



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL de LONDRINA

---

EDNEY ALESSANDRO PORTALUPPI

**VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA: NOVAS PERSPECTIVAS  
À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE**

---

Londrina  
2015

EDNEY ALESSANDRO PORTALUPPI

**VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA: NOVAS PERSPECTIVAS  
À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Direito Negocial, na Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Relações Negociais no Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi.

Londrina  
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Portaluppi, Edney Alessadro .

Violação à boa-fé objetiva : novas perspectivas à luz da dignidade humana e da solidariedade / Edney Alessadro Portaluppi. - Londrina, 2015.  
126 f. : il.

Orientador: Roberto Wagner Marquesi.

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Boa-fé - Tese. 2. Contratos - Tese. 3. Obrigações - Tese. I. Marquesi, Roberto Wagner. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

EDNEY ALESSANDRO PORTALUPPI

**VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA: NOVAS PERSPECTIVAS À LUZ  
DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do programa de Pós-graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Direito Negocial, na Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: Relações Negociais no Direito Privado.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Profa. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do  
Amaral  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Alberto Paulo Neto  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná –  
PUC

Londrina, 01 de dezembro de 2015.

Dedico este trabalho à minha venerável família que sempre esteve ao meu lado nos momentos de inspiração e desespero, pois sem ela essa pesquisa e muitos dos meus sonhos não se realizariam.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço,

Primeiramente a Deus, meu confidente Supremo, Divino, Milagroso.

A minha mamãe, que me ensinou a ter fé e me fez enveredar os caminhos da sabedoria, da bondade e da justiça. Saudades...

A minha encantadora Vanessa, sinônimo de beleza e dignidade, a quem desfruto de amor eterno, pela confiança, coragem, incentivo, e paciência nas infinitas noites de estudos em que estive ausente para atingir este objetivo.

Ao meu precioso Elmer, Irmão, amigo, companheiro, que sempre esteve comigo e me apoiou, por quem compartilho inteligência e alegria. Devoto de meu carinho, admiração e respeito, hoje e sempre.

A minha estimada Elyne, Irmã zelosa, carinhosa e verdadeira, sempre ao meu lado quando mais preciso. Pessoa a quem guardo imensa gratidão na vida.

Ao meu Caro Orientador Roberto Wagner Marquesi, pela ajuda, compreensão e correção dos meus erros. Professor Amigo, confidente, alegre e muito sábio. Tive sorte por desfrutar um pouco do seu conhecimento.

A toda Turma, Professores e funcionários do Curso de Mestrado em Direito Negocial dessa Universidade Estadual de Londrina, que além da amizade, a qual se perpetuará, me proporcionaram momentos de sublime conhecimento e diversão.

A todos os meus verdadeiros amigos que souberam esperar e acreditar que isto seria possível.

Enfim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização desse sonho.

Meu muito obrigado!

“O reconhecimento do caráter comunicativo do agir humano evidencia que cada comportamento individual desperta expectativas e esperanças, que um direito, livre do formalismo e do individualismo voluntário, não pode deixar de tutelar. A consideração pelo outro impõe, que se tutele o confiar, o ater-se ao que está fora de si, o aderir ao sentido objetivo dos comportamentos alheios.” (SCHREIBER, 2005a, p. 271).

PORTALUPPI, Edney Alessandro. **Violação à Boa-Fé Objetiva: Novas Perspectivas à Luz da Dignidade Humana e da Solidariedade.** 2015. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2015.

## RESUMO

A relação negocial privada não se baseia mais na exclusividade da clássica regra de que o “contrato faz lei entre as partes”, rica em individualismo e restrita aos termos pactuados, situação que oferecia desamparo à pessoa e ineficácia de justiça. Atualmente, o sistema jurídico tornou-se aberto para reconhecer os valores existenciais conquistados pela humanidade - transmutou-se racionalmente do dever moral para o dever jurídico - expressos por meio dos princípios de direito. Nesse âmbito, o princípio da boa-fé objetiva se destaca como o modelo de conduta correta e leal no cumprimento do negócio jurídico, mas sua aplicação, por encontrar-se num plano abstrato, causa dúvidas aos estudiosos do direito, os quais não conseguem estabelecer um padrão em sua delimitação, com interpretações amiúde equivocadas e controversas, trazidas tanto pela jurisprudência como pela doutrina. Diante disso, a sociedade jurídica necessita descobrir qual é o momento da violação à boa-fé objetiva na relação negocial, como forma de contribuir para um mundo melhor, mais digno, justo e igual. Logo, a pesquisa demonstra que basta o desvio do padrão universal de conduta por um dos contratantes para ocorrer o momento dessa violação, cuja proposta tem como parâmetros à liberdade contratual os princípios da dignidade humana e da solidariedade social. Nessa reflexão, apresentam-se novas perspectivas quanto à influência da boa-fé objetiva no direito negocial. A primeira, busca na noção de fé a origem da objetividade da boa-fé, ante a evolução da racionalidade humana. A segunda, revela uma diferente classificação da violação positiva do contrato, a qual desconsidera seu enquadramento como uma espécie de inadimplemento da obrigação (isto é, o não cumprimento do contrato), para erigi-la a uma forma de “mau cumprimento do contrato”. E, por derradeiro, conclui-se pela natureza extracontratual dessa violação, cuja consequência está na possibilidade de configuração de um novo dano merecedor de tutela na responsabilidade civil contemporânea.

**Palavras-chave:** Direito negocial. Boa-fé objetiva. Violação positiva do contrato. Inadimplemento da obrigação. Dignidade humana.

PORTALUPPI, Edney Alessandro. **Violates of objective good faith: new perspectives for light human dignity and solidarity.** 2015. 126p. Master dissertation (Master's degree in Negotial Law) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2015.

## ABSTRACT

The private business relationship is no longer based in the exclusivity upon the classic rule by which “the contract is the law between the parties”, full embedded in individualism and restricted to the terms of agreement – situation that caused helplessness and inefficiency of justice. Nowadays, the legal system has become more open to recognize the existential values conquered by humankind – it has rationally transmuted from a moral duty to a legal duty – expressed by principles of law. In such context, the principle of utmost objective good faith stands as model of fair conduct on the fulfillment of legal business, but its application, because abstract, is doubtful to the law scholars, who is unable to establish a pattern on its limitation, with often misleading and controversial interpretations, by both the courts and the doctrine. Therefore, the legal society has to discover which is the precise moment of the utmost good faith's violation on the business relationship, as a means to contribute to a better, more dignified, just and equal world. Thus, this research, that proves such violation can occur due to the mere deviation by one of the contractors from de universal standard of conduct, consists on a proposition that employs the contractual freedom and the principles of human dignity and social solidarity as its parameters. Upon such reflection, there are presented new perspectives regarding the influence of the utmost good faith on business law. The first one seeks the origin of good faith objectiveness on the notion of faith itself, considered the evolution human rationality. The second one reveals a different classification of the positive violation of contract, which disregards its framework as a mere noncompliance of the obligation (ie, not contractual fulfillment), in order to considerer it a “bad contractual fulfillment”. Lastly, this research concludes that such violation has a extracontractual nature, the consequence of which is the possible configuration of a new type of damage worthy of protective on contemporary civil liability bases.

**Keywords:** Business law. Objective good faith. Positive violation of contract. Noncompliance of the obligation. Human dignity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I – NOÇÕES SOBRE A FÉ E SUA CONFORMAÇÃO NA SISTEMÁTICA DO DIREITO</b> .....	15
1 FÉ, O QUE É? .....	15
1.1 Perfil religioso da fé .....	15
1.2 Principais vertentes filosóficas sobre a fé .....	20
2 CONSIDERAÇÕES DA FÉ PARA O DIREITO .....	26
2.1 Breves apontamentos sobre a definição de obrigação e sua relação com os princípios jurídicos .....	28
2.2 Reflexões sobre a sistemática aplicada: do sistema ao método.....	32
2.3 As cláusulas gerais e o seu propósito.....	36
2.4 A insurreição do princípio da autonomia da vontade no direito das obrigações .....	38
2.5 Da fé pública: uma presunção de veracidade .....	41
<b>CAPÍTULO II – FORMATAÇÃO DA BOA-FÉ E ORGANIZAÇÃO DOS SEUS DESDOBRAMENTOS</b> .....	45
1 FUNDAMENTOS SOBRE A BOA-FÉ .....	45
1.1 O Princípio da boa-fé: origem, evolução e sua relação com a confiança.....	45
1.2 Dualidade entre boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.....	48
1.3 Aparição da boa-fé objetiva no direito brasileiro .....	51
1.4 Das funções da boa-fé objetiva.....	54
1.4.1 Função de interpretação da boa-fé objetiva.....	54
1.4.2 Função de controle da boa-fé objetiva .....	56
1.4.3 Função de integração da boa-fé objetiva .....	59
2 DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA .....	62
2.1 <i>Supressio e Surrectio</i> .....	63

2.2	<i>Tu quoque</i> .....	66
2.3	<i>Exceptio Doli</i> .....	68
2.4	<i>Venire contra factum proprium non potest</i> .....	70
2.5	<i>Duty to mitigate the loss</i> .....	73
CAPÍTULO III - DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO.....		76
1	NATUREZA E EFEITOS DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO.....	76
1.1	Momento e caracterização da violação positiva do contrato.....	76
1.2	Amplitude dos efeitos da violação positiva do contrato nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.....	80
1.2.1	A violação positiva do contrato na fase pré-contratual.....	81
1.2.2	A violação positiva do contrato na fase contratual.....	85
1.2.3	A violação positiva do contrato na fase pós-contratual.....	88
2	PONDERAÇÕES A LIMITAÇÃO DE CONTRATAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE.....	90
2.1	A violação da boa-fé objetiva na relação interna do contrato: ofensa à dignidade humana.....	93
2.2	A violação da boa-fé objetiva na relação externa do contrato: ofensa à solidariedade social.....	96
2.3	Assentamento final sobre a delimitação do campo de atuação da boa-fé objetiva em relação à função social do contrato no negócio jurídico.....	97
3 –	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO.....	99
3.1	A natureza dos deveres laterais.....	99

3.2	Violação da boa-fé objetiva: possibilidade de classificação como um novo dano.....	102
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>109</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>114</b>
	<b>REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.....</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

A boa-fé parece ser mesmo um enigma para o direito, até porque se insere num plano abstrato e axiológico. Por isso, sua aplicação e delimitação muitas vezes confundem principalmente aqueles que convivem com os negócios jurídicos, somadas as decisões contraditórias que se espalham na doutrina e na jurisprudência, sem que se expresse um modelo a ser seguido por todos, a perfazer uma constante sensação de injustiça e desvalorização da pessoa.

À vista disso, a sociedade clama por estabelecer um comportamento que seja juridicamente correto e mais justo no âmbito do direito negocial. É nesse cenário do agir humano (da razão humana) que os princípios jurídicos se tornam necessários para resolverem os problemas dos casos concretos que surgem a cada dia.

Dentre os princípios jurídicos, é a boa-fé objetiva que parece cumprir essa função de interpretação, integração e controle na relação negocial, atuando como paradigma de regra de conduta correta e leal a ser observada no cumprimento do negócio jurídico.

Presente em todas as negociações da atualidade, a boa-fé objetiva se manifesta em deveres laterais ou anexos à prestação da obrigação principal, mas se não for observado esse modelo de conduta emanada pela confiança depositada no pacto, ainda que haja o cumprimento da prestação da obrigação principal, ocorrerá uma violação desse princípio e poderá configurar um prejuízo merecedor de tutela que acarretará responsabilidade ao infrator.

Então, qual seria o momento em que acontece a violação da boa-fé objetiva no negócio jurídico? Responder a essa indagação é delimitar sua aplicação nas relações negociais privadas.

Portanto, este estudo se propõe ao estudo da boa-fé objetiva, sobretudo demonstrar o momento em que ocorre a sua violação na relação negocial, cujos parâmetros delimitativos se mostram nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social.

Para tanto, novas perspectivas serão desenvolvidas à luz desses parâmetros, especialmente em relação à influência da boa-fé objetiva no direito negocial, cuja evolução se apresentará nos quatro capítulos que estruturam essa

pesquisa, isto é, uma noção sobre a fé e sua relação com a origem da objetividade da boa-fé; uma nova classificação da violação positiva do contrato; e, a consideração da natureza extracontratual da violação à boa-fé objetiva, que possibilitará como consequência a configuração de um novo dano na responsabilidade civil contemporânea.

De início, buscar-se-á na noção de fé as origens da objetividade da boa-fé, cuja relação tem importância para se compreender as ações (condutas) humanas quando orientadas pela subjetividade ou objetividade, para se determinar a universalidade requisitada pela boa-fé objetiva, ou seja, um Dever obrigatório de agir corretamente.

Por esse motivo pautou-se em três vertentes do conhecimento: a religião, a filosofia e o direito. Nesse desenvolvimento terá ênfase a evolução da racionalidade humana, em que se perquirirá uma relação entre a fé e a razão, cujos embasamentos teóricos terão como substância as Cartas Encíclicas Papais, os pensamentos de Santo Agostinho, Tomás de Aquino e Kant.

Apontamentos sobre a transmutação dos valores morais para regras jurídicas serão apresentados, e, a partir daí, surgirá o desafio de reconhecer valores morais como normas jurídicas, que, na evolução da sociedade, será reestruturado em um novo sistema normativo e atual. Para esse fim, será analisado os enfoques jusnaturalista, positivista e pós-positivista para justificar o conteúdo normativo dos princípios, entre os quais o da boa-fé objetiva.

Essa pesquisa terá por base o reconhecimento e aceitação dos princípios no ordenamento jurídico, pautando-se por um sistema aberto de aplicação normativa das cláusulas gerais, como sendo a forma mais justa de se solucionar o caso concreto, cuja influência se deu pelo pensamento de Viehweg.

Um questionamento sobre a mitigação da vontade das partes na negociação será efetuada, devido à influência dos valores maiores atrelados à pessoa e à coletividade, até porque é nesse contexto que se encontra a liberdade de contratação.

Também será mencionado quem são os detentores do título “dignos de fé” capazes de instrumentalizar a presunção de veracidade na aplicação da boa-fé, como meio de trazer segurança e proteção ao convívio social.

Em seguida, ainda sem adentrar na violação da boa-fé, imprescindível se faz investigar a origem e a evolução da boa-fé em si, ressaltando-se sua relação com a

confiança, e a possibilidade da sua dualidade em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Especificamente, quanto à boa-fé objetiva, será formatado o padrão de conduta a ser seguido pelos contratantes, destacando-se suas funções no ordenamento jurídico, bem como divulgando seus desdobramentos nos fenômenos da *Supressio*, *Surrectio*, *Tu quoque*, *Exceptio Doli*, *Venire contra factum proprium non potest* e *Duty to mitigate the loss*.

No âmbito da violação à boa-fé objetiva, será analisada a diferença entre a violação positiva do contrato e a violação negativa do contrato, bem como seus efeitos nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Além dos aprofundamentos teóricos, serão apresentadas situações práticas e atuais decididas pelos nossos principais tribunais superiores, elementos necessários à formação de uma correta aplicação desse fenômeno jurídico, ainda mal compreendido no universo do direito negocial.

E, justamente no campo da materialização da violação à boa-fé objetiva que se discutirá sobre a manifestação dos deveres de conduta dos contratantes - deveres laterais ao cumprimento da obrigação principal -, porquanto o seu descumprimento acarretará o inadimplemento contratual.

Dessa discussão surgirá a possibilidade uma nova classificação no direito, não mais como uma terceira espécie de inadimplemento das obrigações (o não cumprimento do contrato), mas agora como o “mau cumprimento do contrato”, que independe da obrigação principal ser executada ou não.

Após, os três princípios jurídicos, boa-fé objetiva, dignidade humana e solidariedade, serão confrontados na relação contratual, como meio de se estabelecer uma tutela interna e externa na negociação, para se evitar condutas que prejudiquem os contratantes, os terceiros que não participaram do negócio, e até os interesses metaindividuais.

No final, será examinado o dano causado pelo desrespeito à boa-fé objetiva, inclusive, se possui natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Na esfera do dano extrapatrimonial será discutida a possibilidade do reconhecimento de novos danos, como já verificado pela jurisprudência italiana na prolação da Sentença nº 500/99 da Corte de Cassação, com o fim de se acolher o reconhecimento da violação da boa-fé objetiva como um novo dano no campo da responsabilidade civil atual.

Quanto à metodologia, adota-se como modalidade de pesquisa o método dedutivo, com abordagem na hermenêutica jurídica de tendência pós-positivista. Os procedimentos metodológicos tem por base a análise documental. E a coleta de dados utiliza a técnica de levantamento de informações pertinentes ao tema, por meio de pesquisa bibliográfica, para saber como os doutrinadores e os nossos tribunais têm se posicionado sobre o assunto, e, ainda, por pesquisa de análise documental, ante a exigência de busca de material escrito, inclusive em meio digital.

Os resultados alcançados visam uma nova abordagem, com aplicação de um raciocínio prático na contribuição de um modelo que se torne um paradigma a ser seguido na interpretação dos casos concretos apresentados ao operador do direito e às próprias partes no momento da negociação contratual, como forma de diminuir as desavenças e injustiças ainda presentes por desconhecimento sobre a violação à boa-fé objetiva.

# **CAPÍTULO I**

## **NOÇÕES SOBRE A FÉ E SUA CONFORMAÇÃO NA SISTEMÁTICA DO DIREITO**

### **1 FÉ, O QUE É?**

Para um primeiro contato com a boa-fé imprescindível a análise de alguns conceitos que irão orientar a sua aplicação dentro do direito negocial. Por isso, a princípio, faz-se uma investigação sobre o que seja a fé, pois esta é a essência do fundamento da própria boa-fé, tendo em vista que sua órbita está num plano axiológico do ordenamento, o que requer uma pretensão de se evitar uma possível banalização de sua utilidade.

Então, é nessa perspectiva de entender a fé em si, por um perfil religioso, pelas principais vertentes filosóficas e por suas considerações para o direito, que se apresenta este capítulo, sempre alicerçado na instigante relação entre fé e razão (humana) com o objetivo de desenvolver o melhor raciocínio dentro de uma metodologia que guiará toda essa pesquisa.

Nesse cenário, as expressões: fé, razão, conhecimento, vontade, autonomia, confiança, valores morais e princípios serão colocados à prova, num exercício de compreensão em determinar as ações humanas, a tal ponto de despertar um raciocínio sistêmico apto a dar universalidade à boa-fé objetiva.

#### **1.1 Perfil religioso da fé**

A fé, neste momento, será estudada numa vertente religiosa, mas sem pactuar necessariamente com nenhuma religião, pois o propósito em se desvendar uma definição para a fé (como uma doutrina em si mesma) é fundamental para nortear toda objetividade a ser apontada futuramente na boa-fé.

Constata-se que a Bíblia Sagrada<sup>1</sup>, no Novo Testamento, a “Epístola (de São Paulo) aos Hebreus” traz a seguinte definição para a fé: “Ora, a fé é o firme

---

<sup>1</sup> A Bíblia Sagrada adotada como fonte de referência para esta pesquisa foi a “BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora,

fundamento das coisas que se esperam, e a prova das coisas que se não vêm (sic)” (HEBREUS, 11, 1).

Por isso, no enfoque do Catolicismo<sup>2</sup>, tendo como bases de referências as Cartas Encíclicas<sup>3</sup> *Fides et Ratio*<sup>4</sup> – escrita pelo Papa João Paulo II -, e *Lumen Fidei*<sup>5</sup> – escrita pelo atual Papa Francisco, a fé pode ser entendida como um mistério de ordem sobrenatural, de caráter universal, que complementa a razão em busca de uma verdade a ser revelada com o tempo<sup>6</sup>. Não há um conceito expresso, mas a fé ilustra o reconhecimento da salvação do indivíduo pela revelação de “Deus”<sup>7</sup>.

Além disso, na Encíclica *Lumen Fidei* há nítida referência da fé como uma luz que ilumina as relações humanas e amplia os horizontes para transformar o mundo num bem comum, tendo como sustentáculo uma comunhão de pessoas (nós)<sup>8</sup> que se tornam uma (numa unidade), na qual a crença insere-se num diálogo, e por isso

2008”, pelo fato de um padrinho haver me presenteado com um exemplar há alguns anos em virtude de meu matrimônio, daí porque, tenho-me utilizado desse livro sagrado em minhas orações, independentemente de qualquer religião adotada.

<sup>2</sup> A expressão “Catolicismo” é aqui utilizada como o conjunto de dogmas aceitos pela religião da Igreja Católica Apostólica Romana.

<sup>3</sup> Este estudo é uma produção científica puramente acadêmica, sem qualquer preferência religiosa, referindo-se aqui, apenas em função do conhecimento, certas autoridades religiosas, entre elas: os Papas João Paulo II e Francisco – Chefes do Estado do Vaticano e Líderes da Igreja Católica -, pela influência da publicação de suas Cartas Encíclicas *Fides et Ratio* e *Lumen Fidei*, respectivamente.

<sup>4</sup> Cf. JOÃO PAULO II. **Carta encíclica *Fides et ratio***: aos bispos da Igreja Católica sobre as relações entre fé e razão. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1998. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_15101998\\_fides-et-ratio\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_15101998_fides-et-ratio_po.html)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

<sup>5</sup> Cf. FRANCISCO. **Carta encíclica *Lumen fidei***: aos bispos, aos presbíteros e aos diáconos, às pessoas consagradas e a todos os fiéis leigos sobre a fé. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2013. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20130629\\_enciclica-lumen-fidei.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

<sup>6</sup> Conforme afirmou o Papa João Paulo II: “assim, a fé saberá ‘mostrar plenamente o caminho a uma razão em busca sincera da verdade. Deste modo a fé, dom de Deus, apesar de não se basear na razão, decerto não pode existir sem ela; ao mesmo tempo, surge a necessidade de que a razão se fortifique na fé, para descobrir os horizontes aos quais, sozinha, não poderia chegar’ [...] A minha preocupação é pôr em destaque o dever de não se ficar pelo caso isolado e concreto, descuidando assim a tarefa primária que é manifestar o carácter (sic) universal do conteúdo de fé” (JOÃO PAULO II, 1998, nº 67).

<sup>7</sup> Nesse sentido: “A fé, que se fundamenta no testemunho de Deus e conta com a ajuda sobrenatural da graça, pertence efectivamente (sic) a uma ordem de conhecimento diversa do conhecimento filosófico. De facto (sic), este assenta sobre a percepção dos sentidos, sobre a experiência, e move-se apenas com a luz do intelecto. A filosofia e as ciências situam-se na ordem da razão natural, enquanto a fé, iluminada e guiada pelo Espírito, reconhece na mensagem da salvação a ‘plenitude de graça e de verdade’ (cf. Jo 1, 14) que Deus quis revelar na história, de maneira definitiva, por meio do seu Filho Jesus Cristo (cf. 1 Jo 5, 9; Jo 5, 31-32)” (JOÃO PAULO II, 1998, nº 09). As citações incluídas pelo autor elencadas como “Jo” são referências ao Evangelho Segundo João escritos na Bíblia Sagrada.

<sup>8</sup> Como escreveu o Papa Francisco: “É impossível crer sozinhos. A fé não é só uma opção individual que se realiza na interioridade do crente, não é uma relação isolada entre o ‘eu’ do fiel e o ‘Tu’ divino, entre o sujeito autónomo e Deus; mas, por sua natureza, abre-se ao ‘nós’ [...]” (FRANCISCO, Carta encíclica *Lumen fidei*, 2013, p. 53).

não pode ser considerada uma simples confissão isolada nascida no interior de cada indivíduo. Nessa relação de unidade encontra-se a figura do “Pai, Filho e o Espírito Santo”, cujo caminho é a salvação de todas as pessoas que creem (FRANCISCO, Carta encíclica *Lumen fidei*, 2013, p. 54).

Relata, ainda, “quem acredita, vê; vê com uma luz que ilumina todo o percurso da estrada [...]” (FRANCISCO, Carta encíclica *Lumen fidei*, 2013, p. 03-04), numa inferência ao escrito no Evangelho Segundo João: “Disse-lhe Jesus: Não te hei dito que, se creres, verás a glória de Deus?” (JOÃO, 11, 40), e na Primeira Epístola do mesmo Apóstolo João: “O que era desde o princípio, o que ouvimos o que vimos com nossos olhos, o que temos contemplado, e as nossas mãos tocaram da Palavra da vida” (1 JOÃO, 1, 1), momento em que o Apóstolo João trata do conhecimento da fé pela associação ao que ouvimos, vimos e tocamos proveniente de algo divino (um “Deus fiel”) para se alcançar a salvação (FRANCISCO, Carta encíclica *Lumen fidei*, 2013, p. 39-40). Percebe-se, dessa interpretação do Evangelho de João, que para acreditar deve haver uma simultaneidade entre o ouvir, o ver e o tocar em algo sobrenatural concreto<sup>9</sup> para se chegar à compreensão completa da realidade<sup>10</sup>.

Então, conforme claramente expõem as Cartas Encíclicas *Fides et Ratio*<sup>11</sup> e *Lumen Fidei*<sup>12</sup>, a fé caminha junto com a razão, mas com ela não se confunde, pois como bem explicou o Papa João Paulo II: “A fé, segundo o Antigo Testamento, liberta a razão, na medida em que lhe permite alcançar coerentemente o seu objecto

<sup>9</sup> Esse “algo sobrenatural concreto” pode ser entendido “a partir da pessoa concreta de Jesus, que Se vê e escuta. Ele é a Palavra que Se fez carne e cuja glória contemplámos (sic) (cf. Jo 1, 14). A luz da fé é a luz de um Rosto, no qual se vê o Pai. De facto (sic), no quarto Evangelho, a verdade que a fé apreende é a manifestação do Pai no Filho, na sua carne e nas suas obras terrenas; verdade essa, que se pode definir como a ‘vida luminosa’ de Jesus [...]” (FRANCISCO, Carta encíclica *Lumen fidei*, 2013, p. 39).

<sup>10</sup> Do contrário, sem tais “órgãos do conhecimento da fé” (ver, ouvir e tocar algo divino), “disporíamos apenas de fragmentos isolados de um todo desconhecido” (FRANCISCO, Carta encíclica *Lumen fidei*, 2013, p. 38).

<sup>11</sup> Cf. JOÃO PAULO II. **Carta encíclica Fides et ratio**: aos bispos da Igreja Católica sobre as relações entre fé e razão. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1998. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_15101998\\_fides-et-ratio\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_15101998_fides-et-ratio_po.html)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

<sup>12</sup> Cf. FRANCISCO. **Carta encíclica Lumen fidei**: aos bispos, aos presbíteros e aos diáconos, às pessoas consagradas e a todos os fiéis leigos sobre a fé. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2013. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20130629\\_enciclica-lumen-fidei.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

(sic) de conhecimento e situá-lo naquela ordem suprema onde tudo adquire sentido<sup>13</sup>” (JOÃO PAULO II, 1998, nº 09).

Todavia, esse confronto entre a fé e a razão já persistia desde o Século I, quando o Apóstolo Paulo fez seu discurso no Areópago<sup>14</sup> de Atenas anunciando o Deus que alguns “filósofos epicureus<sup>15</sup> e estóicos<sup>16</sup>” honravam sem conhecer<sup>17</sup> (ABRÃO, 1999, p. 93-94).

Todavia, “é consenso, depois de debates mais ou menos intensos, que a teologia é um saber, cuja racionalidade depende da experiência da fé, no âmbito da tradição de uma comunidade de pertença” (SUSIN, 2006, p. 557).

Além disso, a noção de fé para a teologia<sup>18</sup> não é uniforme. Segundo Guilherme Vilela Ribeiro de Carvalho (2006, p. 87-88), explica que James Kellenberger<sup>19</sup> estudou três modelos de fé que se contradizem, mas que possuem um elemento comum e unificador que é a confiança, as quais podem ser assim descritas: 1) a fé bíblica, aquela com fundamento na certeza da crença descrita na Bíblia; 2) a fé existencial, em que o ato de crer é uma decisão pessoal e por isso

<sup>13</sup> Assim, “em resumo, pela razão o homem alcança a verdade, porque, iluminado pela fé, descobre o sentido profundo de tudo e, particularmente, da própria existência” (JOÃO PAULO II, 1998, nº 09).

<sup>14</sup> “Areópago significa literalmente o monte de Marte ou de Ares. Estava situado num cimo rochoso de Atenas, em frente da Acrópole. O sítio é memorável pelo fato de ali reunir-se o Senado do Areópago, a mais antiga e venerável das academias de Atenas. Os areopagitas sentavam-se como juízes, ao ar livre, em bancos de pedra, escavados na rocha” (BÍBLIA. Português. **Bíbliaonline.net**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.net/dicionario/?acao=pesquisar&procurar=are%F3pago&exata=on&link=bol&lang=pt-BR>>. Acesso aos 16 mar. 2015).

<sup>15</sup> Os epicureus, “citados em primeiro lugar, são os discípulos do filósofo Epicuro de Samos (sec.IV a.C.), que ensinava que os deuses não deviam ser temidos, mas admirados e reverenciados, pois vivem em beatitude e não necessitam de nada de nossa parte. Sua doutrina ética está desenvolvida de forma clara na sua Carta a Meneceu. O sábio deve viver de forma a alcançar a felicidade na fruição da vida finita, cujo bem deve ser encontrado no exercício da virtude e na fruição dos prazeres moderados” (SILVA, 2013, p. 21).

<sup>16</sup> Os estóicos “são os filósofos que seguiam as ideias de Zenon de Cition (sec.IV a.C.), eram assim denominados porque sua escola se encontrava no pórtico (*Stoa*). Os estóicos viviam de forma austera num ascetismo rigoroso, tendiam a aceitação da natureza das coisas, no exercício da virtude e na vida segundo a razão e a prudência. Entre os grandes estóicos gregos podemos citar, além de Zenon, Cleanto, Crisipo e Panécio de Rodes, e entre os romanos o imperador Marco Aurélio, o escravo Epicteto e Sêneca” (SILVA, 2013, p. 21).

<sup>17</sup> Cf. ATOS, 17, 15-34 (ATOS. In. BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008. p. 190-191).

<sup>18</sup> Para Luiz Carlos Susin (2006, p. 558): “a teologia é distinta das ciências da religião pelo seu lugar de origem. O cientista, que se debruça sobre o objeto “religião” ou sobre fenômenos religiosos, parte das ciências e não tem o pré-requisito da fé”.

<sup>19</sup> O autor Guilherme Vilela Ribeiro de Carvalho (2006, p. 87) explica que, “num artigo publicado em 1981, no *International Journal for Philosophy of Religion* 12, James Kellenberger apresentou uma importante discussão filosófica a respeito da natureza da fé, republicada em 1992 na coletânea de Sweetman e Geivett”. Cf. SWEETMAN, Brendam; GEIVETT, R. Douglas; eds. **Contemporary Perspectives on Religious Epistemology**. New York/Oxford: Oxford University Press, 1992.

tem fundamento na incerteza; e 3) a fé paradoxal, nesta o indivíduo não tem fé, mas decide lutar para crer, e por isso a vivencia e confessa.

Também, L. Scott Smith (2003, p. 01), em seu ensaio de análise sobre o que é a fé para Paul Tillich<sup>20</sup>, explica que seu melhor significado está na frase: “preocupação fundamental<sup>21</sup>”, pois “a fé é o que vem sobre uma pessoa, profundamente comovente e tomando conta dele ou dela, de tal forma que não há condições ou limitações podem ser colocados em cima de sua gravidade<sup>22</sup>”.

Ainda, amparado em Paul Tillich<sup>23</sup>, Eduardo Gross (2013, p. 13) elucida: “fé é o estado de estar preocupado de forma última”. Nesse sentido, “[...] fé não é considerada uma atividade psicológica. Fé é um estado. A fé é uma situação em que a pessoa humana se encontra” (GROSS, 2013 p. 13).

Noutro sentido, Peter Ludwing Berger (1985, p. 55), sugere um diálogo entre a teologia e a sociologia, expondo que “a religião serve, assim, para manter a realidade daquele mundo socialmente construído no qual os homens existem nas suas vidas cotidianas”. E, mais, continua o referido autor: “a religião mantém, por conseguinte, a realidade socialmente definida legitimando as situações marginais em termos de uma realidade sagrada de âmbito universal” (BERGER, 1985, p. 57).

No mundo atual globalizado, Luiz Carlos Susin (2006, p. 561) propõe “uma teologia<sup>24</sup> que se abre para fora das paredes das Igrejas e das confissões, para se encontrar em praça pública com outras teologias e outros saberes, em vista de uma sociedade pluralista”.

Diante do exposto, independente da religião que seja adotada, conclui-se que a fé sempre será a mesma, conquanto interpretada de várias maneiras, pode-se afirmar algumas características que nela constantemente estarão presentes, a tal ponto de poder considerar que a fé é: Universal – no sentido objetivo de aceitação maior em algo ou alguém Divino -; Sobrenatural – porque desafia a razão humana

<sup>20</sup> Sugestão para aprofundamento no tema: TILLICH, Paul. **Dinâmica da Fé**. 3a ed. São Leopoldo: Sinodal, 1985.

<sup>21</sup> Tradução livre do original em inglês: “*ultimate concern*” (SMITH, 2003, p. 01).

<sup>22</sup> Tradução livre do original em inglês: “*faith is that which comes upon a person, deeply moving and taking hold of him or her, such that no conditions or limitations can be placed upon its seriousness*” (SMITH, 2003, p. 01).

<sup>23</sup> Nas lições de Eduardo Gross (2013, p. 08): “Paul Tillich cunhou uma noção que se tornou extremamente conhecida: fé é preocupação última ou suprema. Com isso, ele permitiu que fosse percebida a conexão entre a fé religiosa e uma série de outras manifestações que corriqueiramente não se chamavam de ‘fé’”.

<sup>24</sup> Luiz Carlos Susin (2006, p. 561) denomina essa nova teologia de “teologia pública”, não restrita ao âmbito da clareza das identidades e pertencças religiosas, mas à sua responsabilidade em sociedades plurais”.

(algo divino)-; Invisível – não se pode ver com os olhos; Crer – acreditar como fundamento daquilo que se espera -; Confiança – é a prova daquilo que não se vê -; Certeza – goza de presunção de veracidade<sup>25</sup> -; Realidade – pois faz existir o que não existe; Concreta – pela aceitação em ouvir, ver e tocar em algo sobrenatural (divino) capaz de iluminar o caminho correto da salvação -; e, Subsistência – no sentido de prover as necessidades da vida.

Então, após essa noção, ainda que breve, do que seja a fé para a religião, passa-se a investigar um pouco da relação entre essa fé e a razão. Até porque, esse é o ponto de partida para se entender o que atualmente é considerado como boa-fé, e, posteriormente, sua admissão como um instituto na ciência do direito.

Em síntese, a razão requer provas e demonstrações. A fé, o credo é suficiente. Mas a religião cristã na Idade Média não se contentou apenas com o crer, invadiu o terreno da filosofia, e mais do que isso, incorporou em seus ensinamentos sobre a fé procedimentos racionais.

## 1.2 Principais vertentes filosóficas sobre a fé

Nessa busca da conciliação entre a razão e a fé, surge a Filosofia Patrística<sup>26</sup>, elaborada pelos Santos Padres (da igreja católica), dentre os quais se destacaram Santo Agostinho e Tomás de Aquino.

Nesse intuito, Santo Agostinho prega “[...] restaurar a certeza da razão, e isso, paradoxalmente, por meio da fé [...]” (ABRÃO, 1999, p. 97-98).

Naquela época, entre os séculos IV e V, com o apogeu do cristianismo e institucionalização da Igreja Católica, a filosofia - que sempre buscou o conhecimento da verdade – havia perdido a confiança na razão. Surge, então, com o pensamento de Santo Agostinho um reavivamento da razão, pois, “para ele, o conhecimento da verdade é um fato, como provam as demonstrações matemáticas

<sup>25</sup> Isso está bem claro na Epistola Universal de Tiago: “Peça-a, porém, com fé, não duvidando; porque o que duvida é semelhante à onda do mar, que é levada pelo vento e lançada de uma para outra parte” (TIAGO, 1, 6).

<sup>26</sup> Veja que “[...] o momento da Patrística propriamente dita, que vai do século III ao início da Idade Média e no qual o elemento filosófico, especialmente platônico, desempenha um papel bastante considerável. Os ‘Padres da Igreja’, portanto, são todos aqueles homens que contribuíram de modo determinante para construir o edifício doutrinário do cristianismo, que a Igreja acolheu e sancionou. Como fica claro pelo que se disse, o interesse desses homens, inclusive dos mais cultos, é antes de mais nada religioso e teológico. Sua ‘filosofia’ é sempre parte integrante de sua fé” (REALE e ANTISERI, 1990, p. 400-401).

e lógicas, irrefutáveis” (ABRÃO, 1999, p. 98), mas o que possibilita esse conhecimento é a fé em Deus.

Assim, o fundamento da razão estaria na fé, porque somente pela fé se compreende a razão, mas como a fé não é demonstrável, cabe à razão, pelo menos, demonstrar a necessidade de se ter a fé, ou seja, é crer para compreender e também compreender para crer<sup>27</sup>. Portanto – no pensamento de Santo Agostinho -, “[...] creio tudo o que entendo, mas nem tudo que creio também entendo. Tudo o que compreendo conheço, mas nem tudo que creio conheço [...]” (AGOSTINHO, 1980, XI, p. 395).

Está claro no pensamento de Santo Agostinho que a razão e a fé se complementam, não havendo, ainda, uma autonomia da razão, até porque – segundo ele - a verdade suprema<sup>28</sup> só estaria em Deus. Então, “há que aceitar pela fé as verdades que Deus revela, se se quiser adquirir em seguida alguma inteligência delas, que será a inteligência do conteúdo da fé acessível ao homem neste mundo” (GILSON, 1995, p. 144).

Na Idade Média, com o desenvolvimento da escolástica<sup>29</sup>, destaca-se o pensamento de Tomás de Aquino que, na tentativa de demonstrar a existência de Deus, deparou-se com a necessidade de investigar - ainda mais - a relação entre razão e fé. E nesse esforço encontrou em Deus a única e simples verdade, mas para entendê-la pelo nosso conhecimento haveria necessidade de uma subdivisão de modalidades, as quais ele denominou de “dupla verdade de realidades divinas” (AQUINO, 1988b, IX, p. 107), em que a primeira modalidade tem como verdade as manifestações postas pela razão, cuja finalidade é o convencimento por argumentação demonstrativa. Diferentemente, na segunda modalidade estão as verdades da fé, que não se destinam ao convencimento, mas se apresentam como argumentos de probabilidade - justificados pelos divinos milagres tratados na Bíblia

---

<sup>27</sup> Como foi dito, “um texto célebre do *Sermão 43* resume essa dupla atividade da razão numa fórmula perfeita: compreende para crer, crê para compreender (*intellige ut credas, crede ut intelligas*)” (GILSON, 1995, p. 144). Interessante, ainda, informar que “[...] a origem dessas fórmulas encontra-se em Isaías (Is 7,9, na versão grega dos Setenta), onde se lê ‘se não tiverdes a fé, não podereis entender’, ao que, em Agostinho, corresponde a precisa afirmação: “*intellectus merces est fidei*, ‘a inteligência é recompensa da fé’[...]” (REALE e ANTISERI, 1990, p. 435-436).

<sup>28</sup> Para Santo Agostinho existem muitos significados para a verdade, porém quando manifestada de forma principal ele faz referência ao próprio Deus (REALE e ANTISERI, 1990, p. 444-445).

<sup>29</sup> A escolástica nasce na Idade Média (período entre os séculos V a XV) como um pensamento original formando pela “acumulação gradativa de cópias, traduções e comentários de textos antigos”, e cujo desenvolvimento “ganha corpo sobretudo nas universidades”, apoiadas pela Igreja na tentativa de manter a unificação da fé cristã, tendo por base a teologia (ABRÃO, 1999, p. 105).

Sagrada, que ultrapassam uma explicação pela razão humana -, e por isso são suficientes em resolver às objeções daqueles que se opõem a essas verdades da fé<sup>30</sup> (AQUINO, 1988b, IX, p. 107-108).

Com efeito, para Tomás de Aquino, a razão possui autonomia de conhecimento distinta da fé, porém caminham unidas para compreender a única verdade superior que está em Deus. “Daí resulta que, todas às vezes que uma conclusão filosófica contradiz o dogma, é um indício certo de que essa conclusão é falsa. Cabe à razão devidamente advertida criticar em seguida a si mesma e encontrar o ponto em que se produziu seu erro” (GILSON, 1995, p. 656).

Enfim, Tomás de Aquino expõe que: “a fé constitui um certo antegozo daquele conhecimento que nos fará felizes no futuro” (AQUINO, 1988a, I, II, p. 110).

Após o avanço das ciências e das técnicas - no Renascimento<sup>31</sup>-, houve um abalo no cristianismo com o declínio dos direitos do Papa, enquanto os reis se destacavam com o fortalecimento da monarquia, fomentada pela riqueza adquirida pela então nascente classe burguesa, a qual recebia proteção da coroa no desenvolvimento dos seus negócios comerciais, conseqüentemente, a nobreza sofria seu enfraquecimento (ABRÃO, 1999, p. 129-131). Nesse cenário, a fé inicia seu descrédito social e a razão aponta para uma melhor valorização.

Entretanto, somente no Século XVIII mostrou-se uma evolução para o triunfo da razão em relação à fé, mormente no pensamento kantiano, cuja ousadia foi elaborar uma crítica da própria razão (em si mesma), diferentemente dos Iluministas<sup>32</sup> que se preocuparam em criticar as autoridades absolutistas –

<sup>30</sup> Para Tomás de Aquino: “[...] Deus manifestou a sua presença, bem como a verdade do seu ensinamento e da sua inspiração, através de provas adequadas, operando de maneira bem visível coisas que ultrapassam de muito as possibilidades da natureza inteira, no intuito de confirmar as verdades que superam as forças do intelecto humano: curas maravilhosas de enfermos, ressurreições de mortos, alterações impressionantes dos corpos celestes e, o que é mais admirável, inspiração do espírito dos homens, de tal modo, que pessoas ignorantes e simples, uma vez repletas do dom do Espírito Santo, lograram em um instante a mais alta sabedoria humana e a mais elevada eloquência” (AQUINO, 1988b, VI, p. 103).

<sup>31</sup> O Renascimento surge no final da Idade Média (período da história entre o final do século XIV e início do século XVII) como preparatório a grande transformação científica mundial, tendo sua originalidade “em construir uma nova imagem do mundo a partir da permanência de elementos do passado. É em nome do humanismo que o homem, mesmo temeroso, começa a separar-se da grande ordem do universo, para ser seu espectador privilegiado. Mais do que isso, ele é o organizador dessa ordem” (ABRÃO, 1999, p. 129-130).

<sup>32</sup> O Iluminismo é - segundo Kant - “a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo” (KANT, 2013, p. 9). A nossa tradução para *Sapere aude!* está em “Saber ousai!” – no sentido afirmativo de:

fortificadas no Renascimento – servidos de fundamentos da razão (ABRÃO, 1999, p. 305-307).

Por isso, as verdades do conhecimento, antes amparadas na fé, enfrentam agora a contestação de seus valores morais, os quais passaram a ser julgados pela inexorável razão. Ora, até então, o conhecimento era originado na experiência (empírico) com base na razão, e o que não se podia explicar pela experiência era sustentada na fé, pois nesta também estavam contidas as suas verdades. De qualquer modo, a fé era quem ditava as regras do jogo, pois até a razão, por não conseguir comprová-la, a ela se curvara.

Foi o pensamento de Kant, que revolucionou essa forma de raciocínio, ao demonstrar que, “[...] embora todo o nosso conhecimento comece com a experiência, nem por isso todo ele se origina justamente da experiência” (KANT, 1999, p. 53). Com efeito, o conhecimento - para ele - se faria de duas formas: *a priori* ou *a posteriori*. O primeiro refere-se ao conhecimento que já existe em cada pessoa, por isso ele é puro e constituído de valores universais, que estão sempre presentes em todas as pessoas. O conhecimento *a posteriori* é adquirido posteriormente ao sujeito puro, pois resultante das sensações e experiências práticas vivenciadas pela pessoa, logo de natureza empírica<sup>33</sup> (KANT, 1999, p. 53-54).

Mas para a formulação do conhecimento – seja *a priori* ou *a posteriori* – imprescindível haver articulação de proposições ou juízos, que podem ser de duas ordens: juízos analíticos ou juízos sintéticos. No juízo analítico ocorre uma análise do que já está contido no próprio sujeito, tem natureza de unidade e pureza (em si mesma) e independe de qualquer experiência, a descortinar o conhecimento *a priori*. No juízo sintético há uma variedade de elementos acrescidos pelas experiências práticas e sensíveis da vida que serão sintetizados para resultar uma unidade ou composição, construindo assim novos conceitos singulares (não universais) a

---

“Razão coragem!” -, pois isso é a representação desse movimento filosófico do século XVIII (iluminismo), em que a razão humana surge como uma luz para o desenvolvimento da humanidade, despontando nas ciências as explicações que a fé pregada na idade média já não conseguia mais convencer.

<sup>33</sup> Segundo Kant, “No que se segue, portanto conhecimentos *a priori* entenderemos não os que ocorrem de modo independente desta ou daquela experiência, mas absolutamente independente de toda a experiência. A eles são contrapostos ou aqueles que são possíveis apenas *a posteriori*, isto é, por experiência. Dos conhecimentos *a priori* denominam-se puros aqueles ao quais nada de empírico está mesclado. Assim, por exemplo, a proposição: cada mudança tem sua causa, é uma proposição *a priori*, só que não pura, pois mudança é um conceito que só pode ser tirado da experiência” (KANT, 1999, p. 54).

revelar o conhecimento *a posteriori*. Kant explica que “[...] essa relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo contido (ocultamente) nesse conceito A, ou B jaz completamente fora do conceito A, embora esteja em conexão com o mesmo” (KANT, 1999, p. 58). Este é o juízo sintético, aquele o juízo analítico.

O exemplo trazido por Kant (1999, p. 58) está na frase “todos os corpos são pesados”, assim, o sujeito “corpo” seria o juízo analítico – seu conceito é universal -, e quando acrescido do predicado “pesado” seria o juízo sintético – seu conceito depende da experiência, pois está empregado no sentido de conhecer a quantidade do que pode ser considerado pesado. Ora, apoiando-se nesse exemplo do pensamento kantiano pode-se imaginar uma analogia com a palavra composta “boa-fé”, pois, o termo “fé” estaria para o juízo analítico (funciona como o sujeito principal da palavra composta), assim como “boa” estaria para o juízo sintético (funciona como um predicativo, cuja análise depende da experiência, dentro de uma variedade de sentidos).

Entretanto, Kant vai mais longe, ao explicar que geralmente os juízos sintéticos são *a posteriori*, contudo existem juízos sintéticos que são *a priori*, porque são necessários e universais, sem extração da experiência, inclusive aumentando o conhecimento, cujo exemplo seria a matemática, pois na “proposição  $5+7=12$ ” observa-se que o algarismo 5 possui seu conceito distinto do algarismo 7, e “descobre-se que o conceito da soma de 7 e 5 nada mais contém que a união de ambos os algarismos num único, mediante o que não é de maneira alguma pensado qual seja este único algarismo que reúne ambos” (KANT, 1999, p. 60), ou seja, o algarismo 12 está contido no conceito da soma de  $7+5$ , e não deve ser considerado como apenas um único número 12.

À vista disso, haveria a possibilidade de se imaginar outra analogia, em que a “boa-fé objetiva” seria também um exemplo desse juízo sintético *a priori*, nesse caso, decompondo a expressão analiticamente, o resultado seria a união de “fé” com “boa e objetiva” igual a “boa-fé objetiva”. Assim, como bem exemplificou Kant, não se recorrer ao campo da experiência, “[...] pois o mencionado princípio<sup>34</sup> acrescentou

---

<sup>34</sup> A referência de Kant é sobre o princípio sintético (ou juízo sintético, usado por ele como sinônimos), “isto é, princípios de ampliação, repousa todo o objetivo último do nosso conhecimento especulativo *a priori*; os princípios analíticos são, na verdade, altamente importantes e necessários, mas só para chegar àquela clareza dos conceitos exigida para uma síntese segura e vasta em vez de uma aquisição realmente nova”. (KANT, 1999, p. 59).

essa segunda representação à primeira não somente com maior generalidade, mas também com a expressão da necessidade, por conseguinte completamente *a priori* e a partir de simples conceitos” (KANT, 1999, p. 59).

Ademais, Kant também trata desses conceitos no uso da razão prática, isto é, na “crítica da razão prática”<sup>35</sup>, quando desenvolveu o seu “princípio supremo da moralidade”<sup>36</sup> com base num dualismo em que reinam dois mundos do agir humano: o mundo sensível e o mundo inteligível. No primeiro, as ações humanas são determinadas por uma razão hipotética (imperativo hipotético), como um meio para atingir um fim, derivada de fatores externos (experiência) que partem de uma vontade condicionada a impulsos, desejos e paixões, por isso a origem da liberdade nesse mundo é heterônoma<sup>37</sup>. Nesse mundo sensível há subjetividade porquanto cada pessoa escolhe como agir de acordo com sua vontade para atingir o seu deleite (fim).

Diferente é o mundo inteligível, onde o dever de agir é determinado por uma lei universal que cada ser humano cria para si mesmo, como a coisa certa a fazer<sup>38</sup>, e por isso impõe uma vontade incondicionada pela razão, é o imperativo categórico, determinado por uma liberdade pura e autônoma, ou seja, originada na própria pessoa em si *a priori*, são as leis morais com características de objetividade e universalidade em cada ação prática humana.

<sup>35</sup> Como sugestão de leitura, para maior aprofundamento no tema: “KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997”.

<sup>36</sup> Mas, “Qual é o Princípio Moral Supremo? Se moralidade significa agir em função do dever, resta saber em que consiste o dever. Compreender isso, segundo Kant, é compreender o princípio supremo da moralidade [...]” (SANDEL, 2012, p. 149). “De acordo com Kant, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela.” Portanto, “[...] o motivo que confere valor moral a uma ação é o dever, o que para Kant é fazer a coisa certa pelo motivo certo”. Então, “Se agirmos por qualquer outro motivo que não seja o dever, como o interesse próprio, por exemplo, nossa ação não terá valor moral. Isso se aplica, segundo Kant, não apenas ao nosso interesse próprio, mas também a qualquer tentativa de satisfazer nossas vontades e preferências, nossos desejos e apetites” (SANDEL, 2012, p. 143-144).

<sup>37</sup> Como bem explicou Michael J. Sandel (2012, p. 41): “Para agir livremente, de acordo com Kant, deve-se agir com autonomia. E agir com autonomia é agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo – e não de acordo com os ditames da natureza ou das convenções sociais. Uma forma de entender o que Kant quer dizer quando fala em agir com autonomia é comparar o conceito de autonomia com seu oposto. Kant inventa uma palavra para melhor definir esse contraste – heteronomia. Quando ajo com heteronomia, ajo de acordo com determinações exteriores. Eis um exemplo: quando você deixa cair uma bola de bilhar, ela não está agindo livremente. Seu movimento é comandado pelas leis da natureza – nesse caso, a lei da gravidade”.

<sup>38</sup> Segundo Michael J. Sandel (2012, p.152): “A primeira versão é o que Kant denomina fórmula da lei universal: ‘Aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria construir uma lei universal’. Kant considera uma ‘máxima’ o preceito ou princípio que propicia a razão para a ação de uma pessoa. Na verdade, isso significa que só devemos agir de acordo com os princípios que podemos universalizar sem entrar em contradição [...]”.

Além disso, para Kant existem limitações que a razão não pode explicar, entre as quais está a fé e a existência de Deus. Daí a necessidade de a razão admitir subjetivamente um conceito com efeito objetivo, isto é, a existência de juízo suprassensível, de conhecimento *a priori*, de origem subjetiva, mas que adquire objetividade por tornar-se uma ideia universal quanto à sua existência, ante a insuficiência da razão pelo entendimento (mundo inteligível) ou pela experiência (mundo sensível), surge então a necessidade de a razão pressupor um Ser Supremo criador de tudo (inteligível), pois, do contrário, nada existiria no mundo. Portanto, orientar-se nesse pensamento significa, “[...] dada a insuficiência dos princípios objetivos da razão, determinar-se na admissão da verdade segundo um princípio subjetivo da mesma” (KANT, 2005, p. 52-55).

Então, essa é a fé racional para Kant, é a necessidade de a razão presumir no uso prático o que não tem explicação pela teoria, assim aceita a existência de Algo Supremo (Deus) criador de todas as coisas naturais, e por isso a sua justificativa é subjetiva mas com efeitos na prática (moral) de objetividade porque é universal. A particularidade da fé racional é “a admissão da verdade subjetivamente suficiente, mas objetivamente, com respeito a um correspondente na experiência, com a consciência de sua insuficiência” (KANT, 2005, p. 55).

Enfim, a fé racional justifica-se pela razão, mas num mundo suprassensível, onde nem a razão pura (mundo inteligível) e nem a experiência (empírico) podem demonstrar sua existência, mas que na prática (moral) ela é aceitável objetivamente (universal) por um conceito subjetivo *a priori* (anterior).

Observa-se que esse pensamento kantiano também é perfeitamente aplicável a boa-fé objetiva, em que um conceito subjetivo será objetivado quando trazer caráter de aceitação universal, mesmo que inexplicável, como se analisará nos capítulos seguintes, inclusive evoluindo do plano moral (Kantiano) para o plano jurídico.

## **2 CONSIDERAÇÕES DA FÉ PARA O DIREITO**

No direito a noção de fé pode ser refletida em dois pontos essenciais: a proteção de confiança (entre as pessoas) e de presunção de veracidade (dos fatos), pois o grande desafio estaria em aplicar e aceitar tais conceitos de origem moral em

regras jurídicas com eficácia geral. Nesse âmbito, também se discorrerá sobre os princípios jurídicos, inclusive quanto à sistemática que guiará esta pesquisa.

O ideal seria uma fórmula de padronização de condutas e procedimentos, como se fosse um “imperativo-categórico” da teoria kantiana, na qual as pessoas aceitassem a verdade e o que é o correto a fazer, como um dever obrigatório, porque esse é o fim em si mesmo, livre de inclinações ou desejos, principalmente do dinheiro e do lucro, de modo que tais atitudes resultassem numa verdade absoluta e global, a ser cumprida incondicionalmente. Portanto, o valor moral da ação humana estaria no dever de fazer sempre a coisa certa. Tal ação não terá valor moral se qualquer pessoa agir em prol de seu próprio interesse (SANDEL, 2012, p. 143-144).

Ora, Kant explicou sua Teoria da “Pura Razão Prática” na dimensão da Lei moral, mas ao aplicá-la – num raciocínio simples – no âmbito do direito, pode-se concluir que essa teoria, quando universalizada, atingiria a eficácia axiológica pelos princípios gerais do direito, perfeitamente utilizável no mundo dos negócios globalizados<sup>39</sup>, sobretudo nos contratos que instrumentalizam o acordo de vontade entre as pessoas.

Isso também é perceptível na noção da origem da boa-fé – como será analisado adiante -, em que duas situações coexistiam: uma, a que atribuía um valor (moral) a boa-fé, num vínculo de confiança entre as partes; e outra, a que considerava a boa-fé como norma, isto é, um padrão de conduta de eficácia jurídica a ser cumprido por todos (princípio jurídico) (SILVA, 2002, p. 36-37)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> A Globalização é um fenômeno mundial e atual sem marco inicial determinado. Para o professor Aldemario Araujo Castro (2004, p. 01) o início da globalização ocorreu na década de 80, do século XX, tendo como delimitador político “as ‘reformas’ sistemáticas protagonizadas pelos governos Thatcher (Grã-Bretanha) e Regan (Estados Unidos)”. Essas reformas tiveram como expoente a diminuição do papel do Estado na economia visando estimular a competitividade - inclusive por programas de privatizações na Grã-Bretanha -, consideradas precursoras do neoliberalismo. Daí sua maior divulgação na ordem econômica e política, sobretudo na ideia de transformação de um mercado mundial único, capaz de romper para além das fronteiras dos Estados, cuja consequência é o enfraquecimento do direito nacional. Ademais, Gilles Lipovetsky prefere tratá-la como sendo “uma formidável dinâmica, que coincide com a conjunção de fenômenos econômicos, inovações tecnológicas e reviravoltas geopolíticas”, afirmando ainda que “a globalização é uma manifestação cultural” e tem como princípios organizadores “o mercado, o consumismo, o progresso técnico-científico, o individualismo, a indústria cultural e da comunicação” (JUVIN e LIPOVETSKY, 2012, p. 01 e 04).

<sup>40</sup> O ilustre Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 36-37) aborda dois pontos básicos no estudo da boa-fé: “a proteção da confiança das partes, decorrente da boa-fé, e sua normatividade, ou seja, o seu poder de ser fonte direta de eficácia jurídica, normatividade esta vinculada à noção de princípio jurídico”.

Assim, passa-se a desvendar a relação desses valores morais com as obrigações e deveres jurídicos na evolução da sociedade como forma de se estabelecer um sistema normativo.

## **2.1 Breves apontamentos sobre a definição de obrigação e sua relação com os princípios jurídicos**

Ao caminhar atualmente no mundo jurídico encontra-se uma constante proteção às condutas humanas, criadas e autorizadas por um coletivo representativo escolhido pelos membros de uma sociedade, cujo resultado se expressa nas normas jurídicas como um sistema. Vive-se nesse campo interno protegido até o instante que ocorrer uma violação ao mandamento legal e alguém ou o seu patrimônio sofrer um prejuízo causado pela ação de outrem, que pode resultar em responsabilidade.

Por isso, os membros de uma comunidade se relacionam, uns com os outros, em busca de seus objetivos na construção de um mundo melhor, no qual derivam direitos e deveres num giro social dinâmico. Esses relacionamentos sociais, políticos e econômicos germinados num cenário globalizado necessitam estar acobertados pelo direito para se alcançar um equilíbrio justo, fraterno e solidário.

As pessoas envolvidas nessa situação se submetem a regras de condutas dentro de um ordenamento jurídico próprio em cada sociedade. O vínculo formado pelas relações pessoais para se atingir um objetivo pode ser denominado de obrigação, isto é, um dever de prestação a ser cumprido por uma pessoa pela confiança assumida e depositada nas tratativas com outra pessoa que tem o direito de cobrá-la<sup>41</sup>.

A expressão obrigação pode ser considerada basicamente em dois sentidos: uma, como dever não jurídico – exemplo de não atravessar na frente dos outros nas filas (de costume) das lojas ou de ir à missa todos os domingos<sup>42</sup> -, e outra, como

---

<sup>41</sup> Consoante João de Matos Antunes Varela (1977, p. 57): “obrigação consiste na relação jurídica por virtude da qual uma pessoa pode exigir de uma outra, ficando esta vinculada ao correspondente dever de prestar”.

<sup>42</sup> No pensamento de Norberto Bobbio (2004, p. 08), “Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta. A não usual expressão ‘direitos morais’ torna-se menos estranha quando é relacionada com a usadíssima expressão ‘obrigações morais’. A velha objeção segundo a qual não podem ocorrer direitos sem as obrigações correspondentes, mas podem ocorrer obrigações sem direitos, deriva da confusão entre dois sistemas normativos diversos. Decerto, não se pode pretender que a uma obrigação moral corresponda um direito legal, já que a uma obrigação pode corresponder apenas um direito moral. O costumeiro exemplo de que a

um dever jurídico – obrigação de cumprir as leis, exemplo de usar o cinto de segurança nos veículos automotores. Tem-se, então, uma obrigação moral<sup>43</sup> (dever não jurídico) e outra obrigação jurídica<sup>44</sup> (dever jurídico).

Para o direito moderno, segundo Jürgen Habermas (2012, p. 21), “o modelo é a autorização igual para todas as pessoas fazerem ou deixarem de fazer o que lhes agrada no espaço da lei”. Em uma obrigação moral, “uma pessoa se pergunta o que ela deve a outra pessoa, independente de sua relação social com ela (...)”. Na obrigação jurídica as pessoas, “umas com as outras reagem às pretensões que o respectivo outro ergue em relação a ela. Em uma comunidade jurídica, as obrigações surgem para a primeira pessoa em virtude das pretensões que uma segunda pessoa pode lhe apresentar”<sup>45</sup>.

Nestes termos, “enquanto a moral nos impõe deveres que perpassam completamente todas as esferas de ação, o direito moderno cria espaços livres ao arbítrio privado e à configuração da vida individual” (HABERMAS, 2012, p. 21).

O objeto do direito das obrigações é a obrigação jurídica, cuja definição, trabalhada<sup>46</sup> por Antonio Menezes Cordeiro (1980, p. 09), é “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação<sup>47</sup>”.

Também, Flavio Alves Martins (2000, p. 74) define obrigação sendo “o vínculo derivado direta ou indiretamente da lei, em função do qual o credor pode

obrigação moral de dar esmolas não faz nascer o direito de pedi-las é impróprio, porque esse exemplo mostra apenas que uma obrigação moral não nasce uma obrigação jurídica”.

<sup>43</sup> O direito português denomina de “obrigação natural” a obrigação moral, conforme se verifica da redação do artigo 402, do Código Civil Português (Decreto Lei nº 47.344/66): “A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>)>. Acesso em: 26 abr. 2015.

<sup>44</sup> Também, ensina Luiz Antonio Rolim (2000, p. 221), que [...] “obrigação pode ser entendida como um dever jurídico em geral. No entanto, quando diz respeito especificamente a pessoas, significa um dever jurídico de caráter eminentemente econômico, uma vez que envolve essencialmente dois sujeitos, sendo um deles o credor, que exige do outro – o devedor – o cumprimento de uma prestação de conteúdo econômico (o pagamento de uma dívida)”.

<sup>45</sup> Ainda, Jürgen Habermas (2012, p. 21) cita que Lohmann escreve: “um direito moral vale como direito justificado quando existir uma obrigação moral correspondente que da sua parte vale como justificada [...]; um direito legal, por sua vez, quando é parte constitutiva de uma ordem jurídica positiva que pode reivindicar legitimidade como um todo”. In. “LOHMANN, *Die Menschenrechte: Unteilbar und gleichgewichtig? – Eine Skizze*, p. 66”.

<sup>46</sup> Preferiu-se o termo “trabalhada” por Antonio Menezes Cordeiro porque essa definição é idêntica à redação encontrada no artigo 397, do Código Civil Português, a qual é apresentada pelo referido autor na introdução de sua brilhante obra “Direito das obrigações”.

<sup>47</sup> Observa-se que, segundo Hamid Charaf Bdine Júnior (2011, p. 183), “a prestação é sempre uma conduta do devedor”.

exigir do seu devedor uma prestação patrimonial, isto é, economicamente apreciável”. E continua, “a prestação a ser realizada é objeto da obrigação, podendo ser positiva (ação) como também negativa (omissão)”.

Essa relação obrigacional jurídica condiciona-se, basicamente, a dois princípios jurídicos: da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. Ambos os princípios nem sempre ostentaram um caráter normativo, pois dependiam do contexto histórico, social e político em que eram vivenciados, e antigamente, não detinham eficácia jurídica alguma, eram apenas deveres morais impostos pela razão humana ou pela crença divina. Assim, antes de discorrer sobre tais princípios, imprescindível delinear uma distinção histórica sobre a presença da eficácia normativa dos princípios numa visão geral, utilizando os enfoques jusnaturalista, positivista e pós-positivista<sup>48</sup>.

Para os jusnaturalistas, os princípios podem ser considerados como “um conjunto de verdades derivadas da lei divina e humana” (BONAVIDES, 1996, p. 232), apoiado num campo abstrato e sem eficácia normativa.

Os positivistas, de início, não consideravam os princípios como normas jurídicas, ante o seu caráter metajurídico, fundados no direito natural ou na razão humana. Posteriormente, numa segunda fase, os positivistas aceitaram os princípios, mas, somente, se derivassem de um determinado conceito dentro do ordenamento jurídico (já positivado), ou seja, com força normativa subsidiária, por decorrência da própria lei (NEGREIROS, 1998, p. 142-145). Nessa concepção, os princípios manifestaram-se num sistema jurídico de “estrutura formal, fechada e acabada” (FERRAZ JUNIOR, 1977, p. 34).

Já os pós-positivistas aceitaram os princípios como sendo o sustentáculo de todo o sistema jurídico, dando-lhes autonomia e eficácia normativa, assumindo um sistema jurídico aberto<sup>49</sup> e atual de reconhecimento dos valores como base do direito. Para Paulo Bonavides (1996, p. 237) “as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

---

<sup>48</sup> Esse termo “pós-positivista” é adotado por Paulo Bonavides em sua obra Curso de direito constitucional, 6. ed., Editora Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

<sup>49</sup> Tereza Negreiros (1998, p. 146) explica que: “no contexto pós-positivista, caracterizado pela abertura do sistema jurídico, os princípios passam a ser aplicados prioritariamente às normas específicas, pois que, segundo tal estruturação sistêmica, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema fechado, completo e avalorativo”.

Também, Luís Roberto Barroso (2003, p. 76) compartilha que “pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética”.

Nessa evolução pós-positivista, conforme acentuado, imprescindível desenvolver a noção de princípios e de regras como normas jurídicas, apoiado na “nova metodologia constitucional” de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p.1160), o qual prefere abandonar a “teoria da metodologia jurídica tradicional” que distinguia as regras de normas, para “[...] em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.

Nessa toada, Robert Alexy (1997, p. 86-87) aponta que “a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio<sup>50</sup>”. Para esse autor, “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes<sup>51</sup>”, enquanto que “[...] as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos<sup>52</sup>”. Referido autor, denomina os princípios de “mandados de otimização”, as regras em “determinações”, e acentua que ambas são normas sem diferença de grau, mas os princípios podem ser cumpridos em graus diferentes, e a medida de seu cumprimento depende de possibilidades reais e jurídicas, já as regras não admitem grau ou medida, pois são cumpridas ou não (ALEXY, 1997, p. 87).

Ronald Dworkin (2002, p. 36) denomina “‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>53</sup>”.

<sup>50</sup> Tradução livre do original em espanhol: “*la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio*” (ALEXY, 1997, p. 87).

<sup>51</sup> Tradução livre do original em espanhol: “*(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*” (ALEXY, 1997, p. 86).

<sup>52</sup> Tradução livre do original em espanhol: “*(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos*” (ALEXY, 1997, p. 86).

<sup>53</sup> Cabe citar um exemplo concreto mencionado por Ronald Dworkin (2002, p. 36-37) sobre a prevalência dos princípios em relação às regras, sobre uma decisão judicial americana (Tribunal de Nova York, em 1889, caso de Riggs vs. Palmer), em que o neto assassinou o avô para ficar com sua

De outra forma, estendendo-se o discurso para o âmbito dos valores morais, Francisco Amaral (2003, p. 92-93), revela que “os princípios diferem dos valores pelo fato destes apresentarem maior grau de generalidade, enquanto aqueles, ‘por conterem um pensamento jurídico diretor ou condutor’, já indicam a direção em que se situará a regra que se há de encontrar<sup>54</sup>”. Segundo esse autor, cabe destacar que existe diferença de grau entre valores (morais) e princípios.

A partir desses ensinamentos, pode-se afirmar que os princípios impõem formas de condutas universais de conteúdo normativo, e quando não atendidos podem atribuir responsabilização ao infrator. É nessa concepção pós-positivista de aceitação dos valores na órbita jurídica que se desenvolvem, mormente nas relações obrigacionais, os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

## **2.2 Reflexões sobre a sistemática aplicada: do sistema ao método.**

Com o direito renascido dessa nova conceituação do sistema jurídico<sup>55</sup>, em que os princípios se impõem com implacável força normativa, necessário algumas considerações quanto ao sistema e ao método utilizado, para se entender a aplicação e realização dos princípios da autonomia da privada e da boa-fé.

Diante disso, numa visão pós-moderna<sup>56</sup> de aceitação dos princípios como normas jurídicas, parte-se de uma interpretação que se preocupa mais no desempenho das funções dos princípios dentro do sistema jurídico do que em ir buscar a sua real definição. Por ora, a pretensão é fazer uma investigação sobre

---

herança, assim, pelas regras jurídicas o neto era o herdeiro, mas pelo princípio de que ninguém pode se beneficiar pela prática de seu ato ilícito, ele não recebeu a herança.

<sup>54</sup> Para Francisco Amaral (2003, p. 92-93) os princípios jurídicos “são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios”. E continua, “os princípios têm função positiva, por influenciarem decisões jurídicas, constituindo-se em critérios orientadores para a criação das normas jurídicas, e função negativa, no sentido de excluírem decisões contrárias. Como precisam ser concretizados, a função positiva é indeterminada, o que não ocorre na função negativa. É, assim, mais fácil dizer-se que isto ou aquilo é injusto, inadequado, desproporcional, do que dizer que é precisamente justo, adequado ou proporcional”.

<sup>55</sup> Esse termo de “renascimento da idéia (sic) do Direito” é endossado por Tereza Paiva de Abreu Trigo de Negreiros (1998, p. 02-04) ao se referir à “efervescência” na aplicação do princípio da boa-fé, pois “os atuais contornos da boa-fé chegam a sugerir análises que sinalizam para um renascimento da ‘idéia (sic) de Direito’: um Direito construído pelos juristas com base em princípios cuja aplicação resulta numa nova conceituação do sistema jurídico”.

<sup>56</sup> Como bem pontuou Tereza Paiva de Abreu Trigo de Negreiros (1998, p. 05): “o conceito de pós-modernidade está aqui referenciado a uma dada qualificação do sistema jurídico como aberto, no sentido de estar em permanente estado de construção”.

essas funções dos princípios dentro do próprio ordenamento jurídico, até porque, para sua interpretação será considerado a finalidade que o princípio procura atingir, deixando de lado a concretude da lei, isto é, subsunção do caso concreto à lei.

Assim, para uma melhor interpretação dos princípios, faz-se uma abordagem em três perspectivas para o direito, ou seja, conforme o método, a teoria e a ideologia. Tais enfoques foram tratados primeiramente por Norberto Bobbio (1995, p. 234) como forma de revestimento do positivismo, e posteriormente por Tereza Paiva de Abreu Trigo de Negreiros (1998, p. 91-97) como dimensões “analiticamente autônomas, porquanto funcionalmente interdependentes”.

Na perspectiva metodológica, o alcance dos princípios é considerado pelo método da “jurisprudência dos valores<sup>57</sup>”, cuja tarefa metodológica é “[...] a captação dos conteúdos axiológicos fundadores do ordenamento jurídico [...]” (LAMEGO, 1990, p. 51), pois dependendo da interpretação que se der haverá o reconhecimento normativo dos princípios ou não, cuja consequência será dar efetividade aos conteúdos axiológicos do ordenamento jurídico. É “nesse ambiente metodológico que se situa o debate hermenêutico em torno da tópica, como método de aplicação do direito a partir do problema, e não do sistema” (NEGREIROS, 1998, p. 93), isso para possibilitar efetividade aos princípios, como se abordará a seguir.

Para a perspectiva teórica, a normatividade dos princípios requer uma evolução histórica quanto ao conceito de sistema jurídico, pautado na mudança da cultura jurídica e social, com o abandono de um modelo de sistema fechado – que não admitia os princípios como normas -, e a aceitação de um novo sistema aberto – de reconhecimento normativo aos princípios<sup>58</sup> (NEGREIROS, 1998, p. 96).

E, na perspectiva ideológica, os princípios são considerados como uma “materialização de valores” (LARENZ, 1983, p. 350), pois sua eficácia dependerá do pensamento adotado conforme o sistema que está positivado, isto é, sua funcionalização na aplicação do direito está sujeita a adoção ou não de parâmetros humanos e sociais, internos ou externos ao próprio sistema. Nesse contexto, Paulo Bonavides (1996, p. 256) sustenta uma “teoria dos princípios”, a qual pretende suprimir “[...] as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à

<sup>57</sup> Segundo Paulo Bonavides (1996, p. 284) a “jurisprudência dos princípios” é a mesma que a “jurisprudência de valores”, isto é, aquela que dá valor normativo aos princípios.

<sup>58</sup> Nesse panorama, Pietro Perlingieri (1997, p. 68), também afirma que “a ampliação da noção de direito positivo e a sua abertura para noções e valores não literalmente e não explicitamente subsumtos nos textos jurídicos permitem a superação da técnica da subsunção e prospectação mais realística da relação dialética e de integração fato-norma, em uma acepção unitária da realidade”.

retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os graus de eficácia”.

Destarte, com o positivismo jurídico, amparado pela autonomia da vontade, principalmente depois da Revolução Francesa de 1789, construiu-se um sistema jurídico composto por um corpo que reunia um determinado conjunto de leis, nas quais estavam enunciadas as normas, com a finalidade de serem interpretadas - segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 38-39) - “[...] de forma meramente subsuntiva: a ocorrência da hipótese abstratamente fixada deveria redundar na aplicação de uma dada solução predeterminada”. Nesse sistema - continua o citado autor (2002, p. 38) - “[...] os chamados ‘princípios jurídicos’ possuíam uma importância limitada, supletiva e absolutamente vinculada ao conjunto de auto-referências (sic) internas<sup>59</sup>”, isto é, serviam apenas para colmatar as lacunas da lei.

Por isso, esse sistema foi denominado de sistema jurídico fechado, ou seja, “aquele que supõe, para a aplicação de suas regras, o raciocínio axiomático-dedutivo” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 355).

Após as atrocidades vivenciadas pelas Primeira e Segunda Guerra Mundial houve uma mudança no pensamento mundial, e o direito teve que se apoiar nas transformações sociais para suportar uma nova realidade jurídica, momento em que o sistema fechado se mostrou insuficiente quanto à interpretação dos princípios, mormente a evitar a arbitrariedade das autoridades. Foi, então, que o sistema se abriu para adotar um raciocínio que admitisse conceitos indeterminados e aplicação de cláusulas gerais.

Com efeito, os princípios jurídicos passaram a ter “[...] função decisiva na resolução de problemas práticos e, de outro, a consagrar implicitamente valores (morais) a serem seguidos ou buscados na aplicação de todo o ordenamento jurídico” (SILVA, 2002, p. 41)<sup>60</sup>.

A concepção do sistema aberto e seu modo de raciocínio foram marcados por influência do pensamento tópico, o qual merece uma pequena explanação para posterior elucidação das cláusulas gerais.

---

<sup>59</sup> Nesse contexto, Jorge Cesa Ferreira da Silva, explica, ainda, que “o código desenvolveu a sistematicidade interna do material jurídico de forma auto-referente (sic), separando o campo do normatizado do perímetro da liberdade plena” (2002, p. 39).

<sup>60</sup> Nesse contexto, o Professor Gaúcho, Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 40), afirma que “a anatomia do sistema jurídico alterou-se, tendo-se aceito a unificação da fonte de validade do público e do privado em um mesmo corpo normativo: a Constituição”.

Foi o pensamento de Theodor Viehweg que ao estudar a tópica de Aristóteles<sup>61</sup> e de Marco Túlio Cícero, “[...] deteve-se sobre o pensamento tópico considerado não como um método, mas um ‘técnica de pensamento’ ou um ‘estilo’, caracterizado por orientar-se em direção a problemas” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 356-357). “O modo de pensar tópico surge, assim, como um contraponto do modo de pensar sistemático-dedutivo [...]” (ATIENZA, 2003, p. 49). Dessa forma, o problema tópico pode ser definido como “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução” (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Ao referir-se ao termo *aporia* - como “uma questão que é estimulante e iniludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar [...]” -, Viehweg (1979, p. 33) ensina que “a tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não ficar preso, sem saída. É portanto uma técnica do pensamento problemático”.

À vista disso, Claus-Wilhelm Canaris (1996, p.104) entendeu que o sistema aberto é uma ordem teleológica de princípios do direito, cuja abertura se efetivou no sistema jurídico ante a sua incompletude, capacidade de evolução e modificação. Identificou, ainda, que o sistema aberto se apoiou na jurisprudência, enquanto o sistema fechado era governado pela letra codificada da norma.

Enfim, a tópica teve sua importância pela inversão da forma de argumentação, pois antes, no sistema fechado, aplicava-se o sistema lógico-dedutivo por meio das premissas encontradas dentro do ordenamento jurídico como forma de adequar o fato (concreto) na lei (abstrata), já na tópica, a investigação parte de um problema até buscar uma solução, mesmo se a resposta não estiver dentro do ordenamento jurídico, o que contribuiu para a formação do sistema aberto,

---

<sup>61</sup> Menezes Cordeiro (1984, p. 1133-1134) ensina que “Aristóteles propõe-se estudar um método de raciocínio ‘silogístico’ – i. é., dedutivo – o qual se poderia processar em duas linhas diferentes. Na primeira, opera-se um progredir com base em proposições verdadeiras ou em postulados delas derivados: é o discurso apodíctico (sic). Na segunda, o avanço dá-se a partir de proposições admitidas como certas, isto é, consideradas ajustadas ‘por todas as pessoas, ou quase todas ou por aqueles que representam a opinião esclarecida e, no último caso, por todos, ou por quase todos, ou pelos melhor conhecidos ou pelos considerados como maiores autoridades’. De acordo com o étimo grego, pode propor-se, para este tipo de proposições, o termo *endoxais*. A derivação silogística operada a partir de proposições *endoxais* constitui o discurso dialético [...]. O essencial da tópica ordena-se no discurso dialético”. Assim, continua, a tópica de Aristóteles “constitui, pois, uma fórmula destinada a ser compartilhada pelo adversário no debate e a partir do qual, através da proposição *endoxal* conexa, o raciocínio dedutivo, irrefutável, permitiria levar a melhor”.

âmbito de aceitação das cláusulas gerais. Saiu-se do modelo de sistema (fechado) para encontrar no método (tópica) a possibilidade de aplicação da justiça social.

### 2.3 As cláusulas gerais e o seu propósito

Após a diferenciação no ordenamento jurídico do modelo de sistema fechado com o de sistema aberto<sup>62</sup>, passa-se a investigar as cláusulas gerais que só teriam sentido num sistema aberto aos valores humanos e sociais, como se verá a seguir.

Cláusulas gerais – segundo o conceito apresentado por Gustavo Tepedino (2002, p. XIX) – “cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos”, e continua, “[...] servem assim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas”.

Por isso, as cláusulas gerais são um meio de o legislativo introduzir no ordenamento jurídico os “princípios valorativos”, isto é, “*standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274), a conduzir a ciência do direito a uma nova feição.

Antes, no sistema fechado, as leis eram claras e seguras, pois bastaria o magistrado aplicar o direito pelo rigor lógico do raciocínio dedutivo, e julgar pela subsunção do fato à norma, de forma estática e linear (MARTINS-COSTA, 2000, p. 275-276), pela tipicidade obsoleta (positivada) que deveria enquadrar a descrição do fato concreto. Diferentemente, com a incidência do sistema aberto, pode-se dizer que hoje vivemos uma constante insegurança jurídica, ante a inaplicabilidade lógica do sistema, tendo em vista que ao julgador inaugurou-se a possibilidade de julgar baseado em valores humanos e sociais para a concretude da justiça, num caminhar dinâmico e de ressystematização contínua. “É fundamental buscar o significado jurídico da norma segundo valores, pois uma norma jurídica sem efetividade não é mais uma norma jurídica, pois perdeu a sua validade” (ROSENVALD, 2005, p. 161).

---

<sup>62</sup> Nesse aspecto, a insigne Judith Martins-Costa (2000, p. 274-275), faz a constatação de “uma crise na teoria das fontes”, no campo da ciência do direito, isso porque, em “[...] certos momentos de um processo pelo qual a cultura jurídica abandona determinado paradigma de relacionamento com as demais instâncias do todo social – o paradigma do sistema fechado, um sistema que se auto-referencia (sic) de modo ‘absoluto’ – e começa a se movimentar em torno de outro paradigma, o de sistema aberto, ou sistema de auto-referência (sic) ‘relativa’. O que está por trás desta passagem é a queda do mundo da segurança [...]”.

Então, diante desse panorama de sistema aberto, móvel e dinâmico, com os juízes munidos de um elevado poder discricionário, acobertados pela generalidade das cláusulas gerais, estamos realmente num mundo afável à insegurança? Não haveria um limite que pudesse controlar essa provável desigualdade social?

A resposta a tal indagação é trazida por Gustavo Tepedido (2002, p. XXI), ao explicar que o Juiz não pode agir de forma irracional, pois sua decisão deverá basear-se em uma conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição, visando aplicar um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional<sup>63</sup>.

Também, Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 68-69), leciona que na interpretação da cláusula geral o trabalho tem que ser racional, objetivo e controlável, senão será ilegítimo, como um intérprete despótico que decide sem critério e contrário a ideia de Estado de Direito.

Do mesmo modo, Maria Cristina Cereser Pezzella (2003, p. 53), quanto à interpretação das cláusulas gerais, afirma que elas “irão necessitar de um estudo e de um trabalho com os pés bem firmados na realidade, pois é para ela e, em razão dela, que as leis surgem numa perspectiva constante de serem aprimoradas”.

Na verdade, o que deve ser utilizado como medida de justiça social e equidade, quando da aplicação das cláusulas gerais, incluindo-se nelas a própria boa-fé objetiva, são os princípios da dignidade humana e da solidariedade, conforme será analisado adiante.

Outrossim, não se pode confundir as expressões “conceitos jurídicos indeterminados” com “cláusulas gerais”. Na primeira, as expressões enunciadas na lei têm conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos (NERY JÚNIOR, 2003, p. 407), ou seja, o conceito da norma é indeterminado (vago), mas sua consequência já está determinada na lei, então o trabalho do magistrado será preencher a imprecisão da norma, para aplicá-la ou não no caso concreto, mas se decidir em aplicá-la, os resultados já se encontram claros e especificados pela própria norma. Diversamente, as cláusulas gerais “[...] não prescrevem condutas, mas apenas descrevem valores, as suas amplas diretrizes permitem ao juiz

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, Nelson Rosenvald (2005, p. 163), é categórico ao afirmar que “essa é a única maneira de assegurar a própria efetividade da Constituição e, a partir dela, de todas as normas do ordenamento jurídico, para que a realidade social seja aferida segundo padrões de normalidade jurídica”.

conceder ao caso a solução mais adequada à sua concretização [...]” (ROSENVALD, 2005, p. 164).

Portanto, sempre haverá a incidência de valores em ambas as expressões, com a diferença que nos conceitos indeterminados há apenas uma abstração no conteúdo da norma, pois as consequências já estão nela determinadas, já nas cláusulas gerais há um grau de generalidade e abrangência maior em amplitude, a possibilitar ao julgador preencher o conteúdo abstrato da norma e estipular as consequências (soluções) aplicáveis ao caso concreto.

## **2.4 A insurreição do princípio da autonomia da vontade no direito das obrigações**

O princípio da autonomia da vontade também sofreu a grande transmutação, juntamente com o direito em geral, influenciado pela nova ordem jurídica global surgida no pós-Segunda Guerra Mundial, momento em que começou a ser reconhecida uma normatividade dos valores fundamentais do ser humano que resultaram em princípios supremos na nossa sociedade. Coube ao estudo do direito a humanização do Ser (do homem) como pessoa digna em existência e convivência com os outros.

Em vista disso, desapegou-se da antiga ideia patrimonialista do liberalismo oitocentista, cuja base estava na fórmula de que “o contrato faz lei entres as partes”<sup>64</sup> (FERREYRA, 1978, p. 130), na qual não se admitia qualquer interferência ao que foi pactuado no negócio.

Nesse raciocínio, Nelson Rosenvald (2005, p. 73) explica que “estávamos acostumados a perceber a relação obrigacional por sua feição externa, ou seja, uma relação entre credor e devedor, consubstanciada em uma prestação. Mais nada”. E continua referido autor (2005, p. 73), apoiado nessa mudança de paradigma no mundo jurídico, que “já é hora de atinarmos para a feição interna da relação e

---

<sup>64</sup> Cf. Edgard A. Ferreyra (1978, p. 130) ensina que essa fórmula teve “comparação e inspiração inegável no artigo 1.134 do Código de Napoleão, que reflete a tendência individualista da Revolução Francesa”, pois “a lei napoleônica exaltou em norma expressa o poder da vontade, proclamando no art. 1134 que as convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes contratantes [...]” (tradução livre do original em espanhol: “*de símil e inspiración innegable en la norma del art. 1134 del Código Napoleón, que recoge la tendencia individualista de la Revolución Francesa*”; e, “*La ley napoleónica exhaltó en norma expressa el poder de la voluntad, proclamando el art. 1134 que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre los contratantes [...]*”).

percebermos que cada vínculo obrigacional guarda influxos distintos da boa-fé objetiva e dos deveres de conduta, merecendo um exame em sua concretude”.

É nessa perspectiva de despatrimonialização e aceitação dos valores humanos e sociais, que a autonomia da vontade individual sofre restrição. “O poder e a liberdade que a parte tem de contratar ou não contratar, de escolher o outro contratante, ou mesmo de fixar o conteúdo do contrato (puntuar) tem uma clara limitação social” (KÜMPEL, 2007, p. 94).

Nessa nova realidade<sup>65</sup>, o contrato adequou-se - segundo Cláudia Lima Marques (1998, p. 37) - “de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação de vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mais equitativas”.

Para Pontes de Miranda (1962, p. 39), “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”.

Diante disso, a autonomia da vontade não tem mais lastro na liberdade plena do indivíduo, porque foi mitigada pela evolução da racionalidade humana na exigência de possibilitar a interferência na relação contratual para preservar o equilíbrio de justiça e o bem-estar social. Substituiu-se a liberdade plena individual por uma liberdade vigiada pelos princípios jurídicos. Essa revolução no ordenamento transformou a autonomia da vontade (liberal) em uma autonomia privada (social).

Observa-se que admitir uma autonomia privada limitada não significa uma total desconsideração da vontade individual, pelo contrário é reforçá-la em muitos casos, a exemplo das relações de consumo em que “anular um contrato abusivo é, no fim das contas, prestar homenagem à força do contrato livremente concluído” (NEGREIROS, 1998, p. 208).

Nesse sentido, Pietro Perlingieri (1997, p. 280) informa que “os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”.

---

<sup>65</sup> Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 02) destaca que “na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica”.

Posto isso, ciente dessa influência principiológica atual na autonomia privada, no caso concreto cabe perscrutar sobre a manifestação da vontade na interpretação do negócio jurídico, assim, como descobrir qual a real intenção das partes num contrato escrito?

Ora, duas são as teorias que se destacaram: a teoria da vontade e a teoria da declaração. A primeira, preferida na vigência do Código Civil de 1916, e formulada por Savigny<sup>66</sup>, indica que o querer individual é a essência do negócio jurídico (RODRIGUES, 1982, p. 31), ou seja, o que importa é a vontade do agente, ainda que outra seja sua declaração. Busca-se a intenção subjetiva das partes, não valendo totalmente a manifestação expressa (escrita) aposta no contrato, quer dizer, na prática havendo dúvida do que foi escrito, essa declaração não prevalece, mas sim a intenção manifestada na consciência da pessoa.

Diferentemente, a teoria da declaração, expressada por Von Bulow, prioriza a declaração feita, isto é, o “sentido normal da declaração” (GOMES, 1999, p. 275). Valoriza-se o que foi pactuado de forma objetiva pela declaração escrita, independente da intenção (vontade) dos negociantes, visa proteger a força da palavra (a confiança em si) dirigida para quem recebeu a declaração e nela confiou.

Mesmo assim, num primeiro momento, poder-se-ia ter dúvidas sobre qual teoria haveria de ser aplicada na causuística da obrigação assumida, já que o artigo 112, do Código Civil Brasileiro de 2002, traz a seguinte redação: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Observa-se que a nova redação do Código Civil de 2002 - segundo José Carlos Moreira Alves (2003, p. 108) - visou “deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante<sup>67</sup>”. Assim, a intenção consubstanciada na declaração, num sentido objetivo, deve prevalecer sobre a vontade íntima (subjetiva) do declarante. É o que o Professor Gustavo Tepedino (2006, p. 248) denominou de “vontade contratual consensualmente compreendida”, isto é, a vontade materializada na declaração interpretada conforme o conteúdo do negócio jurídico.

---

<sup>66</sup> Para maior reflexão no assunto: Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. Trad. Guéneoux. Paris: Firmin Didot, 1945. v.3 (§ 135, Apêndice III, nº 24).

<sup>67</sup> No antigo Código Civil de 1916, adotava-se a teoria da vontade, conforme redação do art. 85: “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Então, pode-se afirmar que a ideia do Código Civil de 2002 não foi assumir a posição da teoria da vontade ou da declaração, mas sim adotar uma posição principiológica, de forma a mitigar a declaração literalmente manifestada em função de fatores humanos, sociais e econômicos do negócio, o que coaduna com os princípios basilares que norteiam todo o Código em si, a saber: socialidade, eticidade e operabilidade.

Numa síntese, orientado por Miguel Reale (2002b, p. 13), o princípio da socialidade informa a superação do caráter individualista pela prevalência dos valores humanos e coletivos; o princípio da eticidade visa superar o apego ao formalismo do código anterior para aceitar a aplicação de valores éticos pelo direito, substituiu-se a técnica formal de conceitos fechados, estruturados nas normas, por postulados em forma de conceitos abertos, a exemplo da boa-fé objetiva; e, por fim, o princípio da operabilidade visa descomplicar a aplicação dos institutos do direito, pregando na simplicidade a obtenção de uma maior efetividade das normas.

Destarte, a autonomia privada “tem-se que é esta a liberdade do indivíduo em constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas. É o poder do indivíduo de auto-regulamentar (sic) seus interesses com clara limitação pelos princípios de ordem pública e bons costumes” (KÜMPEL, 2007, p. 95).

E, por isso, reafirma-se que a relação obrigacional jurídica deve observar o princípio da autonomia privada, a qual é influenciada diretamente pela boa-fé objetiva<sup>68</sup>, especialmente na questão da liberdade do conteúdo contratual manifestada pela vontade do agente.

## **2.5 Da fé pública: uma presunção da veracidade.**

Tratar de fé no campo do direito exige mais que a confiança depositada entre os envolvidos na negociação, necessita de algo que lhes deem segurança jurídica do que foi pactuado e que possa valer como prova perante toda a sociedade.

---

<sup>68</sup> Vale mencionar que “o princípio da boa-fé, como resultante necessária de uma ordenação solidária das relações intersubjetivas, patrimoniais ou não, projetada pela Constituição, configura-se, muito mais do que como fator de compressão da autonomia privada, como um parâmetro para a sua funcionalização à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões” (NEGREIROS, 1998, p. 222-223).

Por isso, o ser humano na busca de um sentido para a vida e para a felicidade necessita conviver<sup>69</sup> com o outro (GOMES, 2008, p. 65), e acaba por construir uma civilização decorrente de sua evolução e comunicação racional.

Essa relação humana, cujo lastro é a mútua confiança, tem como pressuposto “[...] uma presunção de veracidade, de um depósito de fé, sem a qual os vínculos de sociabilidade e de educação seriam impossíveis” (AMADEI, 2014, p. 36).

Nesse sentido, o Ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Vicente de Abreu Amadei (2014, p. 36), ensina que “é reconhecida a presunção da veracidade humana e se diz que, em regra, o homem é verídico, e, digno de confiança, tomam-se por verdadeiras suas afirmações”. Contudo, o referido autor (2014, p. 36), traz a exceção dessa regra - ao citar as palavras do pré-socrático Demócrito de Abdera<sup>70</sup> (1996, p. 308, DK 68 B 67) -, “não em todos, mas apenas nos dignos de fé, deve-se confiar: uma coisa é própria do simplório, a outra do sábio”.

Então quem seriam os “dignos de fé” detentores de uma presunção de veracidade aceita pela sociedade? É nesse questionamento que cabe diferenciar a fé individual da fé pública, pois aquela é pessoal, enquanto esta tem sua crença atribuída pela própria coletividade, num procedimento legítimo, com objetivo de garantir a segurança, a publicidade e a autenticidade na realização dos atos jurídicos praticados na sociedade. Apesar do termo fé pública aparentemente refletir várias conotações no âmbito jurídico, pode-se distingui-la em dois sentidos: um subjetivo – quando condizente com essa crença coletiva, isto é, a confiança de um povo depositada em certa coisa ou em alguém (como exemplos: a moeda, o selo público, documento ou escritura pública, o documento autenticado, o reconhecimento de firma); e outro objetivo – referente à qualidade que reveste determinadas pessoas de alto reconhecimento na sociedade, ditas autoridades (Juízes, Autoridades Públicas em geral, Tabeliães e Registradores) (AMADEI, 2014, p. 40-43).

---

<sup>69</sup> O professor Sérgio Gomes (2008, p. 65) ensina que “só a reflexão que leve em conta o conhecimento a respeito do ser humano – gravemente menosprezada pela cultura da tecnociência e do consumismo desenfreado vigentes – pode abrir à construção de um sentido construtivo da vida e da felicidade (eudaimonia) tão sonhada por todos os humanos”, e continua, “o viver humano é conviver, isto é, viver ‘com o outro’. Este outro é sócio de cada um na empreitada que compartilham: a experiência da vida [...]”.

<sup>70</sup> Sugestão para aprofundamento no tema: DEMÓCRITO. Sentenças de Demócrates. In: **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. Tradução: Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Col. Os pensadores).

Ainda, Vicente de Abreu Amadei (2014, p. 44), após fazer essa diferenciação assinala que, para o direito, tanto a fé pública subjetiva como a fé pública objetiva são situações secundárias decorrentes de uma noção geral de fé pública atribuída juridicamente “[...] a alguém que encerra a autoridade de conferir crédito ou confiança social, pelo exercício regular de sua função [...]”, sendo por excelência, os órgãos dessa fé pública, o Notário e o Registrador<sup>71</sup>.

Portanto, os Notários e Registradores são as autoridades dignas da fé pública, legitimados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 236<sup>72</sup>, e pela Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, no artigo 3º<sup>73</sup>, caracterizam-se como profissionais do direito no exercício privado de função pública delegada pelo poder soberano, e têm - desde o início de suas atividades - a necessidade ao atendimento do clamor humano e social pela “segurança, certeza e estabilidade das relações, jurídicas ou não” (RIBEIRO, 2009, p. 12), pois antigamente, num mundo iletrado, propendente a evolução do comércio, da indústria e com a expansão dos povos antigos, fez-se imprescindível à atuação de um agente de confiabilidade social, capaz de instrumentalizar as manifestações dos contratantes, num momento em que a lei natural e a boa-fé resultante das palavras dos cidadãos já não eram suficientes em evitar os vícios decorrentes das relações sociais, inclusive quanto à perpetuação do negócio jurídico (RIBEIRO, 2009, p. 10-15).

---

<sup>71</sup> Para o Desembargador Vicente Abreu Amadei, “a fé pública nas notas e registro comunga [...] o princípio finalístico e a mesma eficácia formal e substancial [...] que toca ao valor inerente às relações jurídico-sociais, enquanto formas condutoras de direitos, por documentação e instrumentação pública, com direcionamento profilático, em prol da certeza, da estabilidade das relações jurídicas e da paz social” (2014, p. 45).

<sup>72</sup> Conforme a Constituição Federal: “art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 15 abr. 2015.

<sup>73</sup> Conforme Lei nº 8.935/94: “Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. BRASIL. Lei nº 8.935, 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 15 abr. 2015.

Com efeito, além da presunção de veracidade conferida aos atos praticados pelos Notários e Registradores, também cabe ressaltar o sentido jurídico de “força probante atribuída pelo ordenamento<sup>74</sup>” (REZENDE e CHAVES, 2010, p. 85) nos atos e documentos atestados por eles, pois, esse “valor jurídico e a certeza implicam que a fé pública pressupõe a correspondência da realidade, cuja firmeza é tutelada pelo Direito” (REZENDE e CHAVES, 2010, p. 85).

Enfim, após ter apresentado algumas noções sobre a fé (em si), cabe agora perquirir os caminhos alcançados à sua evolução até a conquista de ser considerada como boa-fé, e transmudar-se num dos principais princípios jurídicos da atualidade.

---

<sup>74</sup> Assim, “por sua própria natureza, a fé pública é uma instituição jurídico-pública, tendo, necessariamente, um sinal público autorizado pelo Estado, de maneira que o qualificativo de público compreende a fé, significando que o notário é uma autoridade da sociedade nesse setor, vindo a garantir a certeza e autenticidade naquilo que exara” (REZENDE e CHAVES, 2010, p. 85).

## **CAPÍTULO II**

### **FORMATAÇÃO DA BOA-FÉ E ORGANIZAÇÃO DOS SEUS DESDOBRAMENTOS**

#### **1 FUNDAMENTOS SOBRE A BOA-FÉ**

Conhecer a boa-fé<sup>75</sup> é ir muito mais além do que estudar sua influência principiológica ou o alcance das suas funções para o direito, na verdade, o que se pretende é determinar o próprio agir humano (a razão humana) nas relações negociais, para o intento de se construir e conviver numa sociedade melhor, mais justa e igual.

Como bem pontuou Antonio Menezes Cordeiro (1980, p. 125), “na linguagem comum, age de boa-fé aquele que procede com observância dos preceitos impostos pelo que, em determinada sociedade concreta, seja considerado como comportamento socialmente correcto (sic)”.

Nessa perspectiva, examina-se sua origem e evolução, conquanto sua relação com a fé já se fez de forma exaustiva no capítulo anterior, propõe-se agora a desvendar o momento em que a fé passou a ser considerada boa-fé, inclusive quando se erigiu a categoria dos mais célebres princípios jurídicos no universo contratual.

Faz-se, também, necessário esclarecer a distinção entre a boa-fé Subjetiva e a Boa Objetiva, e delimitar bem os seus campos de aplicação no direito, especialmente no direito civil, de modo a revelar as atuais decisões dos nossos tribunais quanto à sua aceitação na prática cotidiana.

Após essa diferenciação, destaca-se a boa-fé objetiva para compreender o seu campo de atuação, sobretudo, com base em suas funções de interpretação, controle e integração.

#### **1.1 O Princípio da boa-fé: origem, evolução e sua relação com a confiança**

---

<sup>75</sup> Importante esclarecer, desde já, que a expressão boa-fé é utilizada nos idiomas latinos como *bona fides*, *bona fede*, *bonne foi*, *buena fé*, entre outros, e no idioma alemão como *Treu und Glauben* (lealdade e crença) (MENEZES CORDEIRO, 1980, p. 119).

Buscar a origem da boa-fé se faz necessário para compreender que desde a Roma antiga já existia a presença de uma regra de conduta que caminhava, às vezes, num sentido objetivo e, outrora, num sentido subjetivo.

De fato, na doutrina de António Menezes Cordeiro (1984, p. 53-59), o fenômeno da boa-fé provém da *fides* romana, com base em diversos conceitos do período arcaico e pré-clássico, dentre os mais significativos estão: a *fides-sacra* - de aspecto religioso e moral, tanto no culto da deusa Fides, que representava o compromisso e a lealdade, quanto na Lei das XII Tábuas<sup>76</sup>, ao impor sanções religiosas para o cliente que fraudasse a proteção dada pelo seu patrão -; a *fides-facto* - com significado de garantia (com o cliente), de ligação com a promessa efetuada, ou seja: a confiança<sup>77</sup> -; e, a *fides-ética* - de caráter apenas moral, atribuído como um dever a ser cumprido por todos.

No sistema jurídico romano do último século antes de Cristo, ante a expansão militar e o nascente negócio mercantil, surgiram novas contratações baseadas apenas na confiança mútua entre os participantes, momento em que a expressão *fides* recebeu o qualificativo *bona*, para formar a expressão *fides bona*, que era utilizada no sentido objetivo para regulamentar os negócios jurídicos, sendo o seu oposto o termo *dolus malus*<sup>78</sup>, permanecendo, assim, até o desenvolvimento do direito canônico, o qual enfatizou os valores transcendentais, e a *fides bona* perdeu o seu conteúdo objetivo para permitir uma subjetividade que se fez na acepção de *bona fides*, cujo oposto seria a *mala fides* (MENEZES CORDEIRO, 1980, p. 120-123).

---

<sup>76</sup> Conforme veiculado no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: “A Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* ou simplesmente *Duodecim Tabulae*, em latim) constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano. Formava o cerne da constituição da República Romana e do *mos maiorum* (antigas leis não escritas e regras de conduta)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJuristica&pagina=tabuas>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

<sup>77</sup> A *fides-facto* nesse sentido de confiança entre as partes era associada “ao ritual de dar a mão direita, representando em palavras o aperto de mão primitivo” (KÜMPEL, 2007, p.25).

<sup>78</sup> Nesse sentido, Menezes Cordeiro (1984, p. 70) menciona que “[...] com a criação e sucesso da *fides bona*, a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afectivas (sic), ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente, e que se mantém: fé”. Ademais, “a transição da *fides* descaracterizada, para uma expressão técnica verdadeira, com todas as suas implicações é, de certo, artificial, no sentido de obra humana voluntária. E foi uma criação hábil: escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* - isto é, algo ligado a ‘poder’, ‘garantia’, ‘respeito’ e com uma áurea mística - e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir” (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 101).

O professor Flávio Rubinstein (2004, p. 236) explica que “esse cenário não poderia ser obra do acaso; revelaria, em verdade, a assinatura indelével da comunidade humana organizada, dispondo de órgãos especializados para aplicar o seu engenho à reforma, meditada e pretendida, de relações sociais”.

Somente com a mudança na concepção jurídica do pensamento intelectual pós-Segunda Guerra Mundial - com o reconhecimento jurídico de valores identificados na pessoa como um fim em si mesma, a qual exerce sua potencialidade dentro de uma coletividade organizada, na busca de valorização da sua própria dignidade como Ser Humano -, que houve a aceitação (universal) da transmutação da boa-fé, ao extravasar a dimensão dos valores (morais) e atingir sua equiparação às normas (jurídicas). Sua convalidação no campo jurídico com força de normas se fez por meio de princípios jurídicos expostos no ordenamento pela técnica de cláusulas gerais<sup>79</sup>, numa interpretação racional e sempre atualizada para o caso concreto a ser analisado.

Percebe-se, assim, uma evolução do que se entende por “dever” contido no princípio da boa-fé, antes visto como um Dever Moral, e atualmente convertido em um Dever Jurídico. As pessoas passaram a assumir perspectivas diversas, pois extrapolaram seus mandamentos morais para exercerem seus direitos. Em uma relação moral uma pessoa se preocupa como ela, individualmente, se comportará perante a outra, já na relação jurídica a preocupação é social e o comportamento a ser analisado também será sobre as outras pessoas para com ela (HABERMAS, 2012, p. 20-21). Há no Dever Jurídico uma relação de cumplicidade entre o “eu” e a “coletividade”, para se atingir uma proteção humana e social.

Quanto à confiança<sup>80</sup>, da mesma forma, há de considerar-se um dever que atingiu o status de princípio, com reconhecimento e tutela, mas integrante do princípio da boa-fé, assim, nas palavras de António Menezes Cordeiro (1984, p. 1234), “a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade (sic) ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por afectivas (sic)”.

---

<sup>79</sup> O tema sobre “das cláusulas gerais e sua aplicação” já foi abordado nesta pesquisa no Capítulo 1, subitem 2.3, ao qual se aconselha a leitura.

<sup>80</sup> Para Vitor Frederico Kümpel (2007, p. 88) a “confiança é a crença na probidade moral, na sinceridade e nas qualidades de uma pessoa. A ideia gera incompatibilidade com a traição, com o deslize e com a demonstração de incompetência. Também admite o sentido de suficiência, de segurança e de firmeza”.

Posto isso, verifica-se que os efeitos da noção de boa-fé ainda coexistem em duas situações: uma, a que atribui um valor (moral) a boa-fé, num sentido subjetivo de crença entre as partes; e outra, a que considera a boa-fé como norma, isto é, um padrão de conduta de eficácia jurídica a ser cumprido por todos (um princípio jurídico). É nessa perspectiva que cabe destacar a diferença entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva mais atentamente.

## 1.2 Dualidade entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

A boa-fé constitui-se de um elemento fundamental que é a confiança – e como visto anteriormente, derivado da própria noção de fé<sup>81</sup> - ou como os romanos preferiram chamar, simplesmente, *fides*, da qual se originaram a *fides bona* e a *bona fides*. Esta, como dito alhures, possui características de subjetividade imposta na consciência do sujeito, pela crença ou pela ignorância (em alguém ou em alguma coisa). Aquela, necessária à convivência com o outro, num âmbito social, exigiu da confiança recíproca um dever de conduta nos negócios emergentes.

Diante disso, torna-se evidente a diferença entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva; “nesta, o sujeito tem um comportamento segundo a boa-fé; naquela, o sujeito está em ou de boa-fé. Portanto, a boa-fé não parece prestar-se a uma definição unitária<sup>82</sup>” (MARTINS, 2000, p. 16).

A questão da dualidade jurídica da boa-fé surgiu mesmo na França, quando do Código Napoleão em 1804<sup>83</sup>, a qual era apresentada em dois sentidos técnicos, uma, na boa-fé contratual<sup>84</sup> e, outra, na boa-fé possessória. A primeira baseava-se na ausência de dolo e de má-fé; na segunda, havia um propósito psicológico na crença do possuidor de ser o titular da coisa que estava em seu poder, por simples ignorância do vício que o impedia de ser proprietário (ou seja, a falta do título de propriedade) (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 241-248). Nessa análise,

<sup>81</sup> Como estudado no primeiro capítulo desta pesquisa, a confiança é uma das características da Fé.

<sup>82</sup> Entretanto, cabe mencionar que o ilustre José Luis de Los Mozos (1965, p. 10) considera a boa-fé como um instituto único, que não admite distinção em seu aspecto subjetivo e objetivo, isso porque ao analisar a doutrina dos atos próprios (*venire contra factum proprium*) percebeu que nela não se enquadraria nenhuma das acepções de boa-fé (subjetiva ou objetiva).

<sup>83</sup> Segundo Menezes Cordeiro (1984, p. 226), “depois do Digesto, em 532, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804. A referência a ambas essas datas tem um sentido formal: Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito Romano; o Código Napoleão é o formar, também em parâmetros determinados, do Direito europeu anterior”.

<sup>84</sup> Também chamada de “Boa-fé jusracionalista” pelo Ilustre Menezes Cordeiro (1984, p. 247), ao afirmar que ela tem um “[...] papel específico, assumido então, de fortalecimento dos contratos”.

assemelham-se os termos da boa-fé subjetiva - como sendo a boa-fé possessória - e da boa-fé objetiva – orientada pela boa-fé contratual.

No entanto, a utilidade prática da boa-fé objetiva (contratual) naquela época não resultou em sucesso, até porque os interpretes exegetas<sup>85</sup> se preocupavam mais em discutir quais eram os verdadeiros significados da boa-fé objetiva do que em aplicá-los de fato, o que fez da boa-fé subjetiva a única a ser considerada até então.

Diante disso, tem-se uma tentativa de unificação dos conceitos de boa-fé – as chamadas “concepções unitárias da boa-fé” -, as quais foram adquiridas por uma de duas vias: por exclusão – inutilizando os enunciados normativos abertos que não compartilham com esse raciocínio -; ou por inclusão – legitimando conceitos compatíveis para se alcançar um regramento normativo comum. Ora, adotar-se tal concepção estaria: ou em reduzir a boa-fé apenas no caráter subjetivo como manifestação de foro íntimo das pessoas ou numa formulação metajurídica de um princípio geral de aplicação da boa vontade moral no campo do direito ou, ainda, apelar a um estado de espírito da própria manifestação moral da pessoa. Isso resultou num conceito de boa-fé imprecisa, vaga e de extrema abstração (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 262-263), o que veio a provocar também o insucesso das concepções unitárias<sup>86</sup>.

Assinala Maisa Conceição Gomes Gontijo (2009, p. 53) que “a utilização do termo boa-fé com duas acepções foi utilizada por motivos lingüísticos pelo Código suíço em sua versão francesa, pois a expressão boa-fé deveria remeter aos sentidos da versão original alemã *Treu und Glauben e guter Glaube*”.

Nota-se, na verdade, um retorno ao ponto inicial, pois, mesmo havendo um pioneirismo terminológico glorioso no Código Suíço, o significado conceitual na

---

<sup>85</sup> A escola da exegese - conforme Menezes Cordeiro (1984, p. 252) - “[...] consiste em ligar à lei escrita – para o caso, ao Código Napoleão – todas as soluções que se venham a apresentar. [...] A escola da exegese, apesar de dominada por pressupostos metodológicos estáticos, não podia ficar em total imobilidade durante quase duzentos anos. A sua periodificação com base em alterações significativas no seu pensamento não conduz, no entanto, a resultados claros, numa situação insatisfatória que se agrava quando se pretendia o estudo da boa-fé. A exegese provocou, como se vai ver, a decadência desse instituto que, assim, menos do que outros, acusa uma falta acentuada de modificações”.

<sup>86</sup> Cabe anotar, ainda, que nessa concepção unitária da boa-fé (em subjetiva) havia uma classificação que a distinguia a “boa-fé ética” da “boa-fé psicológica”, nesta “[...] a ignorância é indesculpável quando a pessoa desrespeita deveres de cuidado ou ocorre [...] a boa-fé como a crença de não lesar”, naquela “[...] a boa-fé é a ausência da má-fé; somente nas hipóteses de dolo é que afetarão a boa-fé. Considera-a, portanto, como conceitualmente independente da culpa” (MARTINS, 2000, p. 19).

dualidade da boa-fé é semelhante ao Código Napoleão, isto é, na ilação de Menezes Cordeiro (1984, p. 265), “a boa-fé subjetiva, comum na posse, integraria a hipótese de certa crença errônea (sic) [...]”, enquanto à “boa-fé objetiva correspondia à lealdade, ao comportamento das pessoas honestas e opor-se-ia ao dolo e à fraude, seria exigida na conclusão e execução dos contratos<sup>87</sup>”.

Foi o Código Civil Alemão (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>88</sup> - promulgado em 1896, mas com vigência a partir de 1º de janeiro de 1900) que separou as expressões designativas da boa-fé, assim, “[...] *guter Glauben* (boa crença) para a subjetiva, na qual está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica”, e a outra “[...] *Treu und Glauben*<sup>89</sup> (lealdade e correção) para a objetiva (parágrafo 242 do BGB), na qual segundo a boa-fé age quem tem motivos para confiar na outra parte” (MARTINS, 2000, p. 16).

Em síntese, pode-se dizer que a boa-fé subjetiva é um estado psicológico (interior) da pessoa que acredita agir de modo correto, mas, na realidade, atua de modo irregular com potencial lesivo a outrem (KÜMPEL, 2007, p. 83). Já a boa-fé objetiva é uma “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412). “Em ambas, portanto, existe um elemento que é a confiança (derivada da *fides* romana) de alguém que acreditou em algo, mas somente na objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem<sup>90</sup>” (MARTINS, 2000, p. 18).

Na prática, diferenciar a boa-fé em subjetiva e objetiva, nem sempre será trabalho fácil, até porque, a boa-fé objetiva apesar de universal, não pode ser

---

<sup>87</sup> Neste contexto, ainda vale mencionar sobre a “tripartição conceitual da boa-fé”, que – segundo Menezes Cordeiro (1984, p. 265-266) - corresponde a uma variação da dualidade entre a boa fé objectiva (sic) e subjectiva (sic). Proposta por Gorphe, consiste em distinguir uma boa fé-critério de avaliação e interpretação de actos (sic) jurídicos, próxima da equidade, uma boa fé-objecto (sic) de obrigação, traduzindo o comportamento leal e honesto e uma boa fé-crença errônea (sic) de certa situação. No fundo, assiste-se, aqui, ao desdobrar da boa fé objectiva (sic), em obediência a tensões presentes no comentarismo, onde surgiam referências a uma boa fé-equidade e uma boa fé-ausência de fraude”.

<sup>88</sup> A tradução livre de *Bürgerliches Gesetzbuch* é, simplesmente, Código Civil.

<sup>89</sup> A tradução livre de *Treu und Glauben* é Boa-fé, o mesmo se refere a *guter Glauben*, onde *Glauben* significa fé, e *Treu und* e *guter* significa bom/boa, com a diferença de que esta é para a boa-fé subjetiva e aquela para boa-fé objetiva. São expressões diferentes com sentidos diferentes (em alemão), mas cuja tradução literal para o português seriam expressões iguais com sentidos diferentes.

<sup>90</sup> Esse entendimento coaduna com o insigne Renan Lotufo (2003, p. 315), o qual esclarece: “a boa-fé negocial traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido”.

apresentada como uma moldura, na qual se enquadraria ou não determinado perfil, ora, seria o mesmo que dizer isso da fé, numa tentativa de distinguir as pessoas que a possuem em maior ou menor quantidade. Assim, somente em cada caso concreto que se poderá analisar se houve uma ou outra, mas sempre amparados nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social.

### 1.3 Aparição da boa-fé objetiva no direito brasileiro

No nosso ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas de 1603 (Livro I, Título LXII, § 53<sup>91</sup>), e depois no Código Comercial de 1850 (artigo 131, inciso I<sup>92</sup>), já estava presente a boa-fé objetiva como regra interpretativa, porém sem grande utilização como fonte autônoma para o direito. Também houve vários projetos e anteprojetos de Codificação Civil com referência a sua normatização, mas que nunca foram aprovados, o que só aconteceu timidamente com a publicação do Código Civil de 1916, ao contemplá-la em apenas dois artigos, 1.443 e 1.444<sup>93</sup> (específica aos contratos de seguro), todavia, ainda, sem alcance de regra geral no âmbito das obrigações.

<sup>91</sup> Cf. Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXII, § 53, (*in verbis*): "E, por não convir em duvida qual he Morgado, ou Capella, declaramos ser Morgado, se na instituição, que dos bens os defuntos fizeram, for conteúdo, que os Administradores e possuidores dos ditos bens cumpram certas Missas ou encarregos, e o que mais renderem hajam para si, ou que os Instituidores lhes deixaram os ditos bens com certos encarregos de Missas, ou de outras obras pias. E se nas instituições for conteúdo, que os Administradores hajam certa cousa, ou certa quota das rendas que os bens renderem, assi como terço, quarto ou quinto, e o que sobejar se gaste em Missas, ou em outras obras pias: em este caso declaramos, não ser Morgado, senão Capella. E, nestas taes instituições e semelhantes póde e deve entender o Provedor, postoque nas instituições se diga que faz o Morgado, ou que faz a Capella; porque às semelhantes palavras não haverão respeito, sómente á fôrma dos encarregos, como acima dito he." In: Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14 ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. (p. 128). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

<sup>92</sup> Cf. Código Comercial (parte revogada pela Lei 10.406, de 10.1.2002) – "Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; [...]". In: BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

<sup>93</sup> Cf. Código Civil de 1916 (Revogado pela Lei nº 10.406, de 2002): "Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. Art. 1.444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido." In: BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado pela Lei nº 10.406, de 2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

Importante lembrar que, até a vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988, predominava no país uma interpretação exegética, num modelo jurídico fechado, de caráter estático do direito privado, motivo pelo qual a boa-fé se viu obstruída de desenvolvimento. Então, com o advento da Constituição Federal iniciou-se um processo de abertura do sistema normativo do país, o que resultou no movimento de constitucionalização do direito civil, pois “a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LOBO, 2003, p. 199).

Vale frisar que a constitucionalização do direito civil significa – para Pietro Perlingieri (1997, p. 19) - “[...] a releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição”. Nesse sentido, ressalta-se que “[...] estudar o Direito Civil, significa estudar (os seus) princípios a partir da Constituição. O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de consequência, também no Direito Civil, permitindo, deste modo, vislumbrar a importância da noção de igualdade” (FACHIN, 2000, p. 301).

Da mesma forma, “a edição do Código de Defesa do Consumidor representou um corte epistemológico, pois a boa-fé assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro” (ROSENVALD, 2005, p. 85). Essa normatização inovadora teve como objetivo limitar a autonomia da vontade das partes nas negociações de consumo que envolvessem contratos típicos de adesão, para coibir cláusulas uniformes que se impunham não só aos menos favorecidos na relação, mas também ao próprio interesse social aliciado, e assim inibir os abusos até então praticados sem regulamentação. A proteção conferida ao princípio da boa-fé objetiva nesse Código (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) está expressa em dois artigos, 4º, III<sup>94</sup>, e 51, IV<sup>95</sup>, entretanto, seus efeitos refletem em outros dispositivos, a

---

<sup>94</sup> Cf. Código de Defesa do Consumidor – “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. In: BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

exemplos do artigo 8º, 10, 47<sup>96</sup>, entre outros<sup>97</sup>, sempre com intuito de reequilibrar, harmonizar e orientar o exercício normal do direito do consumidor (MARTINS, 2000, p. 96-97).

Posteriormente, o princípio da boa-fé objetiva teve seu fundamento no Código Civil de 2002, vigente desde 11 de janeiro de 2003, consagrado nos artigos 113<sup>98</sup>, 187<sup>99</sup> e 422<sup>100</sup>, e veio a confirmar essa influência de mudança na concepção valorativa dos princípios no nosso ordenamento jurídico, iniciada pela constitucionalização do direito civil brasileiro desde a Constituição Federal de 1988, que, inclusive, trouxe novas estruturas normativas produtoras de modelos dinâmicos, como forma de experiência concreta (REALE, 2002a, p. 186).

Esse Código Civil, diferentemente de seu antecessor de 1916 - fundado no modelo fechado de exacerbada técnica advinda da escola da exegese no transcórrer do positivismo -, alterou o paradigma jurídico nacional ao reconhecer um sistema aberto funcionalizado em cláusulas gerais, capaz de efetivar os princípios da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade nas relações negociais intersubjetivas, a atingir uma concretude de justiça social.

---

<sup>95</sup> Cf. Código de Defesa do Consumidor – “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (sic);”. In: BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

<sup>96</sup> Cf. Código de Defesa do Consumidor – “Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.” “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.” “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” In: BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

<sup>97</sup> Outros exemplos no Código de Defesa do Consumidor são trazidos por Flávio Alves Martins (2000, p. 97): artigos 31, 36, 46, 52 e 54, § 4º.

<sup>98</sup> Cf. Código Civil – “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” In: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

<sup>99</sup> Cf. Código Civil – “Art. 187. 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.” In: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

<sup>100</sup> Cf. Código Civil – “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” In: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

É nessa toada que a boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 se apresenta “[...] como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal”, isto é, uma conduta sinônima de “honestidade pública” (REALE, 2003b, p. A2).

Assim, a boa-fé objetiva esteve presente em nosso ordenamento jurídico desde muitos anos antes do Código Civil de 2002, mas não foi bem aproveitada, pois ainda carecia de reconhecimento universal em sua aplicação, o que se confirmou, apenas, após a aceitação dos valores da pessoa e da coletividade trazidos pela Constituição de 1988 e posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor.

#### **1.4 Das funções da boa-fé objetiva**

A atuação do Princípio da boa-fé objetiva, como paradigma de regra de conduta correta a ser seguida por todos, pode ser compreendida ao explanar o exercício de suas três funções extraídas do Código Civil Brasileiro, a saber: a) função interpretativa (artigo 113); b) função de controle (artigo 187); e, c) função de integração (artigo 422).

Nessa linha de raciocínio, cabe mencionar que Judith Martins-Costa (2000, p. 427-428) classifica essa tripartição das funções da boa-fé objetiva da seguinte forma: a função de “cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”. Tal classificação, na verdade, é a mesma já apresentada, ou seja, funções de interpretação, integração e de controle, respectivamente, sugerindo apenas outra nomeação para os mesmos objetos.

O estudo dessas funções (da boa-fé objetiva) faz sentido quanto à sua aplicação normativa, pois sua funcionalização coaduna com a vertente de um sistema aberto aos valores humanos e sociais, mormente no que se refere aos negócios jurídicos atuais.

##### **1.4.1 Função de interpretação da boa-fé objetiva**

Num primeiro momento, essa função interpretativa da boa-fé pode parecer uma mera supressão das lacunas legais encontradas na relação negocial e que devem ser suportadas pelo magistrado na solução dos conflitos.

Mas não é só isso, posto que, há diferença entre o resultado do princípio da boa-fé objetiva e a própria aplicação interpretativa. Nesta, busca-se a vontade das partes na constituição do negócio, podendo haver um aumento no alcance do conteúdo anteriormente pactuado; já na boa-fé objetiva, muito além disso, por alcançar um universo mais profundo, pode-se determinar um limite aos direitos e obrigações em qualquer fase da contratação, impondo deveres outros que se sobrepõe a vontade inicial das partes, inclusive, funcionando como delineador da própria aplicação interpretativa<sup>101</sup> (COUTO E SILVA, 2007, p. 36).

A tarefa de interpretação do princípio da boa-fé objetiva é função do magistrado, o qual se utilizará de técnica hermenêutica que compreende uma diferenciação entre o contrato em si mesmo - como sendo o próprio negócio jurídico, num campo abstrato de aplicação normativa -, e a relação contratual – consistente na regulamentação estipulada pela vontade das partes quanto ao conteúdo do contrato, ou seja, as regras contratuais pactuadas, cuja aplicação só pode ser verificada na concretude de cada situação jurídica (LARENZ, 1978, p. 742-744).

Isso quer dizer que, não basta o juiz analisar o contrato como um “tipo legal abstrato” para enquadramento dentro do ordenamento jurídico, pois, na sistemática aberta imposta pelas cláusulas gerais, numa visão civil-constitucional, de reconhecimento dos princípios humanos e sociais, cabe ao julgador expandir sua atuação para valorizar a relação contratual de modo a considerá-la como “[...] um conjunto significativo, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 430).

Assim, a boa-fé não pode limitar-se somente a uma regra de flexibilização do conteúdo contratual, mas sim de exercer uma função de integração de forma a “inserir no complexo contratual o dever de atendimento aos legítimos interesses da contraparte” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 432).

---

<sup>101</sup> Cf. Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 36): “o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé”.

No Código Civil de 2002, essa função de interpretação foi trazida no artigo 113, ao enunciar que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O próprio Miguel Reale<sup>102</sup> (2003a, p. 01) denominou este artigo como “artigo chave do Código Civil”, pois estabelece “[...] normas fundantes que dão sentido as demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’”.

Verifica-se no citado artigo as normas de interpretação segundo a eticidade – como norma de conduta (boa-fé objetiva) – e a solidariedade – pela referência aos usos e costumes locais (da celebração do negócio).

#### **1.4.2 Função de controle da boa-fé objetiva**

A função de controle da boa-fé objetiva impõe um limite ao abuso no exercício do direito das partes contratantes, com o fim de se evitar a ilicitude de condutas na negociação.

O Código Civil de 2002, no artigo 187, assim expõe: “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”.

É evidente, nesse artigo, a função de controle imposta pela boa-fé objetiva, mormente ao transcrever que ela é um dos limites ao exercício do direito subjetivo de seu titular, que, se não for por ele obedecido, incorrerá na prática de um ato ilícito. Assim, as condutas humanas que excederem tais limites cometem abuso para o direito.

Nesse sentido, Delia Matilde Ferreira Rubio (1984, p. 231-232) esclarece: “[...] a boa-fé indica um limite, quer dizer, é algo que não deve ser excedido, senão causará consequências negativas. Essa margem está representada pelo respeito aos outros, pelo cumprimento das normas que impõe a boa-fé<sup>103</sup>”.

Não tem mais sentido o antigo brocardo “tudo o que não está proibido está permitido, e, portanto, toda conduta não proibida seria um direito” (MARTINS, 2000,

---

<sup>102</sup> Miguel Reale teve imensa participação na elaboração do Código Civil Brasileiro de 2002, pois foi o supervisor da comissão do projeto aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

<sup>103</sup> Tradução livre do original em espanhol: “[...] *la buena fe indica um limite, es decir algo que no debe sobrepasarse, sin provocar consecuencias negativas. Esse margen está representado por el respeto a los demás, por el cumplimiento de las normas que impone la buena fe*” (RUBIO, 1984, p. 231-232).

p. 25), pois, atualmente, só é permitido aquilo que não viola os limites impostos pela boa-fé objetiva, pelos bons costumes e pela finalidade social e econômica.

Nesse campo de interpretação, importante desde já diferenciar a boa-fé dos bons costumes, pois, estes “referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica” (COUTO E SILVA, 2007, p. 35), então, na prática, “quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrendo a nulidade do negócio jurídico”, já aquele que não informa uma circunstância necessária e capaz de prejudicar a conclusão normal da obrigação na relação contratual, viola o dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva (COUTO E SILVA, 2007, p. 35).

Já o limite imposto pela finalidade social e econômica é informado pelo princípio da função social, o qual “determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem<sup>104</sup>” (LÔBO, 2011, p. 33).

Apontando o maior interesse nessa pesquisa a violação da boa-fé objetiva, cabe analisar um pouco da teoria do abuso do direito, especialmente em relação à transposição dos limites ao exercício dos direitos subjetivos, com amparo no artigo 187 em comento, no âmbito dos atos ilícitos. Para tanto, apoia-se “[...] no contexto das obrigações complexas, nas quais a vontade livre dos contratantes perde exclusividade, pois o nível de atuação dos direitos subjetivos é funcionalizado em vista do adimplemento da relação jurídica” (ROSENVALD, 2005, p. 116).

Notadamente, “o falar em abuso do direito pressupõe adquirida a noção de Direito subjectivo (sic). A versão apresentada – o direito subjectivo (sic) é uma permissão normativa de aproveitamento específico [...]” (MENEZES CORDEIROS, 1984, p. 662). Nessa perspectiva, “o direito subjetivo<sup>105</sup> é o poder que a ordem

---

<sup>104</sup> O Professor Paulo Luiz Netto Lobô (2011, p. 34) explica que “a função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, pela tutela explícita da ordem econômica e social, na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato”.

<sup>105</sup> A presente pesquisa não pretende discutir as teorias que abrangem o direito subjetivo, apenas cabe lembrar que existem teorias negativas e positivas, nestas as mais importantes são: a) teoria da vontade (de Savigny, Otto Von Gierke e Windscheid) - cujo direito subjetivo seria a vontade tutelada pelo direito -; b) teoria do interesse (de Jhering) - que entende ser o direito subjetivo o interesse juridicamente protegido -; e, c) teoria mista ou eclética (de George Jellinek) - que envolve tanto a vontade como o interesse jurídico, onde o direito subjetivo é um interesse tutelado por lei mediante o

jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento<sup>106</sup> (AMARAL, 2003, p. 187).

A teoria do abuso do direito<sup>107</sup> aparece na França, no final do século XIX, por prever normas de responsabilização ao ofensor de um direito, e seu objetivo era inibir condutas ilícitas ao ordenamento jurídico, isto é, surge como um meio de limitar os excessos cometidos pela autonomia da vontade – praticamente ilimitados naquela época de vigência do positivismo. Por conseguinte, foi reconhecida a teoria dos atos emulativos que estabelece limites ao exercício do direito<sup>108</sup> de propriedade, e são vistos “como aqueles atos de emanação de poderes do domínio que o titular pratica sem qualquer vantagem econômica, mas com o objetivo de prejudicar terceiros” (ROSENVALD, 2005, p. 117), e a partir daí houve uma mitigação da hegemonia do absolutismo dos direitos subjetivos.

No abuso do direito - conforme Nelson Rosenvald (2005, p.123) - “[...] alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração”. É nesse sentido, da

---

reconhecimento da vontade individual -; assim, “qualquer que seja o entendimento sobre a matéria, o direito subjetivo representa uma esfera de liberdade, um domínio reservado ao titular respectivo, traduzindo-se em um poder legítimo de atuação individual. Significando também uma restrição legítima à liberdade de outrem, mais adequado seria dizer que o direito subjetivo é, simplesmente, um poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento” (AMARAL, 2003, p. 187-191). Para um maior aprofundamento no tema sugere-se: “AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003”.

<sup>106</sup> Em outras palavras, Francisco Amaral (2003, p. 189) explica que: “O direito subjetivo é, portanto, expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico. E continua referido autor (2003, p.187): “denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo. Seu titular é determinado e seu objetivo é específico”.

<sup>107</sup> Segundo Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 670-671) “a expressão ‘abuso do direito’ deve-se ao autor belga Laurent. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas em França, nas quais o Tribunal, reconhecendo embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito.” E para elucidar traz o exemplo de um fato ocorrido em 1808, de um proprietário de uma oficina de chapéus que foi condenado por provocar evaporação desagradável à vizinhança (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 671).

<sup>108</sup> Nesse sentido, Francisco Amaral (2003, p. 207-208) ensina que: “cada pessoa deve exercer os seus direitos nos limites estabelecidos pelo conteúdo (faculdades) do próprio direito ou de disposições legais específicas que visam proteger os direitos das demais pessoas. A extensão dos direitos subjetivos é condicionada, portanto, por limites próprios da natureza do direito (intrínsecos) ou por limites externos estabelecidos pelo direito (extrínsecos). São limites intrínsecos: 1) os que derivam da própria natureza do direito, quanto ao seu objeto e conteúdo. Por exemplo, o dono de um imóvel só pode atuar nos limites do objeto, o imóvel; e quanto ao conteúdo, o titular de uma servidão de passagem só pode exercer esse direito, nada mais; 2) os que derivam do princípio da boa-fé, como ‘as idéias (sic) de fidelidade, lealdade, honestidade e confiança na realização e cumprimento dos negócios jurídicos’; e 3) os que decorrem da função ou destino econômico e social do próprio direito, cuja contrariedade justifica a aplicação da teoria do abuso do direito. São limites extrínsecos os decorrentes da proteção que o direito dispensa a terceiros de boa-fé, e os nascidos da concorrência ou colisão com direitos de outrem”.

verificação da regularidade do exercício do direito subjetivo de alguém que se situa a ilicitude (MARTINS-COSTA, 2000, p. 455), daí observa-se que “o fim que tem o titular, ao exercer o seu direito, é irrelevante para o direito, tanto quanto o são os motivos na conclusão dos negócios jurídicos e na prática de atos jurídicos *stricto sensu*. Não importa, tão pouco, a reserva mental” (MIRANDA, 1954, p. 92).

Então, pode-se afirmar que “o mérito do art. 187 do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social” (ROSENVALD, 2005, p.122). Nesse sentido, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado nº 37, ao afirmar que “responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico<sup>109</sup>”.

Sob essa ótica, da relativização dos direitos subjetivos, sucede a noção de culpa social como a ofensa à coletividade, diferente da culpa individual, a qual tem reflexo em uma pessoa. Para Alvino Lima (1998, p. 257) o critério para estabelecer o abusivo de um direito seria “o maior prejuízo social”. Então, na culpa social existe uma ofensa à ordem pública, a qual requer um raciocínio objetivo de sua ilicitude, cujo parâmetro se verifica no âmbito axiológico dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, independente se houve culpa ou dolo na conduta do agente.

Assim, “[...] pode-se observar que as legislações em geral definem o abuso do direito como uma violação dos limites impostos pela boa-fé, ou seja, trata-se de uma desobediência genérica à conduta aferida a partir da boa-fé” (DANTAS JÚNIOR, 2006, p. 256).

Enfim, nesta função de controle, a boa-fé objetiva se apresenta como norma de conduta social a ser seguida por todos, não admitindo comportamentos contrários à própria dignidade humana, o que impõe sempre um agir comunicativo de lealdade, honestidade e probidade.

### **1.4.3 Função de integração da boa-fé objetiva**

---

<sup>109</sup> JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

Essa função da boa-fé objetiva está consubstanciada no artigo 422, do Código Civil de 2002, na qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, e visa, evidentemente, incorporar na relação negocial o dever imposto pela boa-fé de comportamento social e adequado aceito por todos de forma universal.

Numa rápida leitura do texto normativo poderia ser questionado qual o momento em que a boa-fé objetiva deveria guardar (ou proteger) a relação contratual? Seria apenas na conclusão do contrato e na sua execução, conforme explicitamente redigido no referido artigo? Ora, tal questionamento gerou, até mesmo, um projeto de Lei de nº 6.960, de 12 de junho de 2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, o qual foi arquivado na Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 2007<sup>110</sup>, e reapresentado pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá, como projeto de Lei nº 699, de 15 de março de 2011 – ainda em tramitação<sup>111</sup> -, para mudança na redação do artigo 422, no qual se pretende incluir que a boa-fé deverá guardar, além da conclusão e execução dos contratos, também as negociações preliminares, a fase pós-contratual e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade<sup>112</sup>.

Essa dúvida, atualmente, está superada, e nem precisaria mesmo dar continuidade na tramitação do referido projeto, tendo em vista a nova concepção principiológica do Código Civil, com uma preocupação maior em relação aos

---

<sup>110</sup> Eis o teor do veto de rejeição do Deputado Vicente Arruda na Câmara dos Deputados, o que levou ao seu arquivamento: “Art. 422 - Pela manutenção do texto, que fala em “conclusão do contrato”, que compreende a fase de negociação, elaboração, assinatura, e da sua “execução”, que compreende o cumprimento ou descumprimento das obrigações contratuais, bem como a solução dos conflitos entre as partes. Não devemos ceder à tentação de deixar tudo explícito, até mesmo o óbvio”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

<sup>111</sup> O Projeto de Lei nº 699/2011 encontra-se na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) com a seguinte situação: aguardando da Comissão de Coordenação Permanente (CCP) a devolução do Projeto de Lei nº 2325/2007 e seus apensos 3100/08 e 6862/10, com todo o material produzido pela Comissão, para garantir que as ações sejam registradas pelo Sistema de Informações Legislativas – SILEG, e posteriormente ir, outra vez, à pauta de julgamento, conforme consultado em 05/08/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

<sup>112</sup> A redação do artigo 422, do Código Civil de 2002, pela proposta do Projeto de Lei nº 699/2011 (antigo PL nº 6.960/02), passaria para: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade (NR)”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

contratantes, pois, ainda que seus interesses sejam divergentes dentro do vínculo negocial, devem agir numa postura de lealdade e cooperação recíprocas.

Segundo o Insigne Paulo Lobô (2011, p. 74), “[...] a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas também aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*)”<sup>113</sup>.

Já não se admite mais a noção estática de obrigação, em que o conteúdo do contrato era posto pela vontade das partes no cumprimento da prestação principal de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. A nova realidade social erigiu a necessidade de uma relação obrigacional complexa, que vai além do cumprimento da prestação principal, para impor às partes o cumprimento de outros deveres secundários, os quais são totalmente independentes da vontade dos contratantes.

Segundo Mário Júlio Almeida Costa (2001, p. 65), na relação obrigacional complexa existem deveres chamados “principais ou primários da prestação”, que constituem “[...] o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, em ordem à consecução de seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato”.

Entretanto, outros deveres também sobressaem da relação obrigacional complexa, são os deveres de conduta que independem da vontade dos contratantes, conhecidos como deveres laterais ou acessórios por estarem à margem da prestação principal.

Esses deveres laterais são regidos pela boa-fé objetiva que “constitui o princípio genérico suscetível de fornecer soluções concretas, de fecundar a adequação da lei ao caso particular, explicitando os deveres de comportamento do credor e do devedor ainda que não declaradamente previstos no acordo” (MARTINS, 2000, p. 26).

De fato, não há como elencar quais são todos os deveres laterais, uma vez que, esses deveres de conduta “[...] são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas. O seu conteúdo é diversificado, podendo descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não-concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade, etc” (FRADA, 1994, p.171).

---

<sup>113</sup> Esse assunto será abordado com mais precisão no próximo capítulo desta pesquisa (vide Capítulo III, subitem 1.2, ao se discorrer sobre a “amplitude dos efeitos da violação positiva do contrato nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual”).

Todavia, por ser mais populares, cabe destacar as três categorias apresentadas por Menezes Cordeiro (1984, p. 604-607) em “deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade”. Os deveres proteção consideram que as partes devem evitar danos mútuos durante a negociação, seja em relação às partes ou ao seu patrimônio. Para os deveres de esclarecimento, as partes têm a obrigação de se informarem sobre qualquer ocorrência relevante durante a vigência do contrato, bem como de qualquer efeito prejudicial na execução. Enfim, os deveres de lealdade (ou deveres de atuação positiva) obrigam as partes a não cometerem condutas falsas que possam prejudicar os objetivos do contrato, isto é, proíbem os comportamentos contraditórios dos contratantes.

Por tudo isso, reafirma-se que a boa-fé objetiva – como princípio normatizado - consegue blindar a relação jurídica negocial para salvaguardar tanto o credor, o devedor, e terceiros que não fizeram parte da contratação inicial, e até mesmo outros direitos difusos ou coletivos, como forma de se evitar abusos contra a dignidade humana e a solidariedade. E a maneira para ela (a boa-fé objetiva) cumprir com esta segurança jurídica, humana e social está na imposição de deveres de conduta universais, que instruem a razão (humana) em agir sempre de forma correta, honesta e leal.

## **2 DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA**

A boa-fé objetiva na interação de suas funções interpretativa, de controle e integrativa, como estudado anteriormente, opera como critério de regularidade do exercício de direitos subjetivos, inclusive de legitimidade da autonomia da vontade, o que repercute na majoração ou redução do conteúdo obrigacional do negócio jurídico.

A Professora Judith Martins-Costa (2000, p. 455-456) leciona que “durante muito tempo, a doutrina da inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos restou limitada às figuras do abuso de direito e da *exceptio doli*, esta proveniente do direito romano, aquela de construção da jurisprudência francesa”. Essa situação era justificada numa visão subjetivista com apoio na autonomia da vontade.

Nesse sentido, as professoras Mariza Rotta e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2008, p. 207) explicam que o Estado, cada vez mais, irá intervir nas relações contratuais, a deixar de lado o individualismo existente na

época do liberalismo do século XIX, de tal forma que, “[...] passa a ter preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva e a busca do Estado Social”.

É nessa ótica atual - civil-constitucional - de limitação ao exercício de direitos subjetivos que se verifica a imposição dos deveres da boa-fé objetiva, num desdobramento de fenômenos jurídicos denominados *Supressio*, *Surrectio*, *Tu quoque*, *Exceptio Doli*, *Venire contra factum proprium non potest* e *Duty to mitigate the loss*.

Cabe mencionar, mais, que existem outras nomenclaturas e classificações no direito brasileiro quanto aos desdobramentos da boa-fé objetiva, que não se pretende aqui esgotar, cujo objetivo é pautado na resolução dos conflitos concretos surgidos no cotidiano da sociedade. Entretanto, dentre as genéricas classificações, uma se destaca e merece ser apresentada, é a proposta por Adalberto Pasqualotto (1997, p. 113-123), que insere tais fenômenos como sendo uma “função reativa da boa-fé objetiva”, a qual pode ser entendida, num caráter dinâmico, como uma “função de exceção, opondo-se à atuação infundada ou injusta de uma parte contra a outra. É um exercício defensivo da boa-fé, de ordem processual”.

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo de cada um dos fenômenos acima mencionados, inclusive apresentando-se casos jurisprudenciais para facilitar a compreensão da aplicação da boa-fé objetiva na prática.

## **2.1 *Supressio* e *Surrectio***

Ocorre a *supressio* quando não foi exercido um direito subjetivo por um considerado lapso, em certas circunstâncias concretas, a tal ponto que, se for agora reclamado, fere direito de outro por contrariar a boa-fé objetiva.

Em outras palavras, diz-se *supressio* - segundo Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 797) - “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.

Nota-se, pois, dois requisitos necessários à configuração da *supressio*, “[...] um determinado período de tempo sem exercício do direito e que se requer, ainda, indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido” (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 810).

Observa-se que a *supressio* não se confunde com a prescrição ou decadência, visto que, nos termos da distinção apresentada por Karl Larenz (1978, p. 302), na prescrição e decadência “os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular”, já a *supressio* “demanda a confiança da contraparte, motivada pela inatividade do oponente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o direito”.

Frisa-se, então, que a *supressio* exige, além do razoável transcurso do prazo para o exercício de um direito subjetivo, que tal comportamento de inércia do titular do direito gere uma expectativa legítima (de aparência) a outra parte, considerada um estado de confiança numa dimensão humana e social. É a boa-fé objetiva atuando como limite ao exercício dos direitos subjetivos (MARTINS-COSTA e BRANCO, 2002, p. 217). Pode-se dizer que houve uma diminuição do conteúdo do negócio jurídico, pela supressão de determinada obrigação inicialmente pactuada.

Um exemplo de aplicação prática desse fenômeno está descrito no artigo 330 do Código Civil de 2002, em que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”, porquanto a inércia do credor gerou uma “legítima confiança no devedor que poderá efetuar os pagamentos sucessivos no local que escolheu” (ROSENVALD, 2005, p. 139).

Nesse sentido, recente decisão da Trigesima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu o instituto da *supressio* pela “inércia do locador em efetuar o reajuste do aluguel, ao longo do contrato”, o que fez emergir “a presunção de que concordou em não reajustá-lo” (TJSP, APL 00227570220098260348 SP 0022757-02.2009.8.26.0348, Relator: Carlos Nunes, data de julgamento: 02/02/2015, 33ª Câmara de Direito Privado, data de publicação: 02/02/2015)<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> Cita-se a Ementa: “LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - DESPEJO C.C. COBRANÇA - Pretensão de cobrança do reajuste anual dos valores dos aluguéis, pelo índice IGP-M - Ausência de aplicação do reajuste do valor do aluguel, durante toda a duração do contrato, que durou anos - Inadmissibilidade de se cobrar o reajuste, ao depois, em sede de ação judicial, por se tratar de medida contraditória, à luz da boa-fé objetiva contemplada no art. 422 do CC - A inércia do locador em efetuar o reajuste do aluguel faz emergir a presunção de que concordou em não reajustá-lo, em consonância com o instituto da *supressio*, derivação do princípio da boa-fé objetiva - Princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as partes contratantes, a fim de preservar a segurança do negócio jurídico, a despeito da inadimplência. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - Repartição entre as partes, na proporção de 85% para o autor e 15% para os réus, ante o decaimento recíproco - Admissibilidade, já que no caso em tela, o autor teve somente parte dos pedidos acolhidos. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Inocorrência - Ausência de caracterização dos requisitos previstos nos arts.

Observa-se assim, que a finalidade da *supressio* é a de proteger à boa-fé da contraparte, pela confiança depositada na conduta constante efetuada na relação negocial, e não a de punir o titular do direito inerte, tanto que a boa-fé objetiva existe independente de ter havido dolo ou má-fé do sujeito (DANTAS JÚNIOR, 2006, p. 438).

Por outro lado, a *surrectio* “aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento” (MARTINS-COSTA e BRANCO, 2002, p. 218). Isso quer dizer que o comportamento constante de uma parte cria para a outra um novo direito subjetivo que não havia sido pactuado inicialmente. Existe uma ampliação do conteúdo obrigacional do negócio jurídico, com o surgimento de direitos.

Para a configuração da *surrectio* exigem-se três requisitos: um certo decurso de tempo; uma associação de fatores objetivos que legitimem a criação de um novo direito; e, ausência de outras soluções jurídicas previstas no ordenamento que impeçam a *surrectio*, como a indenização e a restituição de enriquecimentos (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 821-822).

Como bem pontuou o professor Aldemiro Resende Dantas Júnior (2006, p. 440): “esse fenômeno do surgimento de direitos para a contraparte, ou seja, para o que está sendo protegido pela figura da *supressio*, é que se denomina de *surrectio*”. E continua, “pode-se dizer, portanto, que a *surrectio* corresponde ao exame da *supressio* sob a ótica da parte cuja confiança está sendo protegida”. Então, pode-se dizer que o surgimento de um direito subjetivo para uma parte (*surrectio*) traz como consequência a supressão do direito de outra parte (*supressio*), ou vice e versa.

Um exemplo atual na jurisprudência é o caso de um Pastor que, depois do seu desligamento da Igreja, ainda continuou recebendo certa quantia mensal. E após o decurso de sete anos consecutivos efetuando o pagamento, a Igreja resolveu deliberadamente parar de pagar ao Pastor. Então ele ingressa com ação de cobrança, a qual foi julgada procedente com base no instituto da *surrectio*. Na apelação a Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo

---

17 e 18 do CPC - Recurso parcialmente provido, somente para afastar a condenação do autor à litigância ímproba, mantida no mais a r. sentença” (TJSP, APL 00227570220098260348 SP 0022757-02.2009.8.26.0348, Relator: Carlos Nunes, Data de Julgamento: 02/02/2015, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/02/2015).

entendeu que “diante de tais circunstâncias, a crença do apelado atinge tal ponto que a apelante já não pode se eximir de cumprir com o pactuado sem que incorra em postura que, à luz da boa-fé objetiva, seja considerada inadmissível” (TJSP, APL 00011349320138260103 SP 0001134-93.2013.8.26.0103, Relator: Rômolo Russo, data de Julgamento: 16/04/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, publicação: 17/04/2015)<sup>115</sup>.

Assim, o que se deve investigar “é a posição do beneficiário, ou seja, deve-se perquirir se as circunstâncias objetivas do caso concreto conduziram a que no mesmo se formasse a confiança no seu próprio direito ou no não exercício, pela outra parte, do direito desta” (DANTAS JÚNIOR, 2006, p. 441).

Como visto, além da presença da confiança, outro elemento ganha importância no campo da configuração tanto da *supressio* quanto da *surrectio*, é o decurso de tempo, cujo prazo não se encontra especificado em nenhum lugar, então seu limite tem apoio nos princípios fundamentais da dignidade e solidariedade, da mesma forma como acontece com a própria boa-fé objetiva.

## 2.2 *Tu quoque*

A expressão *tu quoque* tem origem no grito do Imperador Júlio César ao ser assassinado por Brutos, seu filho adotivo: *Tu quoque, Brute, fili mi?*, cuja tradução livre do latim pode ser assim “Tu também, Brutos, meu filho?”. Veja que, nesse episódio, houve uma surpresa do imperador quando seu próprio filho o assassinou. Brutos violou a confiança de seu pai e agiu contrariamente ao que ele (e todos os pais) espera(m) de um filho.

Daí conclui-se que, a *tu quoque* exige dois comportamentos: um, em que a conduta do sujeito condiz com o ordenamento jurídico ou com o contratado, isto é,

---

<sup>115</sup> Cita-se a Ementa: “Ação de cobrança. Gratuidade. Pessoa Jurídica. Necessária a demonstração da impossibilidade de arcar com as custas (Súmula 481 do STJ). Hipótese não configurada. Recurso tempestivo. Inocorrência de cerceamento de defesa. Preliminares rejeitadas. Direito contratual. Renda vitalícia em favor de antigo pastor. Concessão de benefício condicionada à deliberação em assembleia geral da entidade religiosa. Ato não realizado. Negócio jurídico ineficaz, mas, ainda assim, executado durante sete anos. Circunstâncias que permitiam ao autor crer na regularidade do seu direito material. Solução conforme a cláusula geral de boa-fé (art. 422 do Código Civil). Proteção da confiança. Hipótese de *surrectio* (Erwirkung). Qualificação do negócio jurídico. Constituição de renda. Exigência de escritura pública (art. 807 do Código Civil). Proteção da confiança. Conjuntura que não convalida o negócio nulo. Crédito que se funda na própria *surrectio*. Recurso desprovido”. (TJSP, APL 00011349320138260103 SP 0001134-93.2013.8.26.0103, Relator: Rômolo Russo, data de Julgamento: 16/04/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, publicação: 17/04/2015).

um comportamento leal, honesto e correto; e, outro posterior, que contradiz essa conduta anterior, por infringir um regramento legal ou contratual, a tal ponto de surpreender a contraparte pela quebra de sua confiança depositada na outra. Evidentemente, esse rompimento na confiança caracteriza uma violação aos deveres anteriormente praticados de acordo com a legislação ou contrato. Configura-se, na verdade, uma tremenda traição (moral e jurídica), e, portanto, uma violação à boa-fé objetiva.

De igual forma, Alexandre Guerra (2011, p. 50) ensina que *tu quoque* “Corresponde à vedação do exercício de um direito subjetivo que se obteve à custa da violação da norma jurídica, expressando a ideia de que o violador da norma comete abuso de direito se quiser exercer a situação jurídica que tal norma confere”.

Outrossim, segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 465), pode-se encontrar uma relação entre a *tu quoque* e a noção de sinalagma<sup>116</sup>, posto que o sinalagma exige o cumprimento dos deveres de contraprestação - entre os pactuante - para se atingir o equilíbrio da relação contratual, e, por isso, há dois deveres de prestação interligados numa dependência recíproca e funcional de obrigações, assim, violando-se uma prestação todo o sinalagma e o *tu quoque* será ferido.

Logo, “a justificação e a medida do *tu quoque* estão, pois nas alterações que a violação primeiro perpetrada tenha provocado no sinalagma” (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 845), acontece, portanto, um desequilíbrio contratual, seja pelo abuso de confiança ou pela contrariedade de comportamentos ou pelo aproveitamento da própria torpeza, a descrever uma violação a boa-fé objetiva num de seus desdobramentos<sup>117</sup>.

Como exemplo recente na jurisprudência cita-se o caso do consumidor que alegou cancelamento de contrato com concessionária de telefonia, mas continuou a utilizar normalmente dos serviços contratados sem pagar por eles, e teve seu nome

---

<sup>116</sup> A definição de sinalagma - para Judith Martins-Costa (2000, p. 465) - “é a característica principal dos contratos que se classificam como bilaterais, configurando a dependência recíproca das obrigações. Esta dependência recíproca, verificando-se desde a formação do contrato, diz-se genética. Nos contratos de longa duração, de modo especial, transmuda-se em dependência funcional, ou sinalagma funcional, o qual acompanha as vicissitudes provocadas nos contratos que se projetam no tempo, a fim de manter a relação original de interdependência recíproca das obrigações”. E continua referida autora (2000, p. 465), citando Araken de Assis (1991, p. 19), que “o sinalagma se reveste, pois, ‘de dimensão dinâmica, compreendendo a equivalência permanente no curso da relação’”.

<sup>117</sup> Para Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 837) a fórmula *tu quoque* “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento”.

inscrito no cadastro de inadimplentes. O consumidor interpôs apelação pretendendo reformar sentença que julgou improcedente seu pedido em ação declaratória de inexistência de débito cumulada com danos morais. A Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento ao apelo, tendo como um de seus fundamentos que “o instituto do *tu quoque* se refere aos deveres anexos do contrato e expressa situação na qual a parte, ao violar uma regra jurídica, não poderia invocar a mesma regra a seu favor, sem violar a boa-fé objetiva”, e mais “as condutas de pedir a rescisão do contrato e ao mesmo tempo valer-se da utilização dos serviços de telefonia da ré são contraditórias, pois quem pede a rescisão não deseja prosseguir no consumo dos serviços” (TJMG, AC 10707120106927001 MG, Relator: Cabral da Silva, data de Julgamento: 16/09/2014, 10ª Câmara Cível, data de publicação: 02/02/2015)<sup>118</sup>.

A proteção conferida pela boa-fé objetiva é no sentido de evitar que uma parte se beneficie de seu próprio comportamento abusivo em relação à outra, no trâmite de uma relação negocial.

### 2.3 *Exceptio Doli*

Também a *exceptio doli* tem função de limitação dos direitos subjetivos, mormente para coibir os abusos na relação negocial. Apresenta-se como um meio de defesa, ou seja, de exceção, até porque, a tradução dessa expressão seria ‘exceção à fraude’<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> Cita-se a ementa: “DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE. ART. 14, § 3º, I, CDC. AUSÊNCIA DE DEFEITO NO SERVIÇO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. POSTERIOR UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. VEDAÇÃO. INSTITUTO DO TU QUOQUE. 1. A concessionária de telefonia realizou inscrição no cadastro de inadimplentes em nome do consumidor, sendo que comprovou não haver o consumidor regularmente encerrado o contrato, bem como a utilização dos serviços contratados no período em que supostamente estariam cancelados. 2. O instituto do tu quoque se refere aos deveres anexos do contrato e expressa situação na qual a parte, ao violar uma regra jurídica, não poderia invocar a mesma regra a seu favor sem violar a boa-fé objetiva. 3. As condutas de pedir a rescisão do contrato e ao mesmo tempo valer-se da utilização dos serviços de telefonia da ré são contraditórias, pois quem pede a rescisão não deseja prosseguir no consumo dos serviços” (TJMG, AC 10707120106927001 MG, Relator: Cabral da Silva, data de Julgamento: 16/09/2014, 10ª Câmara Cível, data de publicação: 02/02/2015).

<sup>119</sup> A nossa tradução do latim na expressão *exceptio doli* faz referência a ‘exceção à fraude’ no sentido de rejeição ao modo de agir consciente (vontade) de alguém em querer prejudicar outrem. Nesse sentido, Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 720) ensina que “no direito civil, dolo é uma expressão plurisignificativa. Traduz, na responsabilidade, a situação do agente que directa (sic), necessária ou eventualmente, dirige o seu comportamento contra uma norma jurídica”. E continua referido autor (1984, p. 720), citando Ulpianus, que, “exprime ainda, ‘... qualquer sugestão ou artifício

Para Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 719): “diz-se exceção (sic), em Direito substantivo, a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente”. Em seguida, conclui referido autor (1984, p. 720) que a *exceptio doli* “é o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor por este ter incorrido em dolo”.

A razão dessa exceção – segundo Luciano de Camargo Penteado (2007, p. 56) – “é justamente o fato de a outra parte ter agido com dolo. Assim, como obteve uma posição jurídica indevidamente, esta não pode ser exercida. Aquele contra quem se a pretende exercer pode paralisá-la alegando a exceção de dolo”. São exceções substanciais de defesa indireta facultada a uma parte ante ao comportamento fraudulento (doloso) da outra.

A *exceptio doli* evoluiu do direito romano, que – nos ensinamentos de Menezes Cordeiro (1984, p. 721-722) - era apresentada de duas formas, a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis* e a *exceptio doli praesentis* ou *generalis*. Assim, explica o referido autor que, na primeira, o dolo é analisado na manifestação da vontade das partes no início da negociação, tendo por parâmetro uma vontade viciada de forma subjetiva, daí caber à defesa requerer a anulação do negócio por vício da vontade; na segunda, o dolo é examinado na discussão da causa do negócio, isto é, na defesa contra as condutas dolosas praticadas pelas partes no desenvolvimento do negócio jurídico, aparentadas numa situação de abuso do direito, ante uma aferição objetiva, e daí atribuída no âmbito da boa-fé objetiva.

Como exemplo dessa exceção, Luciano de Camargo Penteado (2007, p. 57) cita o caso da prefeitura que firma contratos de compromisso de venda e compra para obter dolosamente recursos financeiros e depois anula tais contratos, assim, diante dessa conduta da prefeitura, podem os prejudicados alegar em sua defesa a *exceptio doli* com base na boa-fé objetiva.

Também, há semelhança entre a *exceptio doli* e a *exceptio non adimpleti contractus* no terreno do adimplemento das obrigações, “[...] uma vez que ambos objetivam preservar a proporcionalidade, o sinalagma contratual, e não apenas a confiança (como no *venire contra factum proprium*)” (ROSENVALD, 2005, p. 142).

Verifica-se, sobre o que foi dito, que a *exceptio doli* constitui uma defesa contra as ações fraudulentas de alguém, ou seja, uma defesa contra o

---

que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante”.

comportamento prejudicial de uma parte em relação a outra no negócio jurídico, seu fundamento está na boa-fé objetiva, pois, tal conduta abusiva, configura um exercício desleal de um direito.

#### **2.4 *Venire contra factum proprium non potest***

Essa expressão, *venire contra factum proprium non potest*, pode ser traduzida como “não se pode ir contra os próprios atos”, isto é, implica na vedação contra um comportamento contraditório.

Sinteticamente, ainda “pode ser descrito como sendo a infração do dever de coerência, que se manifesta como um subproduto do dever de lealdade” (DANTAS JÚNIOR, 2006, p. 256), e por isso, uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Segundo Menezes Cordeiro (1984, p. 745): “*venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”.

Frisa-se, a essência está no comportamento contraditório na relação jurídica. Por conta disso, esse fenômeno diferencia-se do *tu quoque*, pois neste o que importa não é apenas a circunstância de dois comportamentos que se contradizem, mas, na ilicitude que o segundo comportamento apresenta, seja na violação da norma jurídica ou na violação do contrato em si (NEGREIROS, 2003, p.142). Noutras palavras, no *tu quoque*, há dois comportamentos contraditórios, mas no segundo existe uma conduta ilícita, que chega a causar surpresa à contraparte. No *venire*, os dois comportamentos isoladamente são lícitos, mas em conjunto se contradizem e com isso põe em dúvida a confiança.

Nesse contexto, reside a “teoria dos atos próprios”, segundo a qual “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé<sup>120</sup>” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 460). Ademais, o efeito principal dessa teoria – conforme a referida autora (2000, p. 461) - é “impedir que a parte que tenha violado

---

<sup>120</sup> A professora Judith Martins-Costa (2000, p. 461) ensina, ainda, que “a teoria dos atos próprios desdobra-se em duas importantes vertentes. Numa direção vem particularizada doutrinariamente sob a denominação *tu quoque* [...]. Na segunda direção vem expressa pela máxima que proíbe *venire contra factum proprium*.”

deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal”.

Portanto, não seria todo ou qualquer comportamento contraditório capaz de justificar o *venire*, “o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial<sup>121</sup>” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 470).

Outrossim, os requisitos para a configuração do *venire* – segundo Anderson Schreiber (2005a, p. 271) – são quatro: (I) um comportamento inicial e anterior (o *factum proprium*); (II) uma confiança na conservação desse comportamento inicial; (III) um comportamento posterior contraditório com o inicial; e, (IV) a potencialidade de um dano pelo evento<sup>122</sup>.

Um exemplo recente que pode ser considerado é o caso dos promitentes compradores que contrataram com incorporadora a construção e entrega de unidade imobiliária, mediante cláusula contratual prevendo a entrega do imóvel após certo prazo ou, ainda, se os promitentes compradores comprovassem financiamento junto a agente autorizado. Assim, decorrido o prazo acordado o imóvel não foi entregue pela incorporadora, e os promitentes compradores ingressaram com ação de rescisão contratual combinada com indenizatória, a qual foi julgada procedente e condenou a incorporadora em danos morais. Houve apelação pelas partes e a Vigésima Sexta Câmara Cível/Consumidor do Tribunal do Rio de Janeiro manteve a rescisão do contrato, mas excluiu a condenação em danos morais, pois, somente após o prazo estipulado na cláusula contratual para conclusão do empreendimento imobiliário, os promitentes compradores vieram a requerer a rescisão do contrato e a devolução dos valores pagos no início da negociação. O Tribunal entendeu que não

---

<sup>121</sup> Igualmente, Aldemiro Resende Dantas Júnior (2006, p. 300): “assim, por exemplo, se um dos sujeitos não se comporta conforme os ditames da boa-fé objetiva, assumindo comportamento claramente contraditórios, mas o primeiro desses comportamentos, por alguma razão, não havia feito surgir a confiança no espírito do outro sujeito, não se terá aí hipótese de *venire*, pois o que de fato interessaria seria a quebra da confiança, para caracterizá-lo, e não a simples contradição que poderia tê-la quebrado, mas que na realidade não o fez”.

<sup>122</sup> Nesse sentido, Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 758) ensina que “no essencial, a concretização da confiança, ela própria concretização de um princípio mais vasto, prevê, como resulta da amostragem jurisprudencial realizada: a actuação (sic) de um facto (sic) gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; a adesão do confiante a esse facto (sic); o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua actividade (sic) posterior sobre a confiança gerada – um determinado investimento de confiança – de tal forma que a supressão do facto (sic) provoque uma iniquidade sem remédio. O *factum proprium* daria critério de imputação da confiança gerada e das suas consequências”.

haveria danos morais a serem indenizáveis, porque os promitentes compradores “[...] sabiam muito bem que caso não honrassem com o pagamento das parcelas do financiamento (não contratado) não teriam legítima expectativa de se imitirem nos imóveis em questão”. Por esse motivo, “a hipótese encerra a aplicação do *venire contra factum proprium*, que encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado” (TJRJ, APL 00197121220128190208 RJ 0019712-12.2012.8.19.0208, Relator: Des. Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho, data de Julgamento: 26/02/2015, Vigésima Sexta Câmara Cível/Consumidor, data da publicação: 02/03/2015)<sup>123</sup>.

Nessa lógica, o Enunciado nº 362, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, prescreve: “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil<sup>124</sup>”.

<sup>123</sup> Cita-se a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA. ATRASO ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CULPA DOS PROMITENTES COMPRADORES QUE NÃO DILIGENCIARAM PARA OBTER FINANCIAMENTO JUNTO A ALGUM AGENTE FINANCEIRO. Cláusula contratual prevendo que a entrega do imóvel somente se daria em abril de 2010 ou 1 mês após a assinatura junto ao agente financeiro. Os autores sequer mencionam ter procurado, após a assinatura da promessa de compra e venda, qualquer agente financeiro para financiar o restante do pagamento de suas dívidas, o que estava previsto na cláusula 6ª do instrumento contratual. Cabimento somente da declaração judicial da rescisão contratual, sem a devolução de qualquer valor. Não há que se falar em repetição de indébito, pela aplicação do princípio da exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CPC): se o réu não recebeu a maior parte do valor do contrato não tinha a obrigação de entregar aos autores as chaves da unidade imobiliária. Com relação ao sinal ainda se aplica o disposto no art. 418 do CPC. A multa de 2% está prevista no item 4.2 do contrato (fls. 182). Os lucros cessantes, tratando-se de danos materiais, deveriam ser provados, o que incoerreu na hipótese. Não há danos morais a serem indenizáveis, pois os autores sabiam muito bem que caso não honrassem com o pagamento das parcelas do financiamento (não contratado) não teriam legítima expectativa de se imitirem nos imóveis em questão. A hipótese encerra a aplicação do *venire contra factum proprium*, que encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado. É o caso dos autores, que dois anos após a conclusão do empreendimento imobiliário, vêm, agora, requerer a devolução de todos os valores pagos no início da negociação com o réu. DESPROVIMENTO DO APELO DOS AUTORES E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DO RÉU” (TJRJ, APL 00197121220128190208 RJ 0019712-12.2012.8.19.0208, Relator: Des. Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho, data de Julgamento: 26/02/2015, Vigésima Sexta Câmara Cível/Consumidor, data da publicação: 02/03/2015).

<sup>124</sup> JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

Para Franz Wieacker (1976, p. 61), “esta máxima - *venire contra factum proprium* - expressa de forma tão imediata a essência da obrigação de comportar-se de acordo com a boa-fé que, a partir dela, vislumbra-se a totalidade do princípio”.

Também, cabe mencionar, que há uma tendência em não mais enquadrar a proibição do *venire* em um dever lateral próprio da boa-fé objetiva, visto que, como bem afirmou Aldemiro Resende Dantas Júnior (2006, p. 298), “[...] é de um aspecto específico da lealdade que se trata, ou seja, de não frustrar a confiança que foi criada no outro agente do negócio jurídico. O que efetivamente se mostra mais adequado, portanto, é o falar-se em proteção à confiança”.

Dessa forma, para configuração do *venire contra factum proprium*, além de exigir-se a contrariedade de condutas por uma das partes, deve-se evidenciar também o rompimento da confiança na relação negocial, pois é nesse elemento que repousam os tentáculos protetivos da boa-fé objetiva.

## 2.5 *Duty to mitigate the loss*

A tradução para a expressão *duty to mitigate the loss* está no dever de mitigar o próprio prejuízo, isto é, no sentido de proibir um comportamento desleal do credor ao deixar ocorrer um agravamento do prejuízo causado pelo devedor, visando a obtenção de um lucro maior na indenização.

Nessa acepção, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto (2008, p. 135-136) ensina que “o fundamento para esse dever está diretamente ligado ao dever de boa-fé que deve existir entre os contratantes e entre os indivíduos, em geral”.

Esse fenômeno jurídico teve origem no direito anglo-saxão, e sua evolução enfrentou variações conforme o sistema jurídico adotado, por exemplo, na Alemanha é uma obrigação de pequena intensidade (*Obliegenheit*), e, na França, uma proibição ao abuso de direito (*Incombance*) (FRADERA, 2005, p. 174).

No Brasil, sua repercussão teve influência ante ao conteúdo do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre trata da Venda Internacional de Mercadorias<sup>125</sup>,

<sup>125</sup> Interessante comentar que a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980, somente foi promulgada pelo Decreto nº 8.327 em 16 de outubro de 2014. Assim, a referida Convenção rege no “Artigo 77 - A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que

na qual a parte que alegar inadimplemento deverá tomar medidas razoáveis para diminuir os prejuízos que resultaram do descumprimento da outra. Diante disso, é perceptível que o Código Civil de 2002 tentou se aproximar do teor do artigo 77 da Convenção quando da redação do artigo 422<sup>126</sup>, que impõe certo comportamento aos contratantes, no sentido de obrigá-los a guardar, em todas as fases da negociação, o princípio da boa-fé objetiva (FRADERA, 2005, p. 169-170).

À vista disso, e pautada na brilhante justificativa de proposta de enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, apresentada pela notável Véra Maria Jacob de Fradera (2005, p. 168-178)<sup>127</sup>, aprovou-se o Enunciado nº 169, com a seguinte redação: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Atualmente, a jurisprudência brasileira já sedimentou a aplicação de desse dever de mitigar o prejuízo, inclusive é o caso de recente decisão da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na qual certa companhia de água e esgoto ingressou com ação de cobrança contra consumidora inadimplente a débitos anteriores, entretanto, permitiu que a ocupante do imóvel ou proprietária desfrutasse do serviço por mais de quatro anos sem o devido pagamento. O Tribunal entendeu pela aplicação do *duty to mitigate the loss*, deixando a companhia de água e esgoto “[...] de mitigar os próprios prejuízos na expectativa de que o devedor seria responsabilizado pelo dano que se tornou extenso e penoso desnecessariamente, deve suportar as conseqüências (sic) de sua inércia”, e por fim reconheceu “a inexigibilidade do débito no período questionado” (TJDF, APC: 20110110655586 DF

---

deveria ter sido mitigada.” In: BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>126</sup> Cf. Código Civil – “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” In: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

<sup>127</sup> Para maior aprofundamento no tema, sugere-se a consulta em: FRADERA, Véra Maria Jacob de. Justificativa a proposta de Enunciado: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo (art. 422). In: III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005 (p.168 a 178). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view?searchterm=III%20jornada>>. Acesso em: 13 mai. 2015

0019020-22.2011.8.07.0001, Relator: Simone Lucindo, data de Julgamento: 25/03/2015, 1ª Turma Cível, data de Publicação no DJE : 13/04/2015. pág. 194)<sup>128</sup>.

Contudo, “difícil será saber, no caso concreto, quais medidas podem ser exigidas do prejudicado para redução e contenção do dano. Somente se poderiam exigir as medidas que uma pessoa medianamente razoável adotaria em seu próprio interesse” (PEIXOTO, 2008, p. 137-138).

Enfim, em todos os fenômenos jurídicos acima apresentados encontra-se uma mudança de comportamento de uma parte na relação negocial – ou, em certos casos, uma inércia do que era normalmente esperado -, a tal ponto de acarretar uma violação da confiança depositada pela contraparte. Essa violação da confiança caracteriza-se pela desobediência aos deveres de agir de acordo com a própria dignidade humana e a solidariedade social, cuja delimitação moral e jurídica só pode ser exercida concretamente na aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

---

<sup>128</sup> Cita-se a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. DÉBITOS POSTERIORES NÃO DISCUTIDOS NA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM. MANUTENÇÃO. 1. Compreendendo a causa de pedir da ação declaratória de inexistência de débito faturas pela prestação de serviço de água e esgoto não abrangidas pela sentença transitada em julgado nos autos da ação de cobrança, afasta-se a preliminar de coisa julgada quanto ao período. 2. Permitindo a credora que a proprietária ou ocupante do imóvel usufruisse dos serviços de água e esgoto por mais de quatro anos sem a devida contraprestação, deixando de mitigar os próprios prejuízos na expectativa de que o devedor seria responsabilizado pelo dano que se tornou extenso e penoso desnecessariamente, deve suportar as conseqüências de sua inércia, o que implica reconhecer a inexigibilidade do débito no período questionado. Duty To Mitigate The Loss. 3. Para a incidência das sanções por litigância de má-fé, é necessária a prova inconteste de que a parte praticou quaisquer das condutas descritas no artigo 17 do Código de Processo Civil, bem como elementos atinentes à existência de ato doloso e de prejuízo. Presente a percepção de que a hipótese reflete apenas o exercício dialético do direito de ação mediante o confronto de teses e argumentos, evidencia-se a não ocorrência dos referidos pressupostos, o que conduz ao não cabimento da pleiteada condenação por litigância de má-fé. 4. Fixados os honorários advocatícios em patamar condizente com o trabalho desempenhado pelos causídicos, levando-se em consideração não apenas a complexidade da matéria ou o tempo de tramitação do feito, mas, também, o compromisso ético e científico do patrono com a realização do direito em questão, não há que se falar em majoração. 5. Apelação conhecida e não provida” (TJDF, APC: 20110110655586 DF 0019020-22.2011.8.07.0001, Relator: Simone Lucindo, data de Julgamento: 25/03/2015, 1ª Turma Cível, data de Publicação no DJe : 13/04/2015. pág. 194).

## **CAPÍTULO III**

### **DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**

#### **1 NATUREZA E EFEITOS DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**

A boa-fé objetiva impõe deveres de conduta a serem observados pelas partes em qualquer relação negocial. Esses deveres visam proteger e harmonizar tanto os interesses dos negociantes como o próprio conteúdo contratual, por isso eles estão presentes em todas as fases da negociação, de modo a orbitar em torno da prestação principal, mas com esta não se confundem, daí a denominação de deveres satelitários ou laterais à obrigação principal do pactuado.

É nesse campo do adimplemento da obrigação, como forma de satisfação do cumprimento do contrato, que se materializa a boa-fé objetiva, cuja violação pode acarretar a resolução do contrato e até mesmo indenização, conforme se estudará adiante.

Assim, cabe analisar a amplitude dos efeitos dessa violação nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, para depois compreender a relação da boa-fé objetiva com os princípios da dignidade humana e da solidariedade social.

Então, cabe, por ora, iniciar a investigação do real significado dessa violação e o momento de sua ocorrência na negociação.

##### **1.1 Momento e caracterização da violação positiva do contrato**

O descumprimento dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva é uma violação ao cumprimento do contrato, mas o desafio é como enquadrar essa violação dentro de uma classificação do direito para posteriormente dispor sobre a adequada responsabilização do infrator. Para tanto, desenvolveu-se a teoria da violação positiva do contrato para abarcar os casos de desrespeito à boa-fé objetiva na relação negocial.

Segundo Franz Wieacker (1967, p. 598) foi Herman Staub que iniciou os estudos da caracterização da violação positiva do contrato, quando verificou na jurisprudência alemã o reconhecimento de outro tipo de não cumprimento da

obrigação - além do inadimplemento (definitivo) e do retardamento do cumprimento (mora) -, nos casos de haver um ato incorreto (ou defeito) no cumprimento da prestação.

Na lição de Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 266), “a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”. Nesse sentido, foi aprovada na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado nº 24, com a seguinte redação: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”<sup>129</sup>.

Contudo, preferiu-se nesta pesquisa diferenciar, conceitualmente, o inadimplemento da obrigação com a violação positiva do contrato. Isso porque, o referido autor, Jorge Cesa Ferreira da Silva, qualificou a violação positiva do contrato como uma terceira modalidade de inadimplemento, ao lado da impossibilidade de cumprimento da prestação principal e da mora.

Caso seja adotado esse entendimento do mencionado autor, nos casos de violação positiva do contrato, a responsabilidade civil teria natureza contratual, porque “[...] em havendo inadimplemento (pressuposto que é da responsabilização contratual), aberta estaria a porta de resolução contratual cumulada com ação indenizatória” (SILVA, 2002, p. 213), e a discussão do descumprimento contratual teria foco na razão do não cumprimento da prestação principal. Todavia, melhor enquadrar os casos de violação positiva do contrato como de natureza extracontratual<sup>130</sup>, assim como acontece com o abuso do direito, pois a razão não está do descumprimento da prestação principal, mas sim no mau cumprimento da obrigação do negócio jurídico, tendo em vista que pode acontecer da prestação principal ser cumprida, mas haver desobediência aos deveres laterais, ou seja, cumpriu-se a obrigação pactuada porém de forma insatisfatória, contrária a

---

<sup>129</sup> JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>.

Acesso em: 15 mai. 2015.

<sup>130</sup> As consequências da violação positiva do contrato na seara da responsabilidade civil serão abordadas em capítulo autônomo posterior (vide capítulo IV), inclusive quanto à sua natureza extracontratual.

confiança depositada na relação negocial, caracterizando-se quebra da boa-fé objetiva.

Um exemplo, informado por Araken de Assis (1991, p. 127), é o caso do médico que faz tratamento ao paciente e consegue a cura, mas usou de técnica demorada e dolorosa, sabendo que haveria outros meios alternativos para solução da doença não informou o paciente qual seria a sua escolha, e por isso provocou um sofrimento além do necessário. Destaca-se que, neste caso, a prestação principal foi cumprida (a cura), contudo em desobediência aos deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva. Faltou com o dever de informação e lealdade.

Nesse contexto, como fundamento para afirmar que a violação positiva do contrato não se inclui nos casos de inadimplemento, parte-se do conceito de inadimplemento como sendo um dos efeitos do “não cumprimento da obrigação”, isto é, “[...] o não cumprimento pode ser definitivo (inadimplemento), simples retardamento culposo (mora) ou cumprimento defeituoso da obrigação” (AMARAL, 2003, p. 456). Em seguida, Francisco Amaral (2003, p. 456) explica que, “verifica-se o inadimplemento quando a prestação se torna inútil para o credor e este a recusa; há simples mora, que é o atraso culposo no cumprimento da obrigação, quando a prestação ainda é possível e útil ao credor”.

Parece haver um imbróglio nos conceitos de inadimplemento trazidos por Jorge Cesa Ferreira da Silva e Francisco Amaral, pois, este considera o inadimplemento uma espécie (efeito) do gênero “não cumprimento da obrigação” - juntamente com a mora -; enquanto para aquele, o inadimplemento é o gênero, cujas espécies são o inadimplemento absoluto (não cumprimento total) e o relativo (mora).

Na verdade, emancipado de qualquer classificação que se adote, importa destacar - como já analisado neste estudo - que a boa-fé objetiva independe da presença da culpa, seja em qual modalidade se apresentar (por imprudência, imperícia ou negligência), bem como não há que se questionar se houve dolo ou não. Também independe da prestação se tornar inútil ou ainda ser possível e útil ao credor.

Ora, a ofensa à boa-fé objetiva independe mesmo de tais situações, pois, reafirma-se, ela independe do cumprimento da prestação principal. Pode acontecer de ser cumprida a obrigação e haver desrespeito à boa-fé objetiva, pode não ser cumprida a obrigação e também haver desobediência à boa-fé objetiva, e pode ser

ou não cumprida a obrigação e ocorrer a observância de comportamento dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva.

O importante é fixar que a boa-fé objetiva independe do não cumprimento da obrigação, e por isso não pode ser considerada uma terceira espécie do gênero inadimplemento. É forçoso adotar tal entendimento porque a boa-fé objetiva é um princípio normatizado de abrangência geral que visa proteger a confiança na relação jurídica em concreto.

Diante disso, pode-se afirmar que a violação positiva do contrato é uma forma de “mau cumprimento” da obrigação (e não de “não cumprimento” da obrigação), daí ser possível admitir a *contrario sensu* da boa-fé objetiva, a denominação de “má-fé objetiva”, utilizada nesse sentido de mau cumprimento da obrigação, a qual requer uma conduta desonesta ou desleal ou incorreta, ainda que inerte a ação para esse comportamento, desde que traia a confiança da outra parte na relação, por falta de observação de um dever universalmente aceito por todos. A má-fé objetiva também não deve ser confundida com o antônimo da boa-fé subjetiva, isto é, a má-fé (subjetiva), pois esta depende do aspecto psicológico (da consciência) no agir da pessoa. Nesse contexto, poder-se-ia comparar tais conceitos com a *fides* do direito romano antigo, em que a *fides bona* seria o contrário de *dolus malus*, a qual teria relação com a má-fé objetiva; e a *bona fides* o contrário de *mala fides*, cuja relação estaria na má-fé subjetiva.

Um exemplo prático de má-fé objetiva seria o caso de um advogado ingressar com uma ação de divórcio em determinado Juízo representando ambas as partes. Depois esse advogado representa os mesmos clientes numa Escritura Pública de Divórcio lavrada em certo Tabelionato de Notas, e logo após averba no Registro Civil do Casamento o referido divórcio, mas não comunica o Juízo para desistência da ação. O processo do divórcio no fórum continua seu trâmite normalmente, com sentença de procedência do pedido e seu trânsito em julgado, havendo, inclusive, determinação do Juiz para expedição de ofício ao Registro Civil do Casamento para averbação da decisão, momento em que para surpresa do Oficial de Registro já existia averbação anterior efetuada por meio da Escritura Pública. Nota-se que o advogado descumpriu um dever geral de conduta imposto no ordenamento jurídico (artigo 2º, da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de

Justiça<sup>131</sup>). Essa inação do referido advogado, independente de culpa ou dolo, configura um caso de má-fé objetiva por desobediência ao dever de conduta legal de comunicar o Juízo para desistência da ação, pois gerou um provimento jurisdicional desnecessário e custoso ao Estado, a possibilitar até uma responsabilidade extracontratual pelo dano causado ao erário.

De outra banda, a violação negativa do contrato seria o próprio não cumprimento da obrigação principal, que pode ocorrer de dois modos: (I) pelo inadimplemento (absoluto), quando houver o descumprimento da prestação (principal), a exemplo da falta do pagamento do valor combinado no contrato de compra e venda; e, (II) pela mora (ou inadimplemento relativo), quando o devedor atrasar o cumprimento da prestação.

Em síntese, no negócio jurídico, o contrato pode ser considerado “mau cumprido” ou “não cumprido”. Neste, ocorre a violação negativa do contrato, por meio do inadimplemento (absoluto) ou pela mora (inadimplemento relativo); naquele, há violação positiva do contrato, por ofensa a boa-fé objetiva, independente se houve ou não o adimplemento da obrigação.

## **1.2 Amplitude dos efeitos da violação positiva do contrato nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual**

A violação a boa-fé objetiva pode ocorrer em qualquer momento da negociação, inclusive antes da própria formação contratual ou mesmo depois de cumprida a prestação pactuada, pois os efeitos de tutela do princípio da boa-fé objetiva impõem um comportamento para com o outro contratante sempre probo, leal e correto.

Então, para agir de acordo com a boa-fé objetiva todos têm que respeitar suas regras de comportamento, as quais são desdobradas em deveres de conduta, como o dever de informação, cooperação, sigilo, entre outros. Tais deveres existem e são apresentados conforme o caso concreto a ser analisado, o que dificulta listar

---

<sup>131</sup>Cf. Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial”. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

sua quantidade e denominações, sendo o mais importante fixar que eles estão sempre presentes em qualquer fase da negociação.

Como exemplo, Antônio Chaves (1997, p. 246) ensina que “o dever de lealdade, assim, ter de estar presente não apenas após ato formal de acordo de vontades, mas também antes de sua concretização”.

Logo, pode-se considerar que a responsabilidade por ofensa a boa-fé objetiva tem natureza extracontratual, pois presente nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, e também acontece independente do cumprimento da obrigação principal.

### **1.2.1 A violação positiva do contrato na fase pré-contratual**

É apoiado nesse raciocínio que o negócio jurídico irá se desenvolver em três fases sucessivas: pré-contratual, contratual e pós-contratual. Com ênfase na fase pré-contratual pode-se dividi-la em três etapas: negociações preliminares ou tratativas, proposta (ou oferta) e aceitação.

As negociações preliminares ou tratativas encontra-se num espaço do “‘ainda-não-contrato’, o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do ‘trato’” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 481). É o momento que antecede a vinculação contratual, a qual se considerada caracterizada quando a proposta é aceita pela outra parte.

Nas negociações preliminares “[...] as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas” (ROPPO, 2009, p. 105). Nesse exame há dois interesses: um, o interesse da liberdade negocial – manifestado pela autonomia da vontade das partes em concluir o negócio -, e, outro, o interesse da boa-fé objetiva – com proteção da confiança depositada nas expectativas da conclusão do negócio (COSTA, 1984, p. 48).

Esses interesses tem relevância para os casos de ruptura das negociações preliminares, as quais podem se apresentar de forma justificada ou injustificada. Se as rupturas forem justificáveis tendo por base uma causa legítima, capaz de tornar o contrato socialmente inconveniente ou mais gravoso economicamente para os contratantes, desde que a parte desistente avise, esclareça, coopere com a

contraparte, não haverá, em princípio, responsabilização daquele que desistiu. Entretanto, se as rupturas das negociações preliminares forem arbitrárias ou injustificadas, isto é, destituídas de uma justa causa que legitime sua liberdade de desistência - como o ocorre na ofensa à boa-fé objetiva -, caberá responsabilização daquele que a violou (ROPPO, 2009, p. 107).

A questão que se propõe averiguar nas negociações preliminares é a ocorrência da quebra da confiança depositada no negócio por um comportamento desleal, desonesto, incorreto de uma das partes. A confiança quando caracterizada nas negociações cria uma legítima expectativa às partes num sentido objetivo de agirem para um comportamento constante e tendente ao aperfeiçoamento do ajuste inicial<sup>132</sup>. Quando o comportamento de uma das partes ofender a confiança do outro, desde que injustificadamente contrariar um dever de conduta imposto pela boa-fé objetiva, haverá a violação positiva do contrato, ainda que na fase das negociações preliminares. Tal situação, a depender do caso concreto, poderá se configurar – como mero exemplo - no fenômeno do *venire contra factum proprium non potest*.

Segundo Menezes Cordeiro (1984, p. 530), a responsabilização civil nas negociações preliminares foi fruto da investigação de Rudolf Von Jhering, em 1861, a qual ficou conhecida como teoria da *culpa in contrahendo*. Em seu estudo, Jhering percebeu que o não aperfeiçoamento das negociações preliminares resultaria em contratos nulos, e se não acobertado pelo manto da responsabilização em danos conduziria a situações de injustiça, por não haver naquela época um dispositivo legal no ordenamento jurídico romano que amparasse tal situação.

Para Judith Martins-Costa (2000, p. 485-492), o exemplo pessoal analisado por Jhering confirma bem que a questão se volta mesmo para as negociações que antecedem a formulação do contrato. Nesse exemplo, segundo a autora, Jhering encomendou um quarto de caixa de charutos por meio de um amigo que partiria a viver em outra cidade onde se localizava o comerciante de vendas de charutos de sua preferência. Entretanto, em vez de receber um quarto de caixa dos charutos

---

<sup>132</sup> Explica, ainda, Judith Martins-Costa (2000, p. 485), que “é preciso, por fim, que este ato tenha tido a força de gerar, na parte lesada, ‘confiança legítima’ ou de que o contrato seria concluído, ou de que o contrato concluído fosse dotado de validade, ou de eficácia, ou que a conduta pré-contratual fosse marcada pela lealdade e boa-fé, de modo que, dela, não surgissem danos indenizáveis”. Cabe aqui fazer uma ressalva, com respeito a insigne professora, quanto à expressão ‘confiança legítima’, onde parece ser utilizada no sentido de ‘expectativa legítima’, até porque a confiança em si não admite a qualificação de legítima ou ilegítima, ora, confiança é acreditar, é ter fé, é a certeza na conduta da outra parte. Em havendo um mínimo de descrédito, não há confiança e sim desconfiança, mas nunca uma confiança ilegítima.

recebeu quatro caixas do comerciante, e por esse motivo as devolveu e não ficou com nenhuma. Obviamente o contrato não se aperfeiçoou, mas caberia responsabilidade de alguém pelo equívoco na quantidade (a mais) enviada de charutos? Ou o comerciante arcaria com os prejuízos da remessa e retorno da mercadoria? Não havia, naquela época, norma jurídica que obrigasse o promitente comprador ao ressarcimento do prejuízo. Por essas questões, Jhering entendeu que pela justiça e equidade deveria haver algum tipo de responsabilização civil, o que resultou na teoria da *culpa in contrahendo*.

Contemporaneamente, a teoria da *culpa in contrahendo* evoluiu a tal ponto de atribuir responsabilidade na prática de determinadas condutas injustas que impliquem na “frustração do contrato e a prejuízos para quem depositou fundada confiança na conclusão do contrato” (LÔBO, 2011, p. 85-86).

Para Antônio Chaves (1997, p. 208): “[...] há responsabilidade pré-contratual quando ocorre a ruptura arbitrária e intempestiva das negociações contrariando o consentimento dado na sua elaboração, de tal modo que a outra parte se soubesse que ocorria o risco de uma retirada repentina, não teria tomado as medidas que adotou”.

Assim, na responsabilidade pré-negocial<sup>133</sup>, conforme explica Judith Martins-Costa (2000, p. 487), “os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato firmado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial [...]”.

Satisfeita as negociações preliminares, passa-se a etapa da proposta ou oferta<sup>134</sup>, que - nos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 82) - “é a

---

<sup>133</sup> Para aprofundamento do tema, segue as justificativas apresentadas por Judith Martins-Costa (2000, p.485-486): “Sabe-se que a doutrina da *culpa in contrahendo* foi formulada pioneiramente por Jhering, entendendo-se contemporaneamente, mediante tal noção, que incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações ferindo os legítimos interesses da contraparte. Em outras palavras, há responsabilidade pré-negocial sempre que ‘o comportamento de uma das partes na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir em relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato’, gerando, assim, ‘o dever de indenizar’” (citando Almiro do Couto e Silva, In: Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 63, jul.-set. 1982, p. 29).

<sup>134</sup> Para Leonardo Mattiello (2000, p. 180): “[...] com base na noção de boa-fé objetiva, cobra-se a transparência do contrato, desde a oferta, proíbe-se a publicidade enganosa ou abusiva, constrói-se o dever de informar (ao qual se ligam o dever de confidencialidade sobre as informações obtidas e o

manifestação de vontade que dá início à formação do contrato. É o início ou ponto de partida, com a finalidade de provocar no outro figurante a aceitação. A oferta vincula o ofertante, dada sua natureza de negócio jurídico unilateral” (LÔBO, 2011, p. 82).

Nesse sentido, Karl Larenz (1978, p. 708) doutrina que “só existe uma proposta de contrato se for determinada quanto ao seu conteúdo, de tal forma que pode efetuar-se um contrato mediante a simples declaração do consentimento do destinatário [...]”<sup>135</sup>.

Ainda sobre a proposta, existe no Código Civil de 2002 (artigo 427)<sup>136</sup> e no Código de Defesa do consumidor (artigo 30)<sup>137</sup> norma jurídica expressa que vincula o proponente a oferta (oferta vinculante), impondo o dever de manter a proposta diante do oblato – a quem se dirige a oferta –, a configurar uma relação jurídica pessoal, tendo em vista que já existe uma vinculação jurídica.

Para Judith Martins-Costa (2000, p. 514), há diferença na aplicação da boa-fé objetiva quando o julgador se deparar com a responsabilidade pré-negocial, a depender da etapa na formação do contrato, se da proposta ou das negociações preliminares, isso porque nas negociações preliminares caberá ao julgador declarar ou não se existe uma vinculação jurídica entre os pactuantes, enquanto que na proposta essa vinculação já existe por imposição da lei<sup>138</sup>, limitando o papel do julgador na interpretação ou supressão da norma.

A próxima etapa é a aceitação, que pode ser entendida como sendo “a manifestação de vontade, com natureza de negócio jurídico unilateral, que completa o consenso para a conclusão do contrato. [...] É imprescindível a definição do

---

direito de acesso às informações e à sua retificação, se necessário), veda-se a abusividade de modo geral e se afirma o dever de cooperação entre as partes”.

<sup>135</sup> Tradução livre do original em espanhol: “*Sólo existe una propuesta de contrato si está determinada en cuanto a su contenido de tal forma que puede efectuarse un contrato mediante la simple declaración de consentimiento del destinatario [...]*” (LARENZ, 1978, p. 708).

<sup>136</sup> Cf. Código Civil de 2002: “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso” (In. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015).

<sup>137</sup> Cf. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (In. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015).

<sup>138</sup> Referência aos artigos 427 do Código Civil e artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.

momento da aceitação, porque o direito brasileiro o tem como o da conclusão do contrato” (LÔBO, 2011, p. 84).

Assim, depois de percorrido as etapas das negociações preliminares, da proposta ou oferta, e até a aceitação, tem-se por concluída a fase pré-contratual, ressaltando-se que a boa-fé objetiva em todas essas etapas se faz presente, e qualquer violação aos seus deveres de conduta, atribui responsabilização ao infrator.

### **1.2.2 A violação positiva do contrato na fase contratual**

Como visto, a violação positiva do contrato se faz presente quando houver um “mau cumprimento” do contrato, em virtude de desobediência aos deveres de conduta laterais (ou de proteção) impostos pela boa-fé objetiva.

Sua normatividade parte do artigo 422, do Código Civil de 2002, em que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Esse artigo tem aplicação geral e se aplica em contratos de qualquer natureza. Precedentemente, o legislador fez constar no Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, inciso III<sup>139</sup>) regra semelhante de aplicação nas relações de consumo.

Frisa-se que, apoiado na doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2002, p. 129), após a abertura do sistema jurídico para o reconhecimento normativo dos princípios, houve mudança na regulação contratual, especificamente quanto à liberdade contratual, a qual se viu mitigada frente à introdução de normas públicas, fez a vontade das partes perder a exclusividade na contratação, florescendo proteção social ao mais fraco na relação. Para a referida autora, o contrato continua vivo, mas agora remodulado ante as interferências de fundamentos principiológicos.

---

<sup>139</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995). [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (In. Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015).

Por isso, “a boa-fé aponta a maneira de como deve o contratante agir, sempre orientado para a consecução de sua prestação contratual. Trata-se de não fazer aquilo que, direta ou indiretamente, possa dificultar ou impedir o alcance do resultado pretendido” (LOUREIRO, 2002, p. 75). De forma contrária, não se comportando uma das partes nos termos da boa-fé objetiva ocorre a violação positiva do contrato.

Diante disso, segue a análise de dois exemplos concretos e recentes na jurisprudência de aplicação da violação à boa-fé objetiva na fase contratual, com o propósito de um melhor entendimento do assunto.

O primeiro – hoje, até muito comum – foi decidido pela Terceira Turma do Tribunal Justiça do Distrito Federal no caso de um contrato de plano de saúde em que a companhia de seguros se recusou a custear tratamento médico especial em situação de urgência ao segurado, alegando que o referido tratamento não estaria listado no contrato firmado de assistência à saúde. O Tribunal entendeu que houve uma restrição de direitos inerentes à própria natureza do contrato, pois, ainda que o instrumento contratual contenha cláusula que exclua a cobertura no atendimento, isso impossibilitaria a realização de seu objeto, e “frustraria as legítimas expectativas do consumidor, o que constitui ofensa à boa-fé objetiva que os contratantes devem guardar na execução da avença”. A boa-fé objetiva impõe deveres de conduta aos contratantes que, além de lealdade e informação nas cláusulas pactuadas – as quais devem ser redigidas de forma clara e transparente -, os serviços prestados na execução do contrato devem guardar um tratamento digno ao segurado. Caso isso não seja observado haverá falha no serviço prestado – mau cumprimento do contrato -, a configurar uma violação positiva do contrato (por quebra da boa-fé objetiva). Assim, a “autonomia da vontade não pode sobrepujar os valores da boa-fé e da função social dos contratos de plano de saúde (CC, art. 421), atrelados que estão à dignidade da pessoa humana” (TJDF, APC 20130111862747 DF 0047417-23.2013.8.07.0001, Relator: Alfeu Machado, data de Julgamento: 01/10/2014, 3ª Turma Cível, data de Publicação no DJE : 06/10/2014. pág. 119)<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Cita-se a ementa: “CIVIL. CONSUMIDOR. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE RECURSAL REJEITADA. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DE PROCEDIMENTO POR INDICAÇÃO MÉDICA. RECUSA ABUSIVA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA COMPROVADA. DESCUMBRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL E LEGAL. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 469 DO STJ. QUEBRA DA BOA-FÉ CONTRATUAL. ART. 422 DO CC/02. RISCO IMEDIATO DE LESÃO IRREPARÁVEL AO PACIENTE. QUADRO DE EMERGÊNCIA CARACTERIZADO. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA. APLICAÇÃO DO ART. 35, INCISO I, DA LEI Nº 9.656/98.

Como segundo exemplo, destaca-se a decisão proferida pela Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o comportamento de uma das partes haver declarado ofensas verbais na execução de contrato de transporte, em que uma passageira de um ônibus ao reclamar para o motorista da lotação do veículo ouviu pesados insultos verbais de baixo calão, a configurar uma desproporcionalidade na conduta do condutor por ofender a passageira. Consta na decisão que “a autora ficou abalada com a ação inesperada do motorista, em momento que não tinha razões para prever tal conduta”. Trata-se de violação positiva do contrato de transporte por “descumprimento do dever de cortesia e urbanidade na prestação de serviço [...]” (TJSP, APL: 00059021420118260271 SP 0005902-14.2011.8.26.0271, Relator: Francisco Loureiro, data de Julgamento: 26/02/2015, 6ª Câmara de Direito Privado, data de Publicação: 24/03/2015)<sup>141</sup>.

---

APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Ainda que a realização do tratamento pleiteado tenha esvaziado a pretensão recursal da recorrente, subsistem as questões de mérito que precisam ser analisadas, a exemplo, na hipótese, das cláusulas do contrato entabulado entre as partes litigantes. Rejeitada a preliminar suscitada de perda superveniente do interesse de agir da parte ré. 2. De acordo com o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, consolidado por meio da Súmula 469: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. 3. O ordenamento jurídico pátrio impõe que as cláusulas contratuais deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, presumindo-se sempre a boa-fé do consumidor, cabendo à outra parte provar a má-fé. 4. O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre produtos e serviços, qualidade e preço, sendo ônus da empresa contratada informá-lo acerca de qualquer especificidade da avença que o cerceie de algum direito. 5. A boa-fé contratual entende-se como um dever de conduta que impõe ao contratado lealdade aos contratantes. Dessarte, além de o contrato ser redigido com clareza, há necessidade de um tratamento digno ao segurado no momento da execução dos serviços contratados (art. 422, do CCB/02). O contrário configura falha na prestação do serviço. 6. O artigo 35-C, inciso I, da Lei 9.656/98, preceitua a obrigatoriedade da cobertura nos casos de emergência, conceituados como sendo aqueles que impliquem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis ao paciente, devidamente atestados por profissional de saúde, como ocorreu *in casu*, com o agravante de o apelado poder perder a visão de forma permanente e definitiva. 7. A autonomia da vontade não pode ultrapassar os valores da boa-fé e função social dos contratos de plano de saúde, atrelados que estão à dignidade da pessoa humana. Dessarte, no caso de comprovada urgência, não cabe a prevalência de cláusula contratual de exclusão à indicação de tratamento recomendado por médico, com fulcro na gravidade das circunstâncias fáticas apreciadas. 8. Apelo conhecido e desprovido. Sentença mantida” (TJDF, APC 20130111862747 DF 0047417-23.2013.8.07.0001, Relator: ALFEU MACHADO, data de Julgamento: 01/10/2014, 3ª Turma Cível, data de Publicação no DJE : 06/10/2014, pág. 119).

<sup>141</sup> Cita-se a ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL - Ofensas verbais dirigidas à autora por motorista do ônibus. Recurso exclusivo da autora, com a finalidade de majorar a indenização e das verbas de sucumbência. Pesadas ofensas e insultos, com expressões de baixo calão, dirigidas à autora pelo condutor do ônibus, na presença de outros passageiros. Dano moral configurado. Função preventiva do dano moral que recomenda a fixação da indenização em R\$ 10.000,00. Ilícito contratual, por violação positiva de contrato de transporte, a recomendar que o termo inicial dos juros de mora seja a citação. Recurso parcialmente provido” (TJSP, APL: 00059021420118260271 SP 0005902-14.2011.8.26.0271, Relator: Francisco Loureiro, data de Julgamento: 26/02/2015, 6ª Câmara de Direito Privado, data de Publicação: 24/03/2015).

Observa-se, nesse segundo exemplo, que o contrato de transporte foi cumprido, isto é, a prestação principal de pegar e levar a passageira de um ponto a outro foi efetuado corretamente, porém não de forma satisfatoriamente, pois durante a execução do contratado uma das partes teve um comportamento contrário dos deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva, provocada pela conduta verbal ofensiva a reputação de uma parte a tal ponto de causar uma humilhação na outra. De fato, ocorreu o “mau cumprimento do contrato”, isto é, configurou-se a violação positiva do contrato em sua fase de execução.

### 1.2.3 A violação positiva do contrato na fase pós-contratual

O princípio da boa-fé objetiva continua a irradiar seus deveres (laterais) após a extinção do negócio jurídico, independente da vontade das partes ou, ainda, de ter sido cumprida satisfatoriamente a prestação pactuada. Assim, da mesma forma como nas fases anteriores - do pré-contrato e contratual - qualquer desatenção a esse princípio pode caracterizar concretamente uma violação positiva na fase pós-contratual.

De início, cabe delimitar o momento da fase pós-contratual, de tal modo que, as relações pós-contratuais – nas palavras do professor Maurício Mota (2011, p. 377) - são “aquelas que, resultantes de um contrato, lhe sucedem de maneira independente no tempo. Assim, para que se configurem essas relações é necessário que essas sejam resultado do contrato, que o contrato já tenha terminado e que as relações lhe sejam posteriores no tempo”.

Ora, se uma das partes tiver resilido unilateralmente um contrato, mas continuar executando as obrigações pactuadas, não houve término o contrato, e sim uma renovação tácita das relações contratuais (AZEVEDO, 2009, p.159).

Nesse panorama, de acordo com António Menezes Cordeiro (1984, p. 626), incide a teoria da *culpa post pactum finitum*<sup>142</sup>, segundo a qual, continuam existindo os deveres de conduta laterais impostos pela boa-fé objetiva em relação às partes

<sup>142</sup> Sobre o emprego do termo *culpa post pactum finitum*, Antonio Menezes Cordeiro (1984, p. 627-628) explica que têm sido consideradas “[...] todas as manifestações de juridicidade que se manifestem depois de extinta uma obrigação. Feita a destrição, descobre-se: a pós-eficácia aparente – quando a lei associe, de modo expresse, certos deveres à extinção das obrigações – a pós-eficácia virtual – quando uma situação jurídica complexa preveja, desde o início, deveres a observar no seu termo – e a eficácia continuada – quando, numa situação também complexa, se extinga o dever de prestar principal, substituindo os restantes. A verdadeira pós-eficácia – ou pós-eficácia em sentido estrito – coloca-se na área atinente aos deveres acessórios”.

de um negócio jurídico mesmo após a extinção do contrato, pois esses deveres independem da conclusão contratual.

No essencial, para concretização da quebra da boa-fé objetiva na fase pós-contratual há de depara-se com a ofensa da confiança e com a materialidade da situação de fato. A quebra da confiança ocorre pelo comportamento dos intervenientes contrários as expectativas demonstradas na fase da execução do contrato, e a materialidade é verificada com o desvio de conduta daquilo que foi acordado (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 630).

Na prática, esses deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva são identificados – na lição de Maurício Mota (2011, p. 399) – “[...] em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, dever de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído”. E, por conseguinte, conclui o referido autor (2011, p. 399), “a sua violação leva ao mau cumprimento do dever de prestar”.

Um exemplo recente de violação positiva do contrato na fase pós-contratual foi decidido recentemente pela Vigésima Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito da compra de impressora por uma pessoa que foi surpreendida quando não encontrou cartucho (tôner) para reposição no mercado. O Tribunal entendeu que a fabricante “tinha o dever de manter os componentes da impressora disponíveis no mercado para pronta reposição”. A expectativa da compradora foi frustrada porque tinha certeza que encontraria o componente integrante do produto (tôner). Houve quebra de confiança e violação da boa-fé objetiva na fase pós-contratual, por ofensa ao dever lateral de cooperação ante a conduta omissiva da fabricante. O julgado ainda ressaltou que tal dever lateral não é extinto com o adimplemento da obrigação contratual, porque é autônomo à prestação principal (TJSP, APL: 00201115320108260002 SP 0020111-53.2010.8.26.0002, Relator: Hamid Bdine, data de Julgamento: 08/10/2014, 29ª Câmara de Direito Privado, data de Publicação: 08/10/2014)<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> Cita-se a ementa: “APELAÇÃO. COMPRA E VENDA. IMPRESSORA. NÃO DISPONIBILIDADE PARA A VENDA NO MERCADO DE COMPONENTE INDISPENSÁVEL PARA FRUIÇÃO DO PRODUTO. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Irrelevância para o julgamento da lide. VIOLAÇÃO DO DEVER CONTRATUAL ANEXO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PÓS-CONTRATUAL. Inadimplemento configurado. Deveres anexos que não se extinguem com o adimplemento da obrigação contratual. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. Legítima expectativa despertada na autora e posteriormente frustrada pela falta de disponibilidade no mercado

Nesse sentido, também a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – na ótica da boa-fé objetiva, por imposição de deveres de conduta a serem observados pelas partes contratantes, inclusive na fase pós-contratual – decidiu que “o protesto do título após o pagamento constitui ofensa ao dever de cuidado que se impõe ao credor, gerando obrigação de indenizar” (STJ, REsp: 1387236 MS 2011/0051209-0, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, data de julgamento: 26/11/2013, Terceira Turma, data de Publicação: DJe 02/12/2013)<sup>144</sup>.

Enfim, a violação positiva do contrato pode ocorrer em qualquer fase da negociação, desde que verificada a prática de uma conduta ofensiva aos deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva, a caracterizar uma contratação mau cumprida, de forma a ensejar um dano a alguém por desrespeito aos valores essenciais da humanidade e da sociedade, cujo comportamento se mostra, atualmente, intolerável na evolução racional da pessoa no convívio social, na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

## **2 PONDERAÇÕES A LIMITAÇÃO DE CONTRATAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA DIGNIDADE HUMANA E DA SOLIDARIEDADE**

A antiga regra de contratação – em que as pessoas se reuniam para discutir as cláusulas do negócio – fez-se exceção. Em vista dos novos tempos do mundo

---

de componente da impressora por período expressivo de tempo. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. Inversão. Sentença reformada. Recurso provido” (TJSP, APL: 00201115320108260002 SP 0020111-53.2010.8.26.0002, Relator: Hamid Bdine, Data de Julgamento: 08/10/2014, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/10/2014).

<sup>144</sup> Cita-se a ementa: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO DE DUPLICATA APÓS O PAGAMENTO. CULPA EXCLUSIVA DO BANCO ENDOSSATÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA ENDOSSANTE. PREPOSIÇÃO CARACTERIZADA. DOCTRINA SOBRE O TEMA. BOA-FÉ OBJETIVA. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. DANOS MORAIS. REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Demanda indenizatória por danos morais em face do protesto indevido de duplicata quitada mediante pagamento em agência lotérica. 2. “Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula.” (RESP 1.063.474/RS, rito do art. 543-C, do CPC). 3. Responsabilidade objetiva e solidária do mandante (comitente), mesmo na hipótese de culpa exclusiva do endossatário-mandatário, por força do disposto no art. 932, inciso III, do CCB/2002. Doutrina e jurisprudência sobre o tema. 4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pós-contratual. 5. Inocorrência de julgamento *ultra petita*. 6. Inviabilidade de se revisar, no âmbito desta Corte, indenização por danos morais arbitrada em valor que não se mostra irrisório nem excessivo. Óbice da Súmula 7/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO” (STJ, REsp: 1387236 MS 2011/0051209-0, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, data de julgamento: 26/11/2013, Terceira Turma, data de Publicação: DJe 02/12/2013).

moderno - o qual requer mais tecnologia, rapidez e lucro - a contratação atual se massificou, fez do contrato de adesão a regra, e se proliferou como um vírus no mundo negocial.

Nas palavras de Paula Castello Miguel (2006, p. 55): “A intervenção nas relações contratuais surge nesse contexto e acaba por atingir as relações contratuais massificadas, em que é patente a ausência de igualdade entre as partes”.

Também a contratação na época do liberalismo não se mostrou mais justa. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 55-56), aponta que “[...] a liberdade individual e a concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas um mundo de injustiças flagrantes [...]”. E, prossegue referido autor, “[...] a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma ‘questão social’, em termos de afectar (sic) a própria segurança burguesa”.

Houve uma alteração na preocupação do ordenamento jurídico mundial, antigamente buscava-se a segurança contratual para garantir o adimplemento da obrigação principal, hoje prevalece à subsistência do equilíbrio negocial, tanto em direitos como em deveres, para se evitar a dominação sobre uma parte mais vulnerável da relação, como ocorreu no período do liberalismo econômico em que o ser humano era tratado como mero objeto de produção, excluído da proteção dos direitos humanos e sociais. (FROTA, 2010, p. 113).

Na sociedade contemporânea em que vivemos surge uma nova principiologia que é o lastro jurídico da defesa dos direitos fundamentais e que obriga os contratantes a um dever de comportamento ético, justo e solidário. Sobre essa nova principiologia, aponta Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 09-10): “[...] situa-se a eficácia da Constituição na esfera do Direito Privado (a Constituição no Direito Privado), onde se cuida principalmente de uma interpretação conforme a Constituição das normas de Direito Privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados [...]”.

Entre os princípios contratuais, a boa-fé objetiva tem relevância quando o parâmetro constitucional revela os princípios da dignidade humana e da solidariedade social, principalmente pela exigência de um padrão de conduta a ser

seguido, a impor um limite na relação negociada como um dever obrigatório a ser cumprido.

Nesse panorama, Leonardo Mattietto (2000, p. 179) doutrina que “a conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana”. Relata, ainda, mencionado autor, que “o contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada para desempenhar uma função social”.

Dessa maneira, o estudo e a prática direito na sociedade atual clamam por uma liberdade não tão liberal, e sim pela liberdade social, em que o Estado estará autorizado a intervir se o negócio jurídico contiver indícios de desigualdade, abusos a dignidade humana e não privilegiar a vontade coletiva e o bem comum.

Atenta-se que não é só o Estado interferindo na vida privada, mas também às situações ocorridas dentro das relações privadas passaram a ter aceitação no direito público. É a confirmação da conciliação entre a autonomia pública e a autonomia privada proposta por Habermas, conforme inferiu Cesar Augusto Ramos (2005, p. 251), ou seja, a harmonização entre a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos, que sempre se mostrou afastada no ideal de Benjamin Constant<sup>145</sup>.

Diante dessa realidade transmutada, a tutela do direito se impõe por meio da atuação dos princípios sociais pautados no reconhecimento de valores fundamentais para se viver numa sociedade contemporânea igual e mais justa.

---

<sup>145</sup> O pensador francês Benjamin Constant (1985, p. 09-25) distinguiu a liberdade em duas formas: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Para ele, a liberdade dos antigos seria o ideal do Republicanismo, e a dos modernos, o Liberalismo. A liberdade para os povos antigos baseava-se no exercício coletivo da soberania, diretamente em praça pública, onde se deliberavam sobre todos os assuntos, tais como: guerra, tratados de aliança, paz, gestão, atos, contas, votação de leis, julgamentos com condenação ou absolvição, enfim, os antigos chamavam liberdade “a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo” (CONSTANT, 1985, p. 11). Diferentemente, a liberdade para os modernos tem alicerce no exercício da autonomia e independência privada, influenciada sobretudo pelas atividades comerciais, sempre em direção da própria felicidade individual, fazendo dos direitos políticos e da soberania nacional uma simples abstração. Os modernos chamam de liberdade às garantias e aos privilégios concedidos pelas instituições que limitam a interferência do Estado na sua vida particular (CONSTANT, 1985, p. 11-16). Nessa evolução da liberdade está evidente o papel do Estado (Nação) quando age com interferência ou não na vida privada das pessoas. É a ideia de dominação ou não dominação da liberdade individual pelo Estado, daí os termos Republicanismo, quando presente certa dominação Estatal, e Liberalismo, ausente essa dominação.

Assim, a autonomia da vontade (das partes) curvou-se a interesses maiores como a dignidade humana, a solidariedade e a boa-fé objetiva.

É nesse contexto que se confrontam tais princípios para uma compreensão na aplicação de cada um deles no desenvolvimento contratual, de modo a atribuir uma proteção ou um limite na relação interna e externa negocial.

## **2.1 A violação da boa-fé objetiva na relação interna do contrato: ofensa à dignidade humana**

A análise da relação interna do contrato tem como pressuposto a liberdade contratual, a qual, numa visão civil-constitucional, requer uma evoluída interpretação no sentido de limitação da autonomia da vontade dos contratantes diante do princípio da dignidade humana, como forma de identificar os sujeitos titulares dessa dignidade a tal ponto de coibir qualquer formação estrutural de subordinação.

Segundo Guilherme Magalhães Martins (2003, p. 47) “a boa fé, neste quadro, delimita e reestrutura a autonomia privada, na medida em que a adequação das expectativas da parte contratante repousa, ainda que de modo mediato, no respeito à dignidade humana, de maneira que se tutele a pessoa humana”.

De fato, houve uma modernização da teoria da interpretação, em que o intérprete do direito adaptou técnicas para revitalização das normas sob um renovado juízo de valor, propondo a atuação de objetivos qualificados no sentido de harmonização dos princípios fundamentais, especialmente os existenciais da pessoa humana, e redefinição dos institutos jurídicos, tomados em seus aspectos funcionais (PERLINGIERI, 1997, p. 12).

Devido a isso, surgiu um dilema para o direito atual: como conciliar a aceitação de valores fundamentais – visando sua inclusão na legislação vigente – com os espaços de liberdade particular de cada pessoa (MORAES, 2003, p. 71-73)?

Na intenção de vislumbrar uma resposta coerente, cabe trazer à baila a essência do termo “dignidade humana”<sup>146</sup> para depois referenciá-lo no contexto negocial e sua relação com a boa-fé objetiva.

---

<sup>146</sup> Nessa perspectiva, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 92), “sem entrarmos, ainda, no significado (ou nos significados), que se pode hoje atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já

De início, “segundo a tradição iluminista, que começa na antiguidade com Hesíodo e Sócrates, chegando à modernidade com Kant e Hegel, o humano define-se, em primeiro lugar, por sua racionalidade” (CANDIDO, 2003, p. 57). E Kant (1999, p. 232) ensina que “todo o nosso conhecimento parte dos sentidos, vai daí ao entendimento e termina na razão, acima da qual não é encontrado em nós nada mais alto para elaborar a matéria da intuição e levá-la à suprema unidade do pensamento [...]”.

Assim, de acordo com Kant, a racionalidade teria o poder de emancipar o ser humano, por meio de um comportamento de “dever-ser” imposto pela própria razão humana, ou seja, a racionalidade de cada pessoa em si é capaz de criar leis que irão determinar a conduta a ser praticada por cada um, essas leis que são decretadas para si mesmos, quando excluídos os desejos e as inclinações afetivas, se tornam universais, porque no fundamento são iguais para todos e cada um seria livre em suas ações, daí a expressão que ele definiu como “imperativo categórico”. Então, para Kant, na explicação de Michael J. Sandel (2012, p. 158), “a dignidade do homem consiste precisamente em sua capacidade de criar leis universais, embora apenas sob a condição de estar, ele também, sujeito às leis que criou”.

Entretanto, essa racionalidade kantiana foi sucumbida na esfera da moral, não atingiu na prática o ideal da dignidade esperado por todos. Então, somente, com o pensamento de Habermas (2012, p. 21-22) que se vislumbrou a evolução do próprio conceito de dignidade humana, ao convertê-lo de uma “moral racional para o direito racional”. De fato, antes, cada pessoa se comportava conforme o seu mandamento moral, mas agora as pessoas exercem suas condutas conforme o valor de sua existência no convívio social, e por isso alcançam direitos, hoje, protegidos pelo poder judiciário em qualquer ordenamento mundial, independente de norma estatal positivada. Nota-se que essa evolução da razão individual (Kantiana)

---

no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. [...] Esta noção de dignidade, sustentada de modo especial no âmbito da filosofia estoica, encontra-se, por sua vez, intimamente vinculada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade. A concepção de inspiração cristã e estoica continuou a ser sustentada durante a Idade Média, tendo sido Tomás de Aquino quem expressamente chegou a fazer uso do termo *dignitas humana*, no que foi secundado, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico de Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, sustentou ser esta que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino”.

para uma verdade de direito universal (Habermasiana) se justifica no consenso racional do diálogo entre pessoas plurais (ação comunicativa) para se praticar um Dever Social, em que a conduta de cada um seja subordinada a condição de nunca mais tratar o indivíduo como simples objeto, mas a aceitá-lo como uma pessoa humana, digna, igual e livre, respeitada em seus valores fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 93) dignidade pode ser entendida como “qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]”. E continua, brilhantemente a explicar que a dignidade, “portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente<sup>147</sup> [...]” (SARLET, 2012, p. 93).

Nesse diapasão, são nos negócios jurídicos que se concretizam os valores humanos, com a necessária mitigação na autonomia de vontade da pessoa em obediência aos Deveres Sociais. Desse modo, pode-se afirmar que a combinação da racionalidade moral Kantiana (individual) com o consenso no diálogo racional Habermasiano (plural) entre os envolvidos no contrato, impõe um padrão de conduta aceitável socialmente, que num âmbito global, torna-se universal, cuja materialidade é realizada pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Portanto, o cerne da boa-fé objetiva na relação interna contratual – a considerar os efeitos do contrato entre as partes contratantes - é a própria dignidade humana, e, por conseguinte, qualquer ofensa à pessoa dentro da relação negocial também será um desrespeito à boa-fé objetiva, a denominar-se uma violação positiva do contrato (interna).

Dois exemplos que se enquadram nesse cenário são: (I) do anão de circo que era arremessado para animar o público, e (II) a exploração de pessoas contratadas para participarem de *reality show* na televisão brasileira ao se submetem, muitas vezes, a comportamentos e outras condições capazes de inferiorizar o próprio “Ser Humano” a meros objetos de diversão alheia.

---

<sup>147</sup> Além disso – pontuou Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 93), “não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Em ambos os casos há uma humilhação que extrapola o padrão de conduta aceitável numa negociação, por ofensa à própria dignidade humana e desrespeito aos Deveres de proteção, respeito e cooperação impostos pela boa-fé objetiva.

## **2.2 A violação da boa-fé objetiva na relação externa do contrato: ofensa à solidariedade social**

Em toda relação contratual sobrepõe-se uma tutela externa, cuja proteção visa evitar que a conduta das partes prejudique terceiros ou que estes ofendam a obrigação negociada pelos contratantes ou, ainda, que interesses metaindividuais sejam violados.

Nesse contexto de interveniência de pessoas que não participaram da negociação inicial atuam, simultaneamente, os princípios da boa-fé objetiva e da solidariedade social, por meio de deveres laterais de comportamento a serem respeitados pelas partes como por outras pessoas alheias a negociação (terceiros), de forma a mitigar o princípio da relatividade e os efeitos da oponibilidade dos ajustes<sup>148</sup>, afinal - como explicou Cláudio Bueno de Godoy (2012, p. 148) -, “o contrato não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes”.

No que toca ao princípio da solidariedade, Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 111-114) o princípio da solidariedade social pode ser observado por três enfoques: um, a solidariedade fática que “decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana”; dois, a solidariedade como valor que “deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’”; e três, a solidariedade jurídica, identifica-se “[...] com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.

---

<sup>148</sup> Segundo Tereza Negreiros (2003, p. 265): “a oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)”.

Para José Fernando de Castro Farias (2001, p. 282) a solidariedade é um fato social, pois vivemos num “mundo comum onde a formação da identidade não admite o esmagamento do outro. A criação de uma identidade faz-se no reconhecimento da pluralidade e heterogeneidade, na convivência com o outro”, devido a isso, a pessoa não se subordina mais à autoridade legal do Estado, mas ao controle do imposto pelo meio social.

Por isso, a violação à solidariedade tem fundamento “[...] naquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização”, tais como os danos causados pelo “não-reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento” ou “danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente” e “algumas das espécies de danos sofridos pelos chamados “grandes traumatizados”, como as crianças e os idosos, o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé” (MORAES, 2003, p. 117).

Logo, a proteção da boa-fé objetiva, cujo escopo é proteger as legítimas expectativas que o comportamento de uma parte provocou na outra, quando ativadas por condutas de terceiros ou interesses metaindividuais em obediência a mandamentos sociais, pauta-se numa confiança de caráter coletivo em que a referência é o princípio da solidariedade social para estabelecer um padrão de comportamento externo na relação contratual.

### **2.3 Assentamento final sobre a delimitação do campo de atuação da boa-fé objetiva em relação à função social do contrato no negócio jurídico**

Um conflito aparente que pode surgir na relação contratual diz respeito ao campo de atuação da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Para Luiz Renato Ferreira da Silva (2003, p. 133) a boa-fé objetiva atua dentro da relação contratual, já a função social do contrato impõe reflexos externos nas relações contratuais que podem afetar terceiros que não participaram da negociação.

Também compartilha desse entendimento Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 29) quando afirma que “o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico”; enquanto a função social do contrato tem seus reflexos voltados para a sociedade.

Se acolhido o entendimento dos autores mencionados, a boa-fé objetiva não teria utilidade na relação externa do contrato, pois sua abrangência estaria apenas entre as partes contratantes (internamente), em contrapartida, a função social poderia incidir tanto dentro como fora da relação contratual, porque os efeitos do conteúdo contratado entre as partes poderiam atingir terceiros ou estes se sentirem lesados ou até prejudicarem interesses metaindividuais.

Ousa-se discordar de tal sapiência, com elevado respeito, até porque essa delimitação não é praticada na jurisprudência brasileira, a qual insiste em fundamentar seus julgados com referência a ambos os princípios como se houvesse (sempre) uma incidência simultânea. Ora, realmente, tais princípios se complementam, mas não se confundem.

A função social tem sua razão de ser na “busca da recuperação do equilíbrio social nas relações contratuais” (TONIAZZO, 2008, p.76), para mitigar o individualismo existencialista do liberalismo exagerado, e atender mais aos interesses humanos e coletivos. Por isso, é uma condição do Estado Social, e tem característica “[...] multifuncional, impondo não apenas uma restrição, [...] mas também uma integração do pacto e ainda visando à circulação de riquezas” (PEDROSO, 2014, p. 96). Enfim, a função social do contrato trata da finalidade do conteúdo do que foi contratado pelas partes, e por isso submete-se aos valores humanos e sociais.

A boa-fé objetiva tem sua origem na própria fé, e impõe deveres - de ser e agir – as partes contratantes, no sentido de padronizar suas condutas sempre de forma correta, honesta, leal e justa. Possui funções de interpretação, controle (de abusos) e de integração, de modo a proporcionar um alargamento ou uma redução do conteúdo contratual, independente da vontade das partes ou do cumprimento da obrigação principal, mas em respeito, também, a dignidade humana e a solidariedade social. Por isso, tais deveres de condutas visam proteger a confiança na relação contratual interna - entre as partes -, e externa - das partes para outras pessoas ou destas para as partes contratantes ou, ainda, atingir interesses metaindividuais.

Enfim, a função social tem sua delimitação na finalidade do conteúdo contratual, já boa-fé objetiva, diferentemente, padroniza a conduta (ação) das partes contratantes, por imposição de deveres laterais à prestação principal do negócio jurídico. Em ambas existe uma relação interna – determinada pelo princípio da

dignidade humana – e uma relação externa – ordenada pelo princípio da solidariedade social.

### **3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**

Como visto, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico presente em todas às relações negociais da atualidade, cuja manifestação se faz propagar em deveres laterais ou anexos à prestação da obrigação principal.

Mas se não for observada essa regra de conduta emanada pela confiança depositada no pacto - ainda que haja o cumprimento da prestação principal -, a tal ponto de configurar um prejuízo merecedor de tutela, caberá responsabilidade e ressarcimento.

À vista disso, como classificar esse dano no ordenamento jurídico?

Então, por essa possibilidade de um novo dano quando violado os deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva, apresenta-se uma nova classificação de danos, que, neste trabalho, passou-se a denominar como a “violação da boa-fé objetiva”, causado pelo mau cumprimento do contrato.

Antes, porém, necessário perscrutar, um pouco mais, sobre a natureza jurídica dos deveres laterais nascentes na boa-fé objetiva para delimitar o seu fato gerador na responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

#### **3.1 A natureza dos deveres laterais**

Os deveres laterais são verdadeiros mandamentos universais de proteção às condutas dos contratantes por imposição da boa-fé objetiva, presentes em todos os negócios jurídicos e independentes do cumprimento da prestação principal, por isso ditos deveres laterais ou anexos ou satelitários. Podem estar escritos ou não no contrato, quando estiverem escritos não podem diminuir a proteção universal que lhes é atribuída pela boa-fé objetiva.

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p.75), citando Carlos Alberto da Mota Pinto (1985, p. 275), “os deveres laterais podem ser definidos, a título aproximado, como todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, diretamente, a realização ou a substituição da prestação”.

Esses deveres laterais derivam da boa-fé objetiva com o propósito de proteção à pessoa e ao seu patrimônio na relação negocial, a fim de se evitar a ocorrência de danos motivadores de responsabilização.

Mas a questão que se propõe é saber se os deveres laterais decorrem de uma relação obrigacional ou não. Isso porque, se decorrentes de uma obrigação teriam seu fato gerador no contrato, mas se não forem obrigacionais, seriam deveres extracontratuais, com características de um ato ilícito, contrário à lei.

Se considerar sua natureza contratual, os deveres laterais seriam providos da vontade das partes estabelecida na relação pactuada, ante a liberdade e autonomia em contratar, e a responsabilidade civil surgiria da inexecução do próprio negócio jurídico, configurando assim, um caso de inadimplemento. Disso decorre que, “o ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar (CC, arts. 389 e 393)” (DINIZ, 2011, p. 146)<sup>149</sup>.

Nota-se, por esse entendimento, que há um alargamento da noção de inadimplemento, ao considerar, além do inadimplemento absoluto – que ocorre com o não cumprimento da prestação por inobservância ou impossibilidade - e o inadimplemento relativo – pela mora<sup>150</sup> -, uma terceira espécie, a ser chamada de violação aos deveres laterais, incluído, nesta última, a violação à boa-fé objetiva, pois todos teriam natureza obrigacional ou contratual.

Ademais, como já mencionado alhures, o Enunciado nº 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, informa que a violação dos deveres laterais representa espécie de inadimplemento, e independe de culpa<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Nesse sentido, em admitir a natureza contratual dos deveres laterais, conforme referido por Rafael Marinangelo (2005, p. 71) cita-se: BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile – Il contratto*, v. 3. *Seconda edizione*. Milano: Giuffrè editora, 2000. FRADERA, Vera Maria Jacob de Fradera. A quebra positiva do contrato. Ajus. Porto Alegre, 1988. Nº 44.

<sup>150</sup> Para uma melhor explicação desses conceitos: “A própria impossibilidade equivalente ao inobservar da regra que manda não se impossibilitem as prestações a que outrem tenha direito; a mora, naturalmente, emerge da desatenção pelo mandamento do cumprir pontual das obrigações” (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 600).

<sup>151</sup> Enunciado nº 24, da I Jornada de Direito Civil: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”. Cf. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 29. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

Nessa perspectiva, Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 82-90) afirma a natureza obrigacional dos deveres laterais, entretanto, propõe, para evitar um excessivo alargamento dos deveres laterais, o estabelecimento dos limites da contratualidade desses deveres. Ele diferencia, de um lado, “todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessários à execução do contrato, ou da obrigação, estão fora de seu âmbito, como o dever de não furtar ou de não roubar o patrimônio da outra parte”, e, de outro lado, os deveres obrigacionais “de não destruir o patrimônio da outra parte com a execução do contrato, ou de não informar as eventuais consequências danosas do mau uso da máquina (...)”.

O argumento proposto pelo mencionado autor é fascinante, mas como já relatado anteriormente nesse estudo, na origem dos deveres laterais está a *fides*, cujo vetor mestre é a confiança. Dessa forma, temos que a boa-fé objetiva irradia deveres laterais, mas com lastro na confiança, e, por isso, não há como limitar a contratualidade dos deveres laterais. A confiança presenciada independe da vontade assumida pelas partes, ela surge da universalidade conquistada como princípio jurídico, e, portanto, de caráter normativo, o que, por si só, explica a sua natureza extracontratual.

Mais coerente seria adotar a natureza extracontratual para os deveres laterais, cujo fundamento teleológico está no dever de cumprir uma regra de conduta, que pode envolver tanto as partes no negócio jurídico como terceiros<sup>152</sup> que estão fora dessa relação, e, também, afetar direitos difusos ou sociais<sup>153</sup> e

---

<sup>152</sup> Em Menezes Cordeiro (1984, p. 616-617): “os deveres acessórios colocam-se numa situação de independência relativa face à obrigação que é suposto acompanharem. A sua evolução dogmática mais recente, num discurso incompreensível axiomático de tipo dedutivístico, confirma-o através de institutos como o da subsistência na nulidade, o efeito protector (sic) perante terceiros e de terceiros e a pós-eficácia”. Esse autor posteriormente traz o seguinte exemplo: “O R. fornecia a uma fábrica – uma empresa siderúrgica – um meio protetor de ferrugem. Durante anos entregou um produto não inflamável; sem explicações oportunas mudou, de súbito, para uma matéria combustível a qual, numa aplicação, inflamou-se, vindo uma empregada a sofrer queimaduras. Esta acciona (sic) directamente (sic) o fornecedor do produto, por violação de deveres contratuais acessórios que a protegeriam. O BGH, em nome da boa-fé, deu provimento à acção (sic)” (Menezes Cordeiro, 1984, p. 621). Observa-se que o BGH (em alemão: Bundesgerichtshof - é o Tribunal Federal de Justiça – corte maior da jurisdição ordinária da Alemanha) entendeu ser um caso de violação à boa-fé.

Nesse diapasão, Flávio Alves Martins (2000, p. 96-100) consubstancia a boa-fé objetiva como um microsistema, instituído em nosso ordenamento jurídico pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) na relação de consumo, mormente na redação do artigo 4º, III, e 51, IV.

<sup>153</sup> Para Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 376) “os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”.

coletivos<sup>154</sup> que envolvam interesses da sociedade de um modo geral, a exemplo de danos ambientais causados por desrespeito a boa-fé objetiva.

Ainda, pela natureza extracontratual, Menezes Cordeiro (1984, p. 615-616) perfilha o alargamento sofrido dos deveres laterais, a “(...) verificar-se que o seu âmbito transcende em muito o da mera contratualidade”, pois esses deveres “nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes”. Para ele, os deveres laterais “visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efectivar (sic) das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos<sup>155</sup>”.

Conforme exposto, a violação positiva do contrato não representa espécie de inadimplemento, visto que independe do cumprimento da prestação principal, inclusive independe, até mesmo, da vontade das partes. Por isso, melhor classificar essa violação como o mau cumprimento do contrato, amparado pela responsabilidade extracontratual.

### **3.2 Violação da boa-fé objetiva: possibilidade de classificação como um novo dano**

A responsabilidade civil tem como pressuposto um dano, e a sua indenização, um prejuízo. O dano causado pela violação à boa-fé objetiva, como desrespeito a imposição de seus deveres laterais de conduta, alicerçados na confiança, pode afetar tanto o patrimônio<sup>156</sup> quanto a interesses não patrimoniais da vítima.

---

<sup>154</sup> Nesse sentido, o Enunciado 456 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais e imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas” (Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 29. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 19 jul. 2014).

<sup>155</sup> Ademais, “A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada” (Menezes Cordeiro, 1984, p. 615).

<sup>156</sup> Para Maria Helena Diniz (2011, p. 83-84) dano patrimonial “vincula a noção de lesão ao conceito de patrimônio. O patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível”. E ensina que “o patrimônio mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido”.

No que se refere ao dano patrimonial, imprescindível laudo pericial para sua comprovação, que poderia resultar “não só o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) mas também o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso)” (DINIZ, 2011, p. 84-85).

Sobre o dano extrapatrimonial cabe uma averiguação mais minuciosa, especialmente para que não haja confusão no uso corriqueiro e equivocado da terminologia de dano extrapatrimonial como sinônimo de dano moral. Por isso, segue-se a demonstrar a possibilidade de sua subdivisão do dano extrapatrimonial em outros danos (ou novos danos) além do dano moral, cujo exemplo mais notório é o que já aconteceu com a admissão autônoma do dano estético pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 387<sup>157</sup>.

Nesse intuito, passa-se, inicialmente, a sistematizar a evolução do conceito de dano extrapatrimonial em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, nos parâmetros apresentados por Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 145-147), divide-se em cinco fases, historicamente distintas - da legitimação do dano moral até a possibilidade do reconhecimento de novos danos -, conforme segue: 1ª) Inexistência de ressarcimento por dano moral; 2ª) Ressarcimento do dano moral como derivação do dano material; 3ª) Compensação autônoma do dano moral; 4ª) Dano moral no Código Civil de 2002; e, 5ª) Autonomia do dano estético em relação ao dano moral - entendimento da súmula 387 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, na primeira fase, conforme pontuou referida autora (2003, 146), entendia-se que não havia como atribuir um valor pecuniário para bens que não fossem “objeto”, então, o sofrimento da pessoa não tinha valor econômico algum, e o fundamento dessa alegação estava na impossibilidade de medição do sofrimento da pessoa para quantificar sua indenização, dessa forma, a compensação<sup>158</sup> pelo dano moral era impraticável, e a vítima era obrigada a suportar o dano sofrido.

---

<sup>157</sup> Superior Tribunal de Justiça: Súmula nº 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (2ª Seção do STJ. j. 26.08.2009, DJe de 1º/09/2009). Ainda, cita-se a Ementa de um dos Agravos que influenciaram na origem da Súmula: Ementa: “Responsabilidade civil. Dano estético. Perda de um dos membros inferiores. Acumulação com o dano moral. Devido a título diverso do que justificou a concessão do dano moral, é o dano estético acumulável com aquele, ainda que oriundos do mesmo fato. Precedentes. Agravo improvido”. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 100.877-RJ (96.0009757-7), 4ª Turma do STJ, Relator Ministro Barros Monteiro. J. em 03/09/1996, DJ de 29.10.1996). Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_35\\_capSumula387.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2014.

<sup>158</sup> Importante explicar a terminologia seguida neste estudo, nos termos pontuados por Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 145): “Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente

Na segunda fase, a mesma autora (2003, p. 147-149) relata que surge o ressarcimento do dano moral como um desdobramento do dano material. Para ela, com o passar do tempo, os princípios estruturais da vida em sociedade mudaram, bem como o raciocínio do conceito de justiça, e percebeu-se que era impossível ignorar o dano extrapatrimonial, e que não era a dor sofrida que deveria ser paga, mas, agora, a própria vítima, como forma de equilibrar os efeitos causados pelo dano a seu espírito. Foi a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 59.940, datado de 26 de abril de 1966, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, do Supremo Tribunal, o marco da transição do paradigma da irresponsabilidade à responsabilização, mas com fundamento no dano patrimonial. Esse julgado assegurou, pela primeira vez na história brasileira, uma indenização pela morte de filho menor que não tinha renda para ajudar nas despesas familiares<sup>159</sup>.

Depois, na terceira fase, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), admitiu-se a compensação autônoma do dano moral, independentemente de seu caráter patrimonial. Então, passou a existir dois danos legítimos no ordenamento jurídico: um de caráter patrimonial e outro extrapatrimonial (moral).

Ainda, nessa evolução, a quarta fase ocorreu com a positivação no Código Civil de 2002 (artigo 186) do dano moral com exclusividade e independência.

E, por derradeiro, a quinta fase aconteceu com a autonomia do dano estético em relação ao dano moral, aprovado pela Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça em 26 de agosto de 2009.

Nesse raciocínio, até agora desenvolvido por Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 246-248), pode-se afirmar que o nosso atual ordenamento jurídico admite dois gêneros de danos: patrimonial e extrapatrimonial, e duas subespécies de dano extrapatrimonial: moral e estético. Na diferenciação do dano estético com o dano moral, inclusive já no caminhar para a possibilidade da existência de novos danos, necessário se faz entender o que vem a ser dano moral. Mas, conceituar dano moral

---

indenizável; 'indenizar' é palavra que provém do latim, *in dene*, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se assim dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral”.

<sup>159</sup> “O Supremo Tribunal considerou que a perda do filho representava uma frustração do investimento dos pais, que teriam a expectativa de serem amparados na velhice, o que significava atribuir um valor econômico potencial para a família ou a expectativa de ganho econômico futuro” (MORAES, 2003, p. 149).

não é tarefa simples e depende da interpretação dada pelo operador do direito. Em síntese, porém, é imprescindível citar a seguir três possíveis definições.

A definição mais comum, por ser a mais citada na doutrina e jurisprudência pátria, seria aquela que conceitua o dano moral como “efeito moral da lesão a um interesse juridicamente protegido”, assim considerados em razão dos sentimentos de dor, vexame, sofrimento e humilhação (MORAES, 2006, p. 246)<sup>160</sup>.

Nessa direção, o ilustre Anderson Schreiber (2012, p. 131) orienta que “a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial”.

Também, o Enunciado nº 445, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, evidencia que: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”<sup>161</sup>.

Outra definição para o dano moral, também segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2006, 246), seria a “lesão a um direito da personalidade”. Nessa concepção a lesão a um direito restringir-se-ia a modelos típicos específicos de direitos subjetivos, e como bem afirmou Pietro Perlingieri (1999, p. 156): “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites [...]”.

E, por fim, a mais recente definição tem o dano moral como “uma cláusula geral de tutela da personalidade” (TEPEDINO, 2004, p. 50). Inclusive, para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 182) essa concepção resulta de uma “metodologia civil-constitucional, a qual tem como característica predominante à aplicação dos princípios e das regras constitucionais às relações intersubjetivas de Direito Civil e a consequente defesa da unidade do ordenamento (...)”. Seu fundamento é o princípio

---

<sup>160</sup> Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 246) relata que a mesma jurisprudência nacional tem mitigado a abrangência desse conceito, utilizando-se de “termos igualmente subjetivos e arbitrários, por meio da exigência de que se trate de um dano grave, um ‘mal evidente’, que não configure ‘mero desconforto ou aborrecimento’” (STF, RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.02.1996, voto do Min. Francisco Rezek).

<sup>161</sup> Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 29. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>162</sup> utilizado horizontalmente nas questões de responsabilidade civil.

Então, é nessa perspectiva que se conceitua o dano moral, “uma lesão à dignidade da pessoa humana”, e, portanto, “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral” (MORAES, 2003, p. 188).

Essa fundamentação na dignidade da pessoa humana (premissa Kantiana, que condena tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa – o chamado sujeito de direito - à condição de objeto), materializa-se nos princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade social ou familiar (MORAES, 2006, p. 246)<sup>163</sup>.

Nessa senda, Anderson Schreiber (2012, p. 178) confirma que “a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), que somente são considerados merecedores de tutela na medida em que instrumentalizado a favor deste fim”.

Destarte, mostra-se preferível utilizar o conceito de dano moral como sendo a lesão à dignidade da pessoa humana, e como conceito de dano estético<sup>164</sup> uma deformidade (externa) da beleza física do indivíduo, percebe-se que existem outros interesses merecedores de tutela que independem de serem resguardados pelo direito subjetivo, e que não se enquadram nessas definições de dano moral e

---

<sup>162</sup> Constituição Federal Brasileira, artigo 1º, inciso III.

<sup>163</sup> Ainda, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 245-248) desdobra o princípio da dignidade humana em quatro postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado”. Estes, “aplicados à esfera jurídica, serão corolários dos princípios da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade social ou familiar”.

<sup>164</sup> Para Maria Helena Diniz (2011, p. 98), “O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeloira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos; feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo”.

estético, tais como: o dano psíquico<sup>165</sup>, o dano biológico<sup>166</sup>, o dano espiritual<sup>167</sup>, e, propriamente, o dano de violação da boa-fé objetiva.

Nesse cenário, surge a noção de injustiça do dano, pioneiramente tratado na jurisprudência italiana, máxime a decisão nº 500, datada de 22 de julho de 1999, pela Corte de Cassação<sup>168</sup>, na qual se admitiu o ressarcimento por um dano que não estava acobertado pelo direito subjetivo, mas sim por um interesse merecedor de tutela. Saiu-se da redoma da antijuridicidade (tipicidade fechada) para um horizonte amplo de possibilidades (interesses), mas restritos apenas aqueles interesses juridicamente relevantes e dignos de tutela pelo ordenamento, afastando-se os meros aborrecimentos do dia a dia e interesses relevantes não acobertados pelo direito.

Nesse sentido, para Anderson Schreiber (2005b, p. 59), “[...] a expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível”.

Portanto, o ressarcimento a tais interesses merecedores de tutela, como aconteceu na jurisprudência italiana, provocou um novo fenômeno chamado de reconhecimento a novos danos, que melhor se classificam no nosso ordenamento jurídico como outras subespécies do dano extrapatrimonial, além do dano moral e do dano estético.

E por tudo isso, afirma-se a possibilidade da violação da boa-fé objetiva fazer parte do alargamento desse (novo) conceito de dano - dano injusto -, e encontrar-se no nosso ordenamento jurídico como um dano novo, ante a sua

---

<sup>165</sup> Segundo Carlos Alberto Ghersi (1997, p. 68): *“Daño psíquico. ‘Según Milmaniene’ este daño supone una modificación o alteración de la personalidad, que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, actuaciones, etc., manifestaciones todas estas que nos permiten a su vez valorar el grado de injuria padecida. El daño psíquico y su evaluación se inscriben así en el plano psicopatológico, debiéndose, por ende, descartar valoraciones de tipo moral o axiológico. Aquí no se trata ni de ‘comprender’, ni de identificarse empática o moralmente con alguien; lo que se impone es arribar a un diagnóstico clínico claro y preciso que nos otorgue la medida de la significación simbólica de determinado trauma sobre un sujeto en particular”.*

<sup>166</sup> Para Carlos Alberto Ghersi (1997, p. 68): *“Daño biológico. Partiendo del principio del derecho a la integridad del ser humano, la jurisprudencia ha comenzado a esbozar el daño biológico precisamente como daño a la integridad estructural-funcional física del ser humano”.*

<sup>167</sup> Conforme Carlos Alberto Ghersi (1997, p. 69): *“Daño espiritual. Éste es un nuevo tipo de daño - claro que la novedad está circunscripta al campo estrictamente jurídico, porque la entidad del fenómeno social productor de este perjuicio es de antiquísima data - que afecta al núcleo vivencial del ser humano, esto es, al sí mismo de cada cual. El carácter resarcitorio de este daño queda librado a la apreciación judicial”.*

<sup>168</sup> A íntegra da sentença nº 500/99 da Corte di Cassazione Italiana, pode ser encontrada no endereço eletrônico: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=364>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

natureza extracontratual, que protege mais os interesses da vítima, visando o seu ressarcimento, do que se concentrar nas condutas do ofensor a fim de integrá-las no direito subjetivo.

Assim, a relação entre a violação positiva do contrato e a responsabilidade civil atual requer a aplicação de um novo conceito para os danos extrapatrimoniais, a fim de possibilitar o reconhecimento de outros danos ainda não amparados pelo direito subjetivo, mas que necessitam de proteção pelo direito, caso contrário haveria um a desamparo à vítima e uma ineficácia de justiça.

Reconhecer a possibilidade de novos danos, afortunando o nosso direito com novos fenômenos jurídicos, é uma necessidade atual para atender os anseios de uma dinâmica sociedade que clama por justiça em cada ato de seu desenvolvimento, cuja formalização envolve as relações negociais e os princípios jurídicos, mormente, o da boa-fé objetiva.

## CONCLUSÃO

Diante dos fundamentos acima expostos, conclui-se que o momento da violação à boa-fé objetiva na relação negocial ocorre quando houver um desvio do padrão universal de conduta por um dos contratantes, cujos parâmetros que delimitam à liberdade da vontade na contratação são regidos pelos os princípios da Dignidade Humana e da Solidariedade Social, até porque se desobedecidos geram responsabilização.

E para justificar essa afirmação, apresentou-se novas perspectivas a respeito da influência da boa-fé objetiva no direito negocial. Uma, buscou na noção de fé a origem da objetividade da boa-fé, apoiado na própria evolução da racionalidade humana. Noutra, foi construída uma inédita classificação da violação positiva do contrato, a qual reconceituou sua rotulagem em espécie de inadimplemento da obrigação – o não cumprimento do contrato -, para considerá-la uma forma de “mau cumprimento do contrato”. E, além disso, baseado na natureza extracontratual da violação à boa-fé objetiva, trouxe como consequência dessa violação a possibilidade de caracterização de um novo dano na responsabilidade civil contemporânea, também merecedor de tutela.

Para tanto, partiu-se no desenvolvimento de uma noção da própria fé, com intuito de se atestar que a origem da objetividade da boa-fé estaria relacionada com a evolução do conceito da fé pela razão humana, e para tanto, utilizou-se de três vertentes: a religiosa, a filosófica e para o direito.

Na primeira, ficou evidente que a fé (religiosa) predominava como sendo uma certeza soberana da realidade, e a razão humana apenas existia dentro do conhecimento ditado pela fé, à vista disso, características em comum da fé, independentemente de qualquer religião adotada, foram apresentadas como: universal, sobrenatural, invisível, o crer, a confiança, a certeza, uma realidade, concreta e de subsistência.

A vertente filosófica passou a relacionar a fé com a razão, momento em que houve o resgate na confiança da razão por meio da fé, mas o grande êxito da razão apenas se consolidou com o pensamento kantiano no século XVIII, o qual criticou as verdades do conhecimento norteadas pela fé e revolucionou a forma de exercer a racionalidade, em que os valores morais passaram a ser regrados pela razão. Kant

ainda fundamentou a possibilidade de um conceito subjetivo tornar-se objetivado quando houver universalidade.

Na terceira vertente, a fé para o direito foi invocada na proteção a confiança e na presunção da veracidade, o que revelou a transmutação de valores morais para regras jurídicas no evoluir da sociedade, inclusive sua influência no estabelecimento de um sistema normativo atual. Nesse desenrolar, discorreu-se sobre a eficácia normativa dos princípios para diferenciar valores e regras, bem como obrigação moral de obrigação jurídica, e desatacou-se que os princípios jurídicos possuem conteúdo normativo e seu desrespeito pode ocasionar responsabilidade ao transgressor. Restou evidente que a boa-fé objetiva encontra-se nesse campo principiológico, pois repleta de normatividade jurídica e responsabilidade.

Ainda, nessa vertente do direito, afirmou-se a sistemática aplicada quanto à aceitação dos princípios no ordenamento jurídico, isto é, deixou de ser um sistema fechado que não permitia a autonomia dos princípios como força normativa, para se tornar um sistema aberto, no qual os valores humanos e sociais são reconhecidos e aplicados, para se admitir e adotar racionalmente conceitos indeterminados e cláusulas gerais como normas jurídicas, incluindo-se, nesse cenário, o reconhecimento ao princípio da boa-fé objetiva, mormente na resolução dos casos práticos enfrentados pela sociedade de um modo geral. Essa mudança de metodologia para o sistema aberto teve influência do pensamento tópico de Theodor Viehweg, o qual alterou o raciocínio sistêmico-dedutivo para uma técnica voltada aos problemas práticos e reais, indicando uma forma argumentativa para solucionar tais problemas mesmo se a resposta não estivesse dentro do ordenamento jurídico, o que contribuiu para a aceitação normativa das cláusulas gerais, como uma forma de aplicação da justiça social, atentando-se para os princípios da dignidade humana e da solidariedade, a permitir uma solução ao caso concreto que trouxesse mais justiça.

Consequentemente, houve uma mudança de paradigma no mundo jurídico, com a despatrimonialização do direito para o reconhecimento dos valores relativos à pessoa e ao bem estar da coletividade, o que provocou a mitigação do princípio da autonomia da vontade, afetando a liberdade contratual, a qual se viu limitada a esses valores maiores, a ponto de converter a expressão da autonomia da vontade em autonomia privada.

É nessa toada que a sociedade atual busca encontrar um sentido à vida que lhe dê felicidade, e diante desse convívio com outras pessoas conclama em consolidar a confiança uma nas outras, cuja função foi atribuída legitimamente pela Constituição da República Federativa do Brasil àqueles que detêm o título de “dignos de fé”, ora exercitado pelos Notários e Registradores para concretizar a segurança, certeza e autenticidade nas relações negociais, capazes de instrumentalizar, ou melhor, materializar a presunção da veracidade na aplicação da boa-fé, manifestada nos negócios jurídicos ou não, mas de repleta confiabilidade social.

Quanto à formatação da boa-fé foram analisados conceitos pela origem da *fides* no período romano antigo, com predominância de significação mística e afetiva, cuja transmudação de um valor moral para um valor jurídico só ocorreu no período pós-Segunda Guerra Mundial, com o reconhecimento pelo direito da força normativa dos valores humanos e sociais.

Posicionou-se, também, pela dualidade da boa-fé, qualificando-a em boa-fé subjetiva - como um estado psicológico contido em cada pessoa (individualmente) -, e boa-fé objetiva - como um padrão de conduta correta e leal a ser seguida por todos, indistintamente, seja qual for a ocasião, em consideração aos interesses da outra pessoa dentro de um convívio social. Ressaltou-se que a confiança – derivada da noção de fé – é o elemento fundamental da boa-fé, estando presente tanto na boa-fé subjetiva quanto na boa-fé objetiva, mas nesta exige-se a conjugação com outro elemento específico: o dever de conduta correta, a fim de não trair a sua confiança recíproca das partes.

Hodiernamente, o nosso ordenamento jurídico consagra explicitamente a boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º, III e 51, IV) e no Código Civil (artigos 113, 187 e 422), justamente, por refletir um sistema normativo aberto, funcional e de cláusulas gerais, cuja consequência foi a constitucionalização do direito civil que possibilitou uma releitura do Código Civil e outras legislações à luz dos princípios da dignidade humana e solidariedade social.

Verificou-se que nos mencionados artigos do Código Civil Brasileiro encontram-se descritas três funções de aplicabilidade da boa-fé objetiva, ou seja, a função interpretativa (artigo 113) que impõe diretrizes válidas aos negócios jurídicos regidos pela boa-fé; a função de controle (artigo 187) que impõe limites ao exercício dos direitos subjetivos, para o fim de se evitar abusos contratuais; e a função de

integração (artigo 422), a qual visa proteger a relação contratual em todas as fases da negociação.

Ademais, constatou-se que, para a boa-fé objetiva atuar na limitação ao exercício de direitos subjetivos, imprescindível se fez adotar a noção de obrigação complexa, em que a prestação do conteúdo contratado vai além do cumprimento de dar, fazer ou não fazer algo, para abranger outros deveres laterais que impõem certo padrão de comportamento aos contratantes, com o fim de adequar a lei e solucionar os conflitos, mesmo quando não previstos no contrato.

Por isso, conferiu-se que tais deveres impostos pela boa-fé objetiva podem ser desdobrados em fenômenos jurídicos que retratam situações corriqueiras e atuais, inclusive exemplificados em julgados recentes de diversos tribunais, são fenômenos conhecidos como *Supressio*, *Surrectio*, *Tu quoque*, *Exceptio Doli*, *Venire contra factum proprium non potest* e *Duty to mitigate the loss*, num reflexo de adequação a essa nova realidade social que requer uma relação jurídica mais dinâmica sem perder a proteção à pessoa e ao coletivo.

Em tais fenômenos jurídicos constatou-se que houve mudança ou inércia de comportamento (padrão) que se esperaria de um dos contratantes na relação negocial, a caracterizar quebra de confiança, desrespeito aos deveres laterais e, por conseguinte, violação da boa-fé objetiva.

Outrossim, estabeleceu-se que a boa-fé objetiva independe do adimplemento da obrigação principal no negócio jurídico, de modo que sua violação foi considerada uma violação positiva do contrato. E, por outro lado, a violação negativa do contrato se apresentaria nos casos de inadimplemento da referida obrigação, seja por inadimplemento absoluto (não pagamento) ou parcial (mora), e daí dizer que o contrato foi “mau cumprido” ou “não cumprido”, conforme seja violado de forma positiva ou negativa, respectivamente.

No âmbito dos efeitos da violação positiva do contrato, observou-se que a boa-fé objetiva deve ser respeitada em todas as fases contratuais, seja na pré-contratual, na contratual e, ainda, na pós-contratual, e se houver algum comportamento incorreto, desonesto ou desleal de qualquer dos contratantes, caberá responsabilização do violador.

Também ressaltou-se que qualquer ofensa a dignidade humana dentro de uma relação contratual fere a boa-fé objetiva por desobediência de um dever geral de conduta imposto pelo direito, e foi denominado de violação positiva do contrato

interna. Entretanto, se a conduta das partes prejudicarem terceiros ou interesses metaindividuais, ocorre a violação positiva do contrato externa, pois ofende o princípio da solidariedade e desrespeita a boa-fé objetiva por não cumprir os deveres de diligência social que visam proteger a confiança depositada na própria negociação pela sociedade dinâmica atual.

Consequentemente, a relação entre a violação da boa-fé objetiva e a responsabilidade civil atual requer a aplicação de um novo conceito para os danos extrapatrimoniais, a fim de possibilitar o reconhecimento de outros danos ainda não amparados pelo direito subjetivo, mas que necessitam de proteção jurídica, caso contrário haveria um desamparo à vítima e uma ineficácia de justiça social.

Enfim, tendo como preceito fundamental do Estado Democrático de Direito o reconhecimento da força normativa dos valores humanos e sociais como verdadeiros princípios jurídicos, caracterizados pela evolução da racionalidade da pessoa no convívio coletivo, o princípio da boa-fé objetiva surge como uma possibilidade emancipatória de igualdade e de justiça social no direito negocial, pois impõe deveres laterais a obrigação principal, presente em todas as fases da negociação, cuja violação se manifesta diante de um comportamento desobediente à aceitação universal de um padrão de conduta a ser seguido por todos, a acarretar uma contratação “mau cumprida” que poderá resultar na responsabilidade por um novo dano.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Bernadette Siqueira (org.). **História da filosofia**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Col. Os pensadores).

AGOSTINHO, Santo. De Magistro (Capítulo XI: Não aprendemos pelas palavras que repercutem exteriormente, mas pela verdade que ensina interiormente). In: AGOSTINHO, Santo. **Confissões; De magistro**. Tradução de Ângelo Ricci. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. Os pensadores).

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMADEI, Vicente de Abreu. A fé pública nas notas e nos registros públicos. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; SANTOS, Marcelo de Oliveira Figueiredo; AMADEI, Vicente de Abreu (Coord.). **Direito notarial e registral avançado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito das Obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações**. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

AQUINO, Tomás de. Compêndio de teologia (Primeira parte: A fé. Primeiro Tratado: Deus Uno e Trino, e as coisas por Ele criadas. Capítulo II: Sequência da exposição sobre a fé). In: AQUINO, Tomás de; ALIGHIERI, Dante. **Seleção de textos**. Tradução de Luiz João Baraúna...[et al.]. São Paulo: Nova Cultural, 1988a. (Col. Os pensadores).

\_\_\_\_\_. Súmula Contra os Gentios (Capítulo VI: Não constitui leviandade dar assentimento às coisas da fé, mesmo quando ultrapassam a nossa razão; e Capítulo IX: Plano e método da presente obra). In: AQUINO, Tomás de; ALIGHIERI, Dante. **Seleção de textos**. Tradução de Luiz João Baraúna...[et al.]. São Paulo: Nova Cultural, 1988b. (Col. Os pensadores).

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: RT, 1991.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ATOS. In. **BÍBLIA SAGRADA** Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008. p. 190-191.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Parte Especial. Livro I. Direito das Obrigações. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011. (p. 183-484).

BERGER, Peter Ludwing. **O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião**. Tradução: José Carlos Barcellos. São Paulo: Ed. Paulinas, 1985. (Coleção sociologia e religião).

BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile – Il contratto**. 2.ed. Milano: Giuffrè Editora, 2000. v. 3.

BÍBLIA. Português. **Bibliaonline.net**. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.net/dicionario/?acao=pesquisar&procurar=are%F3pago&exata=on&link=bol&lang=pt-BR>>. Acesso aos 16 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Símbolos da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=tabuas>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANDIDO, Celso. A Filosofia Hoje. In: HELFER, Inácio; ROHDEN, Luiz; SCHEID, Urbano. **O que é Filosofia?** São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003. (p. 52 a 62).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Guilherme Vilela Ribeiro de. Sobre a definição de fé em Paul Tillich. **Revista Eletrônica Correlatio (Universidade Metodista de São Paulo)**, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 86-108, mai. 2006. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/COR/article/view/1730>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Repercussões da globalização na tributação brasileira**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/artglobal.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política 2**, Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

\_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 63, p. 29-36, jul./set. 1982.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. Cumprimento defeituoso: conceito, pressupostos e comparativo com a violação positiva do contrato. **Revista Advocatus (ESA/OAB/PE)**, Pernambuco, ano 4, n. 6, p. 75-82, mar. 2011.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Resende. **A teoria dos atos próprios: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

DEMÓCRITO. Sentenças de Demócrites. In: **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. Tradução: Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Col. Os pensadores).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Editora Atlas, 1977.

FERREYRA, Edgard A. **Principales efectos de la contratación civil**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1978.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Separata do volume XXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1994.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A quebra positiva do contrato**. Porto Alegre: Ajus, 1988. nº 44.

\_\_\_\_\_. Justificativa a proposta de Enunciado: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo (art. 422). In: III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005 (p.168 a 178). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view?searchterm=III%20jornada>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

FRANCISCO. **Carta encíclica *Lumen fidei***: aos bispos, aos presbíteros e aos diáconos, às pessoas consagradas e a todos os fiéis leigos sobre a fé. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2013. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20130629\\_enciclica-lumen-fidei.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A globalização, o direito civil constitucional e os contratos na sociedade contemporânea. **Revista Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, v. 1, n. 12, p. 102-117, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/667/625>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

GÊNESIS. In. BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008. p. 03.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría General de la Reparación de Daños**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1997.

GILSON, Etienne. **A filosofia na Idade Média**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GONTIJO, Maisa Conceição Gomes. **Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro**. 2009. 123 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: < [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_GontijoMC\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GontijoMC_1.pdf) >. Acesso em: 22 dez. 2015.

GROSS, Eduardo. O conceito de Fé em Paul Tillich. **Revista Eletrônica Correlatio (Universidade Metodista de São Paulo)**, São Paulo, v. 12, n. 23, p. 07-26, jun. 2013. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/COR/article/view/4196>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo).

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HEBREUS. In. BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008. p. 309.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 97, p. 127-138, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

JOÃO. In. BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008a. p. 147.

\_\_\_\_\_. Primeira Epístola. In. BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008b. p. 326.

JOÃO PAULO II. **Carta encíclica *Fides et ratio***: aos bispos da Igreja Católica sobre as relações entre fé e razão. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1998. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_15101998\\_fides-et-ratio\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_15101998_fides-et-ratio_po.html)>. Acesso em: 22 fev. 2015.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

JUVIN, Hervé; LIPOVETSKY, Gilles. **A Globalização Ocidental: controvérsia sobre a cultura planetária**. Barueri, SP: Manole, 2012.

KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Balduur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Col. Os pensadores).

\_\_\_\_\_. **O que significa Orientar-se no Pensamento?** Tradução: Floriano de Souza Fernandes. 3. ed. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2013.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Método, 2007.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Ed. Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte general**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madri: Edersa, 1978.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil – atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOS MOZOS, José Luis de. **El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil Español**. Barcelona: Bosch, 1965.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

MARINANGELO, Rafael. **A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais impostos pela boa-fé**. 2005. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1893](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1893)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

MENEZES CORDEIRO, António. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1980. v.1 e 2.

\_\_\_\_\_. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. v.1 e 2.

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo XXXVIII. 5. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade** (PUC-RJ), Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitadas. **Revista Quaestio Iuris** (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ). Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 351-423, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10194>>. Acesso em 22 mai. 2015.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

\_\_\_\_\_. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva (Coord.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org). **O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 109-136, 1997. (Edição comemorativa do cinquentenário).

PEDROSO, Têmis Chenso da Silva Rabelo. **Boa-fé e função social do contrato: uma leitura hermenêutica constitucional**. Saarbrücken (Alemanha): Novas Edições Acadêmicas, 2014.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual - Algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. In: **Revista da Emerj** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v.11, n. 44, p. 135 e 136, 2008.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista Eletrônica Thesis** (Faculdade Cantareira). São Paulo, ed. 08, ano IV, p. 39-70, 2º semestre 2007. Disponível em: <[http://www.cantareira.br/thesis2/ed\\_8/3\\_luciano.pdf](http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf)>. Acesso em 09 mai. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RAMOS, Cesar Augusto. O liberalismo político e seus críticos. *Crítica - Revista de Filosofia*, Londrina, v. 10, n. 32, p. 229-264, out. 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: Antiguidade e Idade Média**. 3. ed. São Paulo: PAULUS, 1990. v. I. (Coleção Filosofia).

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

\_\_\_\_\_. Visão Geral do Novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b, p. 13.

\_\_\_\_\_. **Um artigo-chave do Código Civil**. São Paulo, 21 jun. 2003a. Disponível em: < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. A boa-fé no código civil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2003b. Opinião, p. A2. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20030816-40114-nac-2-opi-a2-not>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**. 5. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2010.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios de consentimento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: RT, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROTTA, Mariza; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O *pacta sunt servanda* – cláusula *rebus sic stantibus* e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade. **Revista Jurídica Cesumar** (Centro Universitário de Maringá) - Mestrado, Maringá-PR, v. 8, n. 1, p. 193-218, jan./jul. 2008.

RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 99, p. 573-658, jan. 2004. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. ***La buena fe, el principio general em el derecho civil***. Madri: Montecorvo, 1984.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com** (Revista Eletrônica de Direito Civil), Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 01-30, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Traité de droit romain**. Trad. Guéneoux. Paris: Firmin Didot, 1945. v. 3. § 135, Apêndice III, nº 24.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro:Renovar, 2005a.

\_\_\_\_\_. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 59, jul./set. 2005b.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil. In, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Francisco José da. O Discurso de Paulo em Atenas, encontro entre fé cristã e filosofia grega. **Revista Helius** (Universidade Estadual do Vale do Acaraú – UVA), Sobral-CE, v. 1, n. 01, p. 15-26, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.uvanet.br/helius/index.php/helius>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

SMITH, L. Scott. *What is Faith? An Analysis of Tillich's "Ultimate Concern"*. *Quodlibet: Online Journal of Christian Theology and Philosophy*, vol 5, n. 4, October 2003. p. 01-12. Disponível em: <<http://www.quodlibet.net/articles/smithtillich.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

SWEETMAN, Brendam; GEIVETT, R. Douglas; eds. **Contemporary Perspectives on Religious Epistemology**. New York/Oxford: Oxford University Press, 1992.

SUSIN, Luiz Carlos. O estatuto epistemológico da teologia como ciência da fé e a sua responsabilidade pública no âmbito das ciências e da sociedade pluralista. **Teocomunicação: Revista da trimestral da Faculdade de Teologia da PUCRS (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)**, Porto Alegre, v. 36, nº 153, p. 555-563, set. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewArticle/1748>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Novos princípios contratuais e teoria da confiança. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TILLICH, Paul. **Dinâmica da Fé**. 3a ed. São Leopoldo: Sinodal, 1985.

TIAGO. In: BÍBLIA SAGRADA Letra Gigante: tradução de João Ferreira de Almeida. 11. ed. Santo André-SP: Geográfica editora, 2008. p. 313.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. **A Função Social do Contrato Privado: Limite da Liberdade de Contratar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradutor: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1979.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Caloustre, 1967.

\_\_\_\_\_. **El principio general de la buena fe**. Tradução: José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1976.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado pela Lei nº 10.406, de 2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960, de 12 de junho de 2002. Autor: Deputado Ricardo Fiuza (PPB/PE). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 699, de 15 de março de 2011. Autor: Deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB/SP). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.  
Acesso em: 15 abr. 2015.

PORTUGAL. Decreto Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em:  
<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=)>. Acesso em: 26 abr. 2015.

\_\_\_\_\_/BRASIL. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14 ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> >. Acesso em: 26 abr. 2015.