi apanhada de Walther Rathenau e utilizada, por primeiro, no texto Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

14 Conceito caro a Judith Martins-Costa, colhido de COVER, Robert. *Nomos and narrative*. *Harvard Law Review*, v. 97:4, 1983, em especial p. 5, em que compreende a constituição do “mundo normativo” em que habitamos a partir das narrativas que o preenchem de significados: “Just as the development of increasingly complex responses to the physical attributes of our world begins with birth itself, so does the parallel development of the responses to personal *otherness* that define the normative world”.

das relações obrigacionais”¹⁵, para um olhar dirigido pelo “teste da experiência” e preocupado pela “verdadeira ‘explosão’ do emprego (nem sempre criterioso) da boa-fé”, fazendo necessária a “filtragem”, a “crítica” e o estabelecimento de “critérios dogmáticos”¹⁶; sem descuidar, então, desse movimento que, hoje, há de pender pela coagulação de “critérios para sua aplicação”, e não pela exaltação vazia das potencialidades do princípio, Mariana Pargendler inaugura a seção com uma análise de certas vicissitudes da presunção de boa-fé sob sua face subjetiva (*Alcance e limites da “presunção de boa-fé”: custos probatórios e normas profiláticas no Direito Privado*), e seguem-na Fernanda Mynarski Martins-Costa, que examina a incidência do princípio quando estão em jogo as cláusulas de condição suspensiva (*O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva*), Rafael Xavier, enfocando os “A evolução do *venire contra factum proprium*” nas variações da obra de Judith Martins-Costa (*Momentos do venire contra factum proprium (um diálogo com a obra de Judith Martins-Costa)*), e Humberto Ávila e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, enfrentando a questão da *suppressio*, ainda hoje de tormentosa aplicação (respectivamente, *Suppressio – limitação de direito por exercício tardio: definição e requisitos de aplicação*, e *Suppressio e prescrição: a confiança na estabilidade da situação jurídica subjetiva pode afetar o exercício da pretensão?*). A estes sucedem estudos sobre a boa-fé em campos de aplicação específicos, como os propostos por Arnaldo Wald (*A boa-fé na parceria: causas e consequências do escalonamento*), Karime Costalunga (*O exercício da boa-fé objetiva pelos sócios do separando: a distribuição de lucros prévia à partilha das quotas*) e Ana Paula Oliveira Ávila, que amplia a análise para o âmbito do Direito Público (*Boa-fé e imposição de obrigações pelo Estado: o caso da modulação dos efeitos das leis inconstitucionais*).

A quarta seção revisita a hercúlea tarefa de “limpar as cocheiras de Áugias”¹⁷ e tratar do que pouco é tratado (ou do que bem pouco é bem tratado) em nosso direito: “Dano e Responsabilidade”, a agregar escritos sobre “princípios, diretrizes... e tomates” que tematizam sobre uma diversidade de dimensões sob a casca da “responsabilidade”, estabelecendo correlações com os campos do direito das obrigações e dos direitos reais. A ela pertencem os textos de André Rodrigues Córrea (*Sobre um punhado de tomates, de novo. Uma pequena reflexão sobre um grande caso*), revisitando talvez o mais célebre dos casos tratados por Judith Martins-Costa em sua primeira edição do *Boa-Fé no Direito Privado*; os de Rafael Peteffi da Silva (*Antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual: da amplitude conceitual aos mecanismos de identificação*) e Claudio Scognamiglio (*I danni punitivi e l’ordinamento giuridico italiano attraverso il prisma del principio di effettività della tutela*), em matéria de responsabilidade civil aquiliana; o de Gustavo Haical (*O ius tollendi no Código Civil: primeiras linhas*), entrecruzando a temática de responsabilidade e indenização com o direito de se tolerem, ao invés de

15 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 20.

16 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 9-13.

17 MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. In: SILVEIRA, R. de Mello Jorge et alii (Orgs.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, pp. 289-322.

se indenizarem, certas rei; e o de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*Responsabilidade civil do auditor independente*), a entretecer responsabilidade e direito dos contratos.

Segue-se, por fim, “O Canteiro de Obras: pactos, contratos, práticas negociais, sociedades”¹⁸, espaço em que “cuidadosos artífices e anônimos operários remexem, combinam e estruturam os materiais de que é construída a normatividade”¹⁹; locus “complexo e situado, operando no polimorfo tempo e nos concretos espaços geográficos, muito distantes do inefável céu dos conceitos”²⁰. É prestando respeito a essa ilustrativa metáfora, tanto quanto à construção e à arte da homenageada, que os coautores da quinta seção apresentam leituras de temas por ela versados nos campos do direito obrigacional e do direito societário.

Há textos de Luis Renato Ferreira da Silva (*O conceito de contrato – permanência e função*), Gustavo Tepedino (*Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização*) e José Roberto de Castro Neves (*O comportamento das partes como elemento de integração dos contratos*) sobre conceito e formação dos contratos; há trabalhos de Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke (*Usos e costumes no direito contratual brasileiro ou, sobre a precisão da doutrina face à imprecisão do legislador*), Giovana Cunha Comiran (*Usos comerciais, costumes e práticas das partes: notas para sua distinção*) e Gerson Luiz Carlos Branco (*Efeitos normativos das práticas negociais: atos de autonomia privada ou de heterocomposição?*) sobre o sempre novo tema dos usos e costumes; e há textos de Carla Müller da Rosa (*Os motivos enquanto elemento juridicamente relevante*), Giovanni Ettore Nanni (*A possibilidade de Convenção Tácita da Solidariedade no Direito Obrigacional: análise do artigo 265 do Código Civil*), Cristiano de Sousa Zanetti (*A perda de interesse do credor*), Giovana Valentiniano Benetti (*Omissão dolosa no contrato de seguro*), Teresa Negreiros (*Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas*) e Tércio Sampaio Ferraz Junior (*Teoria da imprevisão e onerosidade excessiva*) sobre temas sobranceiros ao humus da especificidade obrigacional.

Mais centrados nos campos da arbitragem e do direito empresarial situam-se os trabalhos de Francisco Paulo De Crescenzo Marino (*Eficácia da convenção de arbitragem perante terceiros: o caso do terceiro beneficiário*), Jorge Cesa Ferreira da Silva e Luis Felipe Spinelli (*Notas sobre a igualdade no Direito Privado: o exemplo do Direito*

18 Metáfora pescada em Friedrich Müller e adotada por Judith Martins-Costa em variados textos de sua autoria, e.g.: Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95, ao falar do “conturbado canteiro de obras aonde o abuso vem sendo construído como instituto jurídico há mais de um século”; e Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2008, v. 867, pp. 11-51, quando se refere ao “canteiro de obras da jurisprudência”. A pioneira alusão, porém, está em MARTINS-COSTA, Judith. Sobre o princípio da insolidariedade: os cumes das montanhas e os universos submersos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras UFSM*. Santa Maria: UFSM, 2006, n. 32, pp. 147-148.

19 MARTINS-COSTA, Judith. Sobre o princípio da insolidariedade..., cit., pp. 147-148.

20 MARTINS-COSTA, Judith. Sobre o princípio da insolidariedade..., cit., p. 148.

Societário) e Mariana Martins-Costa Ferreira (*Limites à atuação do administrador da companhia em recuperação judicial na negociação do plano: a interfaces entre o Direito Societário e o Direito da Empresa em Crise*).

E encerra essa quinta seção um belo texto de outra civilista unida à nossa homenagem por amizade de longa data, oferecendo uma visão retrospectiva e prospectiva da temática contratual: Véra Jacob de Fradera, com sua *A Teoria Geral dos Contratos após 18 anos de vigência do Código Civil Brasileiro: um retrospecto e algumas previsões para o futuro*.

O final é de agradecimento. *Antidoralia varia* inicia por *Lettera* de Paolo Grossi a Judith Martins-Costa (*Lettera a Judith*), destacando os fios de admiração e amizade que, remotos, uniram-na ao mestre florentino. Traz também texto de quem apresentou Judith Martins-Costa ao mundo jurídico ao prefaciá-la a primeira edição do *Boa-Fé no Direito Privado*, Eros Grau (*Para dizer o belo e o terrível*), e que presente – como que *no belo e no terrível* – em sua despedida da Faculdade de Direito da UFRGS depois de quase 20 anos de docência. É também de agradecimento que fala o trabalho de um grupo de caros alunos de graduação (Erika Donin Dutra, Giacomo Grezzana, Maurício Licks, Gustavo Sanseverino e Guilherme Seibert) quando metaforizam o “desejo pelo mar” provocado pelo sopro da professora (*Dos Alunos à Professora: o desejo pelo mar*), como que embalando as jovens naus para longe, prenhes de ideias, provocadas pelo desafio do imenso e desconhecido oceano. É de agradecimento que também fala a própria professora Judith Martins-Costa (*Da Professora aos Alunos: a obrigação antidoral*), em oração de despedida à Faculdade de Direito que ora vem publicada à revelia da autora, mas indissociável à gratidão dos alunos, e que justifica sua combinada publicação. E é de gratidão que fala o Posfácio de Laura Beck Varela (*Posfácio à revelia*), um posfácio de “*um e de todos*”, e “*de todos por um*”, e que representa a gratidão de ex-alunas e ex-alunos, de orientadas e orientados; de todos os que, tocados pela epifania de sua inspiração e clamando pela *clementia* de uma publicação não autorizada (ou melhor: desautorizada!)²¹, estão em dívida pelo que receberam, e a quem só resta, antidoralmente, retribuir.

Também é com agradecimentos que os organizadores encerram esta Apresentação. Antes, à tolerante espera de todos os coautores que, cedo ou tarde, remeteram seus textos e que os revisaram para a arte-final desta obra. Depois, à Editora GZ e, especialmente, a Guilherme Zincone, que do início ao fim do projeto foi um entusiasmado e entusiasmante apoiador.

Giovana Valentiniano Benetti

André Rodrigues Correa

Márcia Santana Fernandes

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

Mariana Pargendler

Laura Beck Varela

21 “Posfácio à revelia”.

PREFÁCIO

JUDITH MARTINS-COSTA, JURISTA EMINENTE

Almiro do Couto e Silva

In memoriam

Entre as críticas que foram feitas ao Código Beviláqua, talvez a mais consistente delas todas é a de que o monumento legislativo que assumiu dignidade formal na segunda década do século passado era constituído por um conjunto de normas que refletia situações já firmemente consolidadas na sociedade, o que implica dizer que aquele Código atuava mais como um espelho da realidade existente, do que como um farol, um facho forte de luz criadora destinado a iluminar novos caminhos. Com outras palavras, e mais sinteticamente, o que se dizia é que o Código era muito mais uma obra do passado e dirigido à fixação e a projeção do passado no presente e no futuro, do que um instrumento inovador que não se limitasse apenas a manter o que existia, mas que, principalmente e antes de mais nada, buscasse modificar a sociedade, alterando-lhe suas instituições jurídicas no sentido do seu aperfeiçoamento, no vasto e importantíssimo campo do direito privado.

Ressentiu-se a codificação, portanto, de um certo anacronismo. Aliás palavras semelhantes foram ditas a propósito do BGB por GUSTAV BOEHMER, ao observar que o código germânico “em seu sistema, técnica legislativa e estilo, bem como no seu ‘espírito’ político, social e econômico [...] é muito mais um filho do século XIX do que mãe do século XX” (*Einführung in das Bürgerliche Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1965, p. 83), em sintonia, aliás, com o pensamento de FRANZ WIEACKER que via no BGB um fruto e não uma semente do pensamento jurídico (*História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Gulbenkian, 1980, p. 548).

Crítica afinada com essa poderia dirigir-se também ao maior jurista brasileiro do século XX, PONTES DE MIRANDA, e ao seu *Tratado de Direito Privado*, como tive ocasião de observar em estudo que fiz sobre romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro de 1916/1917, a propósito especificamente das cláusulas gerais e da falta de atenção que a elas deu o grande mestre. Então escrevi: “O que hoje com mais facilidade se pode criticar na obra de PONTES DE MIRANDA [...] é a sua concepção mecanicista do direito e o seu positivismo. Isso lhe impediu de avaliar corretamente a importância de algumas cláusulas gerais acolhidas pelo BGB, como, por exemplo, as que se extraem dos parágrafos 157, 162 e 242, relacionados com a boa-fé (*Treu und Glauben*) ou do parágrafo 138, que diz respeito aos bons costumes, censura que, em primeiro lugar se deverá fazer ao autor do projeto do nosso Código Civil e aos que colaboraram na elaboração do texto definitivo. São essas cláusulas gerais que impedem que os códigos envelheçam prematuramente, pois são elas as portas abertas para a ética social, os canais pelos quais penetram no direito as mudanças culturais e

econômicas, os delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações do meio a que se aplicam” (*Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 498).

Sobre esses temas a doutrina nacional ficou em silêncio, só quebrado no início da segunda metade do século passado com a obra pioneira de Clóvis V. do Couto e Silva a *Obrigação como Processo*, tese de concurso para Professor Titular de Direito Civil, realizado em 1964. Judith Martins-Costa foi aluna de Clóvis no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E foi nessa condição de discípula destacada que escreveu sua obra sobre *A Boa-Fé no Direito Privado- sistema e tópica no processo obrigacional*, logo transformada em tese para a obtenção do título de doutor, por ela obtido, na Faculdade de Direito da USP, no largo de São Francisco, em São Paulo.

Trata-se, sem dúvida, da primeira e creio que até hoje da melhor publicação verdadeiramente importante da pesquisa jurídica brasileira sobre matéria que, embora tivesse suas bases e seus lineamentos gerais estabelecidos pelos escritos de Clóvis V. do Couto e Silva, necessitava ainda que fosse analisada em trabalho monográfico de maior extensão e profundidade, carências que foram amplamente supridas pela tese da Doutora Judith Hofmeister Martins-Costa. A obra logo ocupou a posição de um clássico, na galeria dos sucessos da produção jurídica nacional, tais os aplausos com que foi merecidamente recebida.

O que desde logo chama a atenção nesse trabalho é o seu rigor estrutural – o *ostinato rigore* de Leonardo da Vinci – a ordem lógica em que os assuntos são versados, num encadeamento de admirável coerência e tudo isso elaborado e construído com o apuro da linguagem, sempre clara e elegante. Judith escreve bem porque pensa bem.

A simples leitura dos títulos das três partes que compõem o livro é um convite à viagem do espírito a regiões até então inexploradas por nossos civilistas, como é fácil de verificar e difícil de resistir à curiosidade de investigar, com a autora, os vários subitens desses três blocos em que o todo foi organizado. Assim, nesse passeio intelectual, já à entrada, na Primeira Parte, a autora nos explica como se deu a construção da ideia de sistema jurídico, passando “dos conjuntos ao sistema”, ao “sistema, razão e ciência” e daí “à codificação, espelho e metáfora do sistema fechado”. Tudo isso em contraste com “o sistema aberto e a cláusula geral da boa fé”, que é o título da Segunda Parte, na qual se estuda a questão das cláusulas gerais, distinguindo-as de outros conceitos que lhes são próximos, como os “conceitos jurídicos indeterminados” e “os princípios jurídicos”, até chegar à conclusão parcial da “conjugação entre o pensamento tópico e o sistemático: o ‘novo pensamento sistemático’”. Por fim, na Terceira Parte é examinada a “boa-fé e o direito das obrigações”, na qual, entre outros pontos, se dá especial relevo “à concepção dinâmica da relação obrigacional”, “à boa-fé objetiva como *topos* subversivo do direito obrigacional”, “à boa-fé e a criação de deveres jurídicos” e “à boa-fé e a responsabilidade pré-negocial: o preço da confiança iludida”

Hoje Judith Martins-Costa é uma jurista que tem o irrestrito reconhecimento da comunidade jurídica nacional e estrangeira. Do direito, que é como o deus Jano, com suas duas faces, tem ela o domínio do direito privado e do direito público, como professora que foi, quanto a este último, de Direito Administrativo e em razão também de sua atividade como Auditora frequentemente chamada a exercer a função

de Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Quanto à civilista, embora já não docente na UFRGS, sua atividade é constante, como revelam as publicações de suas obras nesse setor da ciência jurídica, seus artigos sempre instigantes e os inúmeros Pareceres que nessa área tem elaborado.

Têm peculiar realce, nesse contexto, seus *Comentários ao Novo Código Civil* brasileiro, no vol. V, da coleção coordenada pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, da Editora Forense, versando os arts. 304 a 388, que tratam do Direito das Obrigações, especificamente do adimplemento e da extinção das obrigações, publicados em 2003; a *Reconstrução do Direito Privado – Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado* (RT, 2002) e *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil* (Saraiva, 2002), (em co-autoria com Gerson Branco).

Judith Martins-Costa pertence à quarta geração de uma família ilustre do Rio Grande do Sul, assinalada, sobretudo, pela vocação jurídica. Não é obviamente porque todos os seus membros fossem ou sejam advogados. Isso seria impossível. Mas, de qualquer modo é nítida a predominância dos advogados e juristas na família Martins-Costa. É algo semelhante ao que se dizia na Alemanha que os Fugger eram banqueiros e que os Bach eram músicos: os Martins-Costa são advogados e juristas.

Na geração do meu pai talvez a mais prestigiada banca de advocacia do Rio Grande do Sul com atuação na área do Direito Privado fosse a dos Martins-Costa, liderada por dois irmãos, os Professores Camillo Martins-Costa, Professor de Direito Constitucional na PUC gaúcha, e o Professor José Luiz de Almeida Martins-Costa, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pai do Professor, também de Direito Civil da mesma Universidade, Antônio Martins-Costa, de quem Judith Martins-Costa é filha. O Professor José Luiz, conhecido em todo o Rio Grande do Sul com o carinhoso apelido de Zeca Martins-Costa, foi meu mestre na Faculdade, na disciplina de Obrigações. Ele impressionava pela clareza da exposição em que juntava os aspectos teóricos do Direito, de que se nutria pelo amplo domínio da doutrina francesa, com sua rica experiência de advogado habilidoso e experiente, de integral honradez e no qual seus clientes tinham a mais absoluta confiança.

Um dos grandes amigos que tive na vida foi Celso Inácio de Almeida Martins-Costa, filho do Professor Zeca, irmão de Antônio e tio de Judith, advogado talentoso e combativo como quase todos da mesma estirpe e, também ele, como seu pai e seu avô, professor de Direito Civil, tendo exercido por muitos anos o magistério dessa disciplina na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Celso foi meu colega de trabalho na Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul, até sua morte numa idade em que deveria ser proibido morrer: muito moço ainda, pouco além dos cinquenta anos, com a cabeça e a alma cheia de projetos.

Essas fortes ligações sentimentais e de admiração intelectual com os Martins-Costa levou-me a prestar atenção especial à carreira de Judith, de aluna aplicada, e depois de servidora pública exemplar, na Procuradoria Geral do Estado e no Tribunal de Contas do Estado. Concluída a graduação em Direito, ingressou no corpo docente da UFRGS e, após, no Curso de Mestrado da mesma Faculdade, que Clóvis fundara e fazia funcionar com a estreita colaboração dos alunos, onde Judith Martins-Costa e também Véra Fradera desempenharam papel de grande importância. O Curso de Pós-Graduação em Mestrado abriu as portas da Faculdade aos ventos de todas as

tendências no campo da cultura jurídica, iniciando uma fase de intenso intercâmbio de professores das universidades mais famosas do mundo, como a Sorbonne, a de Heidelberg, as de Florença, Veneza, Roma, a de Coimbra, a de Harvard – entre tantas outras, muitas delas da América do Sul, como a de Buenos Aires e Rosário, na Argentina e a de Montevideú, no Uruguai. Foi nesse ambiente e respirando esse ar de efervescência cultural é que se estruturou a vocação jurídica da Professora Judith Martins-Costa, hoje plenamente amadurecida, como evidencia a obra já realizada que a consagra como exímia jurista no total manejo dos seus dotes de talento e erudição, na comprovação do altíssimo nível de excelência a que atingiram os bons juristas brasileiros.

Porto Alegre, Santa Teresa, Março de 2016.