



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ANA PAULA RUIZ SILVEIRA LÊDO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO
DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES
NEGOCIAIS**

Londrina
2017

ANA PAULA RUIZ SILVEIRA LÊDO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO
DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES
NEGOCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi.

Londrina
2017

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

Lêdo, Ana Paula Ruiz Silveira .

O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais / Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo. - Londrina, 2017.
153 f.

Orientador: Roberto Wagner Marquesi.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2017.

Inclui bibliografia.

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

ANA PAULA RUIZ SILVEIRA LÊDO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO DENSIFICADOR DA
DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

BANCA EXAMINADORA

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

Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Priscila Machado Martins
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Londrina, 07 de julho de 2017.

À Marta, pela vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pela capacitação.

À minha família – mãe, pai e irmão, pelo apoio incondicional, em todos os momentos da vida. À Thaís, pelo amor de sempre.

Ao professor, orientador, pai e amigo, Marquesi, pela confiança. A brincadeira de carinhosamente os orientandos se referirem aos orientadores como pais e mães, não poderia ser mais autêntica do que a relação que esses seis anos de parceria que o mundo jurídico nos proporcionou. Por me fazer filha, sócia e amiga, pelos cuidados e ensinamentos, pela paciência e incentivo diários, obrigada.

À professora Rita, por ter participado dessa caminhada em todos os momentos. Primeiramente, por ter incentivado, ainda como professora da graduação em Direito, o meu interesse em seguir a vida acadêmica. Em segundo lugar, pela presteza em ajudar seus alunos. Por fim, por aceitar encerrar esse ciclo comigo, contribuindo com o trabalho, sem medir esforços, com seus conhecimentos.

À professora Priscila, que tive o prazer de conhecer – como pessoa e como professora – no Chile, momento em que abriu as portas da Universidade em que leciona para os alunos do mestrado. Por ter aceitado o convite de participar da banca de defesa do meu trabalho, e pelas contribuições que fará com que ele se aperfeiçoe, agradeço.

Aos professores do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, em razão da dedicação peculiar de que o programa necessita.

Aos amigos e colegas de turma, pelos laços de parceria formados.

À Isabela e Nida, presentes – nas mais diversas acepções do termo.

Ao Thiago, pela disponibilidade fraternal. Pelas constantes discussões sobre o objeto de estudo do trabalho. E pelas leituras.

Aos amigos que ultrapassam a esfera acadêmica, pelo apoio e pela compreensão.

Obrigada.

“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2011, p. 73).

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais**. 2017. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

RESUMO

Os percursos pelos quais a sociedade se desenvolve determinam os rumos que as ciências jurídicas deverão tomar por norte. A dignidade da pessoa humana foi elevada como fundamento da República e, ocupando tão alto patamar, impactou todas as relações sociais. Ordenou ela o ajuste dos preceitos e institutos do ordenamento jurídico a esse novo arquétipo e cristalizou como elemento central da ordem jurídica brasileira a pessoa humana. As relações negociais, reguladas originalmente pelo Código Civil, também devem adequar-se aos mandamentos irradiados da Constituição. Alterações de paradigmas normalmente geram incertezas na aplicação prática dos novos conceitos e métodos por aqueles que os operam. Neste sentido, a presente investigação tem como objetivo a demonstração da boa-fé objetiva como instrumento densificador da dignidade humana nas relações negociais. A fim de alcançar tal escopo, primeiramente, examina o princípio constitucional, especialmente com o intuito de especificar seus elementos mínimos essenciais, catalogando-os em valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade. O estudo do princípio negocial da boa-fé objetiva também impende necessária abordagem, é o que se realiza em seguida, esmiuçando suas características elementares e sua atuação na prática negocial por meio de suas funções de interpretação, de limitação ao exercício abusivo dos direitos subjetivos e de criação dos deveres de conduta de proteção, lealdade e esclarecimento. Demonstra, em última análise, a boa-fé objetiva concretizando, por meio de suas funções, cada um dos elementos da dignidade da pessoa humana nas relações negociais.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional. Dignidade Humana. Boa-fé objetiva.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **Objective good faith as a densifier of human dignity in business relations**. 2017. 153 p. Dissertation (Master's Degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

ABSTRACT

The paths by which society develops determine the directions that the legal sciences should follow as north. The dignity of the human person was elevated as the foundation of the Republic and, occupying such a high level, impacted all social relations. It ordered the adjustment of the precepts and institutes of the legal order to this new archetype and crystallized the human person as the central element of the Brazilian legal order. The business relations, originally regulated by the Civil Code, must also conform to the irradiated commandments of the Constitution. Changes of paradigms usually generate uncertainties in the practical application of new concepts and methods by those who operate them. In this context, the present research aims to demonstrate objective good faith as a densifying instrument of human dignity in business relations. In order to reach such scope, it first examines the constitutional principle, especially with the purpose of specifying its essential minimum elements, cataloging them in intrinsic value, equality, freedom and solidarity. The study of the negotiating principle of objective good faith also implies a necessary approach, which is what happens next, analyzing its elementary characteristics and its performance in the negotiating practice through its functions of interpretation, of limitation to the abusive exercise of the subjective rights and creating the duties of conduct of protection, loyalty and clarification. It ultimately demonstrates objective good faith concretizing, through its functions, each one of the elements of the dignity of the human person in business relations.

Keywords: Civil-constitutional law. Objective good faith. Human dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
REsp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	17
1.1 NOÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA E O MARCO DO PENSAMENTO KANTIANO	18
1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DA ORDEM JURÍDICA.....	28
1.3 RECORTANDO A DIGNIDADE AO SEU CONTEÚDO MÍNIMO	35
1.3.1 Valor Intrínseco.....	41
1.3.2 Igualdade.....	46
1.3.3 Liberdade.....	51
1.3.4 Solidariedade.....	58
2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	62
2.1 NOÇÃO HISTÓRICA DA BOA-FÉ	62
2.2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A BOA-FÉ	66
2.3 FUNÇÕES DA BOA-FÉ	72
2.3.1 Função Interpretativa.....	74
2.3.2 Função Limitadora do Exercício dos Direitos Subjetivos.....	76
2.3.2.1 Categorias de exercícios abusivos dos direitos subjetivos	83
2.3.3 Função Integrativa ou Criadora de Deveres de Conduta.....	89
2.3.3.1 Deveres de proteção, lealdade e esclarecimento	95
3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS	102
3.1 PREMISSAS PARA A COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE	103
3.2 BOA-FÉ E DIGNIDADE: CONCRETIZANDO OS ELEMENTOS DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS	113
3.2.1 Boa-fé e Valor Intrínseco	116
3.2.2 Boa-fé e Igualdade	121
3.2.3 Boa-fé e Liberdade	125
3.2.4 Boa-fé e Solidariedade	131

CONSIDERAÇÕES FINAIS 138

REFERÊNCIAS 143

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A promulgação da Constituição de 1988 ocasionou a necessidade de releitura dos institutos e preceitos jurídicos, da seara pública e privada, a fim de que sejam aplicados em consonância com os princípios constitucionais arrolados como fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido pelo legislador constituinte como fundamento da República, insculpido no artigo 1º, inciso III, e, por tal razão, informa todo o ordenamento jurídico.

A boa-fé objetiva é um princípio do direito privado fundado na ideia da eticidade, porque representa um ideal de conduta a ser praticado nas relações interpessoais, notadamente nos negócios jurídicos. Como princípio de natureza ética, apresenta ela conexão com o princípio cardeal da dignidade da pessoa, albergado em sede constitucional e que permite ao sujeito uma condição de asseguramento dos anseios básicos.

Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados e de conteúdo axiológico, tem-se a dificuldade de realizar efetiva definição e conceituação do que seja boa-fé e dignidade da pessoa humana, tarefa de competência dos operadores do direito. Sobre o assunto muito se discute sem que se alcance um consenso, até mesmo porque tal façanha não seria possível, uma vez que seus significados e consequentes meios de concretização se alteram ao longo do tempo e espaço.

Por tal razão, mencionados princípios têm sido analisados pela técnica da seleção ou levantamento de seus conteúdos essenciais, bem como pela verificação dos elementos fundamentais pelos quais se manifestam. Observar-se-á isso com a boa-fé, inspecionando suas funções e irradiações, e, igualmente, acontecerá com a dignidade da pessoa humana, construindo seus conteúdos e elementos nos quais se materializa.

A investigação proposta tem por escopo, portanto, desvelar os papéis que a boa-fé objetiva pode desempenhar na efetivação do cânone da dignidade da pessoa nas relações negociais e, consequência disso, de seu desenvolvimento como ser individual e social, residindo a problemática central da pesquisa no seguinte questionamento: a boa-fé objetiva é instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais?

Ao final, será comprovada a hipótese de que a boa-fé densifica a dignidade do sujeito nas relações negociais, porque, mantendo o homem no centro da relação

jurídica, com a efetiva consideração das atitudes éticas, probas e leais entre os contratantes, possibilita a realização do homem nas dimensões nas quais a dignidade da pessoa humana se manifesta, como a liberdade, igualdade, solidariedade e o seu valor intrínseco.

Justifica-se o presente estudo em razão da densidade dos respectivos princípios, objeto em apreço, no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pela utilização deles – por vezes inadequada – pelos estudiosos das ciências jurídicas, podendo-os levar à banalização. A pesquisa será desenvolvida com base no método dedutivo, com investigações teóricas em doutrinas e análises de leis específicas, principalmente Constituições e Códigos Civis. Acerca da dignidade da pessoa humana, serão adotadas as contribuições teórico-conceituais realizadas por Maria Celina Bodin de Moraes, Luis Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Antônio Junqueira de Azevedo e Ana Paula de Barcellos, e sobre a boa-fé objetiva especialmente tomará como marco teórico a obra “Da boa-fé no direito civil”, de Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro.

Adotar-se-á, para a comprovação presente hipótese, a divisão do estudo em três capítulos. O primeiro abordará o princípio da dignidade da pessoa humana, o segundo se destinará à análise do princípio negocial da boa-fé objetiva e o terceiro demonstrará a boa-fé concretizando a dignidade da pessoa humana nas relações negociais.

Compreender a forma pela qual o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrada pelo constituinte brasileiro é requisito essencial para entender o modo de operação de todo o ordenamento jurídico. Por isso, como ponto de partida, elege-se a sua apreciação. Para entender o princípio constitucional como vislumbrado hodiernamente e atingir os escopos deste trabalho, necessário será investigar-lhe as origens, que repousam em três marcos históricos centrais: a religião, o kantismo (iluminismo) e o período pós-Segunda Guerra Mundial.

A dignidade, em seguida, será investigada em sua qualidade de fundamento da República Federativa do Brasil, culminando tal análise no recorte de sua contemplação no ambiente interno, sobretudo em razão de sua positivação como princípio fundamental no Texto de 1988. Essa abordagem se especificará na decomposição dos vocábulos “dignidade”, “pessoa humana” e “princípio”, com o objetivo de identificar a natureza do princípio constitucional como norma principiológica ou regra. Sua relação com os direitos humanos, direitos fundamentais

e direitos da personalidade também será examinada, especialmente porque é a dignidade que lhes dá fundamento de existência, proteção e promoção.

Assentadas tais ideias, o desafio subsequente residirá em conceituar e delimitar a dignidade humana. Tal façanha, de extrema complexidade, será realizada por meio do que será denominado “recortes dos elementos mínimos da dignidade”, momento em que será exposto o desdobramento do princípio constitucional nos subprincípios do valor intrínseco, da igualdade, da liberdade e da solidariedade, esmiuçados *a posteriori*.

A segunda parte da pesquisa apresentará a boa-fé objetiva, exibindo-a como princípio ético de presença obrigatória nas relações negociais. O discurso, nesse passo, será iniciado com a exposição da noção histórica da boa-fé, relatada por meio de sua apreciação no direito civil comparado, bem como no direito civil pátrio, vislumbrando o seu nascimento até desenvolvimento de sua compreensão contemporânea.

Em seguida, serão apontadas considerações preliminares sobre a boa-fé, nas quais ela será decomposta em suas vertentes subjetiva, ligada ao íntimo do sujeito, e objetiva, expressa por meio de suas condutas. Especificar-se-á, também, que a aceção necessária para a comprovação da hipótese que resolverá o problema do trabalho é a objetiva, razão pela qual a subjetiva será estudada superficialmente apenas com o intuito de diferenciá-las.

Isso tudo considerado, será proposta a reflexão dos preceitos da boa-fé objetiva por meio de suas funções, e consequentes categorias e irradiações, expressas no Código Civil brasileiro, quais sejam a de interpretação, positivada no art. 113, a de limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos, consolidada no art. 187, e a de criação de deveres de conduta, consubstanciada no art. 422.

A dignidade da pessoa humana se manifesta quando todos os seus elementos coexistem harmonicamente nas relações sociais. Igualmente se manifestará nas relações negociais por meio da boa-fé objetiva, que solidificará cada um dos elementos supracitados.

A boa-fé objetiva concretizará a dignidade humana nos seus elementos mínimos. À comprovação dessa hipótese se destinará a construção do terceiro capítulo, que será realizado por meio do encadeamento dos elementos apresentados como recortes mínimos da dignidade do homem, quais sejam o valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade, com os elementos irradiados do

conceito da boa-fé objetiva e de suas funções de interpretação, de proibição do exercício dos direitos subjetivos de modo abusivo e respectivas categorias, e de criação de deveres de conduta, enumerados como de proteção, lealdade e esclarecimento.

No entanto, antes de iniciar a correlação acima mencionada, serão expostas algumas premissas essenciais para a comprovação da hipótese do trabalho: a superação da dicotomia do direito público e do direito privado, que deu origem a um direito civil constitucionalizado e à conseqüente alteração do sujeito de direito a quem se destina o aparato jurídico, antes abstrato, agora concreto; a nova vertente do princípio da igualdade, a substancial, atuando juntamente com a formal; a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, especialmente pela necessidade de oxigenação do ordenamento jurídico, que não pode enclausurar-se pela técnica legislativa tópica.

Proteção e lealdade, deveres de conduta irradiados da boa-fé objetiva nas relações negociais, serão apresentadas como atitudes aptas a materializar o valor intrínseco do ser humano. Será demonstrado que a imposição aos contratantes de adoção de medidas que importem no afastamento da possibilidade de infligir danos um ao outro, seja na esfera patrimonial ou na extrapatrimonial, se resguardam os valores fundamentais do homem: vida, integridade física e psíquica. Condutas que expressem lealdade igualmente serão evidenciadas como suficientes à consolidação desse elemento da dignidade, especialmente por implicarem num mandamento de cooperação recíproca visando à proteção do valor do ser humano.

Proibir a concessão de privilégios ou de benefícios diferenciada no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever para sujeitos de iguais características, bem como vedar o tratamento discriminatório em razão de cor, sexo, religião, etc., consistirão no alcance dos objetivos de uma sociedade igualitária. Nas relações negociais, a boa-fé objetiva se imporá como consolidadora desse elemento da dignidade da pessoa humana, notadamente por meio das funções de proibição ao exercício abusivo dos direitos subjetivos, exemplificada pela categoria da desleal constituição de direitos, e criadora de deveres de conduta, sobretudo pelos deveres de proteção e de esclarecimento.

Qualquer intersecção envolvendo a dignidade da pessoa humana resvala na ideia de liberdade. Renovando os contornos da autonomia do indivíduo, a boa-fé será apresentada como sua solidificadora nas relações obrigacionais. Será vista tal

relação especialmente com a exemplificação da redução equânime da liberdade no exercício dos direitos subjetivos de que os indivíduos são titulares, a fim de que se impeça a realização de abusividades, especialmente quando se apresentará a figura do *duty to mitigate the loss*. Também será demonstrada a boa-fé como mecanismo de concreção desse elemento da dignidade humana quando de sua atuação pelos deveres de proteção e cuidado que devem estar presentes nos negócios jurídicos patrimoniais e existenciais.

O trabalho demonstrará, em último diagnóstico, a boa-fé objetiva como porta pela qual a solidariedade invade as relações negociais. Atitudes cooperativas, protetivas, recíprocas e cuidadosas para com o outro traduzem a luz propagada pelos ideais solidários positivados como objetivo fundamental da República brasileira. As conexões entre a boa-fé e a solidariedade serão evidenciadas por meio da função de vedação ao exercício abusivo dos direitos subjetivos e pela função de criação de deveres de conduta, verificadas em virtude dos deveres de lealdade, esclarecimento e proteção.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição brasileira de 1988 demarca, na seara jurídica, o processo de democratização do Estado, ensejando considerável impacto, notadamente no âmbito dos direitos fundamentais. Ela concebe como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, impondo, por isso, a releitura de todos os preceitos e institutos jurídicos sob a luz que irradia: principalmente no que tange aos seus princípios e objetivos fundamentais e aos bens que eleva como merecedores de tutela no rol de direitos individuais e sociais.

À dignidade da pessoa humana confere-se a qualidade de núcleo essencial e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo, assim, utilizado como vetor para a orientação de todas as performances dos atores públicos e privados. Em face desse cenário, a proposta deste capítulo é avaliar o princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de propiciar o levantamento de material para, no terceiro capítulo, poder realizar o diálogo dos princípios da dignidade e da boa-fé, a fim de comprovar a hipótese apresentada nesse trabalho, consistente na demonstração do princípio negocial da boa-fé objetiva como instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais.

Como ponto de partida, elege-se a análise do percurso histórico daquele princípio, pelo qual se visualizará a dignidade a partir de três pontos: a religião, o kantismo (iluminismo) e a Segunda Guerra Mundial.

A investigação, em seguida, consistirá no exame da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira, delimitando-se, portanto, a abordagem do objeto em apreço no âmbito interno, especialmente após sua positivação pelo Texto de 1988. Nesse passo, tecer-se-ão considerações acerca do significado da expressão “princípio da dignidade da pessoa humana”, decompondo os termos “dignidade”, “pessoa humana” e “princípio”, momento em que se discutirá se a dignidade da pessoa humana tem natureza de norma principiológica ou de regra. Ainda no exame da dignidade como fundamento do ordenamento jurídico, será discutido se o princípio possui ou não valor absoluto e, por fim, relacionar-se-á a dignidade da pessoa humana com os direitos humanos, direitos fundamentais e os direitos da personalidade, visto que é a dignidade quem lhes dá fundamento de existência, proteção e promoção.

Conceituar e delimitar a dignidade da pessoa humana é tarefa de extrema complexidade. E é disso que cuidará o terceiro item deste capítulo, em que ela será recortada ao seu conteúdo mínimo. Ressalta-se que muitos doutrinadores, cujas obras serão examinadas nas próximas páginas, já se debruçaram em busca do mesmo objetivo, e foi com base nas divisões, conceituações e análises de suas obras que se construiu o desdobramento da dignidade da pessoa humana nos subprincípios do valor intrínseco da pessoa humana, no seu caráter de igualdade do ser humano em relação aos seus pares, na liberdade e na essencial solidariedade que deve estar materializada nas condutas do Estado e da sociedade como um todo.

1.1 NOÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA E O MARCO DO PENSAMENTO KANTIANO

Pensar em dignidade humana nos tempos atuais, especialmente por seu chamamento como alicerce para a resolução de todas as espécies de conflitos, ainda que por muitas vezes de forma indiscriminada, parece naturalmente assimilável. Nem sempre, no entanto, a dignidade do homem foi posta como algo manifesto. Ao contrário: a compreensão de dignidade humana que se vislumbra contemporaneamente no imaginário coletivo¹ foi fruto de um longo processo de conquista².

Identificar os marcos fundamentais para a construção da ideia de dignidade humana é o desafio apresenta este item³. O cristianismo, o kantismo e o período pós-Segunda Guerra Mundial são ostentados como os três momentos decisivos⁴

¹ Recorta-se aqui o objeto em estudo para a noção que lhe é dada pelos países ocidentais.

² No mesmo sentido explica Daniel Sarmiento (2016, p. 25-26): “Com o princípio da dignidade da pessoa humana não tem sido diferente. Independentemente da posição que se tenha sobre o fundamento deste princípio – se ele se ancora, por exemplo, em leis divinas, na natureza humana, ou se é o resultado contingente e provisório de lutas políticas sociais –, não há dúvida de que, do ponto de vista *descritivo*, o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como hoje o concebemos, não nasceu pronto e acabado.”.

³ Afirma-se, contudo, que não se pretende delinear todo o percurso antecedente da dignidade humana, mas sim apontar alguns pontos relevantes para o desenvolvimento que culminou em seu entendimento contemporâneo. O recorte se justifica, pois, a partir da apresentação destas noções históricas da dignidade humana, com a posterior análise da influência do pensamento kantiano, será possível o delineamento pormenorizado de seu conteúdo mínimo, objeto necessário para a comprovação da hipótese desta pesquisa, qual seja, a confirmação da concretização da dignidade da pessoa humana nas relações negociais pelo princípio da boa-fé objetiva.

⁴ Fábio Konder Comparato (2015, p. 13) apresenta como os três campos em que o questionamento “em que consiste a dignidade?” teve fundamental importância, quais sejam, a religião, a filosofia e a ciência.

para o desenvolvimento da dignidade do homem⁵, de tal modo que serão abordados nos próximos parágrafos.

É notória a influência que a religião, em especial o cristianismo, desempenhou na história da cultura ocidental. Na construção da dignidade humana também exerceu este papel. Notam-se, sondando a perspectiva cristã como ponto inicial para a observação da formação da dignidade humana, anotações encontradas no Velho e no Novo Testamento, nas quais é possível encontrar elementos que compõem a noção de dignidade humana no ambiente contemporâneo, tais como elementos de individualidade, igualdade e solidariedade⁶. No primeiro capítulo do Livro que inicia a escritura sagrada, afirma-se que Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança (Gênesis cap. 1, vers. 26-27⁷/ Efésios, cap. 4, vers. 24⁸), e esse homem, criado à semelhança do próprio Criador, tem o dever de amar ao seu próximo como a si mesmo (Levítico, cap. 19, vers. 18⁹/ Mateus, cap. 22, vers. 39¹⁰) (BARROSO, 2016, p. 15).

A doutrina cristã é apontada como responsável por dar o primeiro passo na construção de uma ideia de sujeito como pessoa e, em consequência deste atributo, portador de dignidade. Confirma-se a afirmação pela leitura dos escritos bíblicos transcritos, que enaltecem o homem com a semelhança de Deus e concede a ele liberdade, em virtude do denominado livre arbítrio (MORAES, 2010, p. 115). Aliás, a

⁵ O cristianismo, o Iluminismo (fundado nos ideais kantianos) e o período pós-Segunda Guerra Mundial são apontados pelos pesquisadores do princípio da dignidade humana como os marcos fundamentais para a construção da ideia de dignidade hoje existente. Nesse sentido, ver: MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111-144, 2010; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005; BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶ Nesta mesma perspectiva, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 115) explica que "Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, o que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural".

⁷ Gênesis 1:26. Então disse Deus: "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão". 27. Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.

⁸ Efésios 4:24. A revestir-se do novo homem, criado para ser semelhante a Deus em justiça e em santidade provenientes da verdade.

⁹ Levítico 19:18. Não procurem vingança nem guardem rancor contra alguém do seu povo, mas ame cada um o seu próximo como a si mesmo. Eu sou o Senhor.

¹⁰ Mateus 22:39. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo.

inobservância pelo homem desta dignidade que lhe fora atribuída faria, de acordo com a doutrina judaico-cristã, nascer a ideia de pecado (ALVES, 2001, p. 19).

Prestigia-se o estudo de São Tomás de Aquino por enfatizar a pessoa como uma impressão da ciência de Deus, destacando a dignidade como algo inerente em sua alma (ROSEVALD, 2005, p. 2). A superioridade do homem, para o filósofo, advém da racionalidade e da liberdade que lhe foi concedida pelo Criador (SARMENTO, 2016, p. 31), consistindo o exercício desta racionalidade na submissão às leis divinas (MORAES, 2010, p. 115-116). Destacam-se na filosofia tomista, portanto, dois pilares da concepção de dignidade humana que oportunamente serão destrinchados, quais sejam a qualidade de inerência da dignidade do homem, conferida a ele por Deus, e a liberdade.

O primeiro vestígio de edificação da noção de dignidade humana dissociada da ideia conferida pelo cristianismo repousa do discurso do Conde de Mirândola e Concórdia, Giovanni Pico (1999), proferido em 1486, denominado “Oração sobre a dignidade humana”. Neste marco, a liberdade e a racionalidade do homem são pontos primordiais para a consistência da dignidade do homem, convergindo para a ideia já apresentada por São Tomás de Aquino¹¹, porém, diferencia do pensamento atribuído pela doutrina cristã no que tange à origem da dignidade. Antes a dignidade do homem era entendida como um presente oferecido por Deus àqueles que ele criou à sua semelhança, agora a dignidade repousa essencialmente na liberdade, consubstanciada na autonomia do homem em peregrinar os seus próprios caminhos mediante o exercício de sua razão (ROSEVALD, 2005, p. 2), mas sem a subordinação à *ratio theologica* (MORAES, 2010, p. 116)¹².

Após, a dignidade humana passou a ser explorada nas obras de filósofos como Thomas Hobbes, em seus estudos sobre o direito natural, John Locke, com suas análises acerca da liberdade, e Jean-Jacques Rousseau, esmiuçando a ideia de democracia (BARROSO, 2016, p. 18). Mas o marco de apreciação imprescindível para o desenvolvimento desta pesquisa repousa na noção de dignidade do homem

¹¹ Assemelhando-se ao pensamento do filósofo religioso até mesmo nas diversas referências a Deus constantes em seu texto.

¹² Ainda sobre o exercício racional do homem e sua relação com a noção de dignidade humana, Vander Ferreira de Andrade (2007, p. 79) registra que a construção de dignidade do homem em Giovanni Pico se apresentou numa concepção de potencialidade, sendo a dignidade concebida ao indivíduo em razão do grau de seu compromisso com as verdades eternas, pelo que faz alusão a graus de dignidades.

instituída no Iluminismo¹³ (SARMENTO, 2016, p. 34), especialmente em sua edificação em Immanuel Kant. É o que se exporá nas próximas linhas e se apreciará de maneira aprofundada quando do estudo das dimensões da dignidade.

Com a alteração do homem criação divina para o homem como ser terrestre racional, o entendimento de dignidade da pessoa humana se desvincula de maneira absoluta dos preceitos religiosos. A dignidade deixa de ser um valor oriundo de uma entidade externa e superior, mas surge do próprio homem em razão de sua racionalidade e poder de agir de modo ético e justo (HIRONAKA, 2002, p. 203). Exercer a autonomia da vontade, a fim de determinar a si mesmo e agir de acordo com a representação de certas leis, é uma capacidade apenas dos seres racionais, sendo esse o fundamento da dignidade humana (SARLET, 2015, p. 39).

A dignidade da pessoa humana (*menschenwürde*) na perspectiva de Immanuel Kant vem desenhada em sua Crítica da Razão Prática, publicada em 1788 (MORAES, 2010, p. 117). Ela aparece como valor intrínseco do ser humano, pois, para ele, no mundo social existem apenas duas categorias de valores, o preço e a dignidade: “No reino dos fins tudo tem preço ou dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (KANT, 2011, p. 134).

Vale dizer: diferentemente das coisas e dos animais, que possuem preço e podem ser substituídas por similares, as pessoas têm dignidade, e não admitem a troca por equivalente (MORAES, 2010, p. 117), constituindo, de tal modo, fins em si mesmas.

Foi por meio das máximas kantianas¹⁴, postuladas pelo imperativo categórico¹⁵, que se proporcionou a constatação da inerente dignidade humana. Esta dignidade está fundamentada essencialmente na autonomia do homem, entendida como o princípio que rege todas as leis morais (ROSENVALD, 2005, p. 3),

¹³ Definido por Immanuel Kant como a saída do ser humano de sua autoimposta imaturidade (BARROSO, 2016, p. 17), ou seja, a exercitação da razão. Movimento que se fundamenta no racionalismo. Dissocia-se dos fundamentos teológicos e se apodera dos fundamentos racionais. Separa-se o homem de sua preordenação divina, concedendo ao indivíduo a liberdade de escolha dos seus rumos, escolhidos por meio de sua razão (ROSENVALD, 2005, p. 3-4).

¹⁴ “regra de conduta dotada de validade (do ponto de vista do indivíduo humano que a adota) que contempla sua própria vontade, sem conexão com as vontades alheias” (KANT, 2008, p.34).

¹⁵ Conceituado por Bárbara Freitag (1992, p. 51) como “a possibilidade de existência de uma sociedade justa, fundada em um contrato social que atenda aos direitos de todos e defenda a dignidade de cada homem dotado de razão, e, dessa forma, da humanidade como um todo”.

vez que “a autonomia, para Kant, é uma característica universal dos seres racionais capazes de descobrir e de se autodeterminar pela lei moral” (SARMENTO, 2016, p. 35).

Agindo de acordo com as leis morais, consolidadas em máximas universais, o homem afirmaria a sua dignidade¹⁶.

O imperativo categórico¹⁷ está contido na seguinte regra: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação universal” (KANT, 2011, p. 51). Thadeu Weber (2013, p. 19), em pesquisa sobre a autonomia e a dignidade da pessoa humana, com base em parâmetros da ética e filosofia do direito, expõe que esse imperativo categórico se trata de “formulação de um ordenamento segundo o qual devemos obediência a um princípio incondicionado. Tal formulação chama a atenção para a universalidade e incondicionalidade do ordenamento da razão”.

A sentença categórica foi distendida em três máximas morais. A primeira corresponde à universalidade da conduta ética e moral do indivíduo, posto que ele deva atuar de acordo com a seguinte regra: “age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”. A segunda máxima moral kantiana exprime a essência da dignidade humana, trazendo a ideia do homem como fim em si mesmo: “age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”¹⁸. A última máxima atribui à vontade humana uma vontade legisladora geral, demonstrando a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins: “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais” (MORAES, 2010, p. 117).

¹⁶ No mesmo sentido, “Para Kant, o fundamento da dignidade é a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio da autonomia” (RAWLS, 2005, p. 242).

¹⁷ Agir moralmente, agir conforme a moral. Agir por meio de um dever-ser. Segundo Immanuel Kant (2011, p. 34) “o qual expressa a necessidade objetiva da ação e significa que, se a razão determinasse totalmente a vontade, a ação ocorreria inevitavelmente segundo essa regra”. Sendo que, conforme reporta Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 117): “O dever, segundo Kant, não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é uma lista ou catálogo de virtudes; antes, configura-se através de uma “forma” que deve valer universal e incondicionalmente, isto é, categoricamente, para toda e qualquer ação moral”.

¹⁸ Em estudo sobre a segunda máxima kantiana, Bárbara Freitag (1989, p. 10) menciona que a afirmação de que o homem jamais pode ser visto ou usado como meio para atingir alguma finalidade, mas sempre como um fim em si mesmo, significa que qualquer lei criada pela vontade legisladora humana deve ter o homem como fim, apontando, nesta perspectiva, que o imperativo categórico se orienta pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana, o que inspira o respeito ao outro.

Fundamentada pela autonomia da vontade, a acepção da dignidade se alinha perfeitamente à doutrina liberal vigente à época que foi concebida. O sujeito moral, com inerente dignidade, atua segundo a sua vontade no uso da razão¹⁹, no manifesto exercício de sua liberdade. Por isso diz-se que “o ser humano é digno de respeito pela eminência de ser livre.” (ROSENVALD, 2005, p. 3).

Esta visão liberal afiançada pelo exercício da autonomia da vontade humana ensejou a abstração da noção de sujeito. A filosofia kantiana valoriza tão somente a capacidade do homem no uso da razão, não importando as ações realizadas por meio de suas inclinações e necessidades reais e sentimentais, como faz um sujeito concreto (SARMENTO, 2016, p. 43). Consequência desta filosofia, no ambiente das relações civis, visualizou-se no Estado liberal-burguês²⁰.

Enfatizava-se a liberdade individual, colocando o princípio da autonomia da vontade como pilar para reger os atos da vida civil e, igualmente, se defendia a não intervenção estatal nas relações de cunho econômico, pois as leis naturais do mercado se encarregavam da promoção do equilíbrio econômico e, por consequência, da harmonia social. Diante disso, observam-se dois dos pilares da Revolução Francesa, de 1789²¹: a liberdade, fundada na autonomia da vontade; e a igualdade, preconizada pela noção de que todos os homens são dotados de razão e, por esta razão, dignos. A fraternidade, de cunho solidarista, terceiro pilar da Revolução, amadureceu em tempos futuros.

A promoção da dignidade do homem no liberalismo era percebida pela performance abstencionista do Estado²², a fim de fosse concedida ao indivíduo a possibilidade do exercício de sua liberdade, observada na faculdade desse sujeito

¹⁹ Frisa-se que “só o ser humano possui a faculdade de agir segundo a representação de leis e princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática” (COMPARATO, 2015, p. 33).

²⁰ Nesta perspectiva, afirmava-se que o “Estado não deveria intervir nas relações sociais travadas por agentes iguais perante a lei. Sujeitos autônomos deveriam ter a liberdade para definir os termos das relações que mantinham uns com outros, celebrar contratos e utilizar a sua propriedade como lhes aprouvesse. Afóra os casos de violência ou fraude não se justificaria a intervenção estatal nesta seara” (SARMENTO, 2016, p. 43-44).

²¹ Daniel Sarmiento (2016, p. 34) explica que a do chamamento à dignidade humana nos ideais da Revolução Francesa se traduz na necessidade de se insurgir contra os privilégios da nobreza e do clero, afirmando o caráter igualitário da dignidade de todos os homens.

²² Liberdade denominada negativa nos ensinamentos de César Augusto Ramos (2005, p. 236) “Para o liberalismo, (...), sobretudo, para o liberalismo político – os indivíduos serão livres se forem deixadas para si a escolha das suas decisões, definidas e decididas num campo não arbitrário de interferência, razão pela qual a liberdade passa a ser chamada de negativa: a ausência de ações que podem criar impedimentos arbitrários e indevidos à livre atividade dos sujeitos”.

se apropriar de bens na esfera capitalista, concretizando a sua liberdade²³ e a igualdade²⁴ (formal) (ROSENVALD, 2005, p.4).

Em 1919, entretanto, em importante manifestação contrária às barbáries acometidas pela Primeira Guerra Mundial (1914), nasceu a constituição do Estado Social, a Constituição de Weimar, que procurava corrigir as profundas deturpações do liberalismo, pois as Revoluções fundamentadas por esse regime, pautadas pela igualdade formal e liberdade absoluta defendidas pelos burgueses, se revelaram meros instrumentos de opressão econômica (ROSENVALD, 2005, p. 4).

A dignidade da pessoa humana necessita, para a sua concretização, de adjetivações aos pilares da igualdade e da liberdade, bem como a edificação do pilar fraternidade, materializado em ações solidárias. A igualdade deve ser deixar de ser apenas formal, mas substancial e o Estado deve oferecer condições materiais imprescindíveis ao exercício das liberdades individuais.

Foi na França que a dignidade humana apareceu pela primeira vez em texto jurídico, cristalizada no preâmbulo do Decreto que aboliu a escravidão no Estado, editado em 1848, em que se afirmava a escravidão como atentado contra a dignidade humana (SARMENTO, 2016, p. 53).

Não obstante a solidificação da dignidade humana como qualidade inerente ao homem, pela qual ele exerce sua liberdade por meio da racionalidade, ainda que a sua afirmação como ser digno dependa de um ambiente de igualdade substancial e de que sejam oferecidas condições indispensáveis ao exercício das liberdades, emerge o terceiro marco a ser considerado: A Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A história não omite as atrocidades realizadas no período da Segunda Guerra Mundial. As consequências das lutas travadas pela busca do poder e dinheiro foram insculpidas na perda da personalidade humana²⁵, na perda de sua identidade, e, por sua extensão, na perda de sua dignidade (ROSENVALD, 2005, p. 4-5). As barbáries se mostraram mais evidentes na Alemanha Nazista (1933-1945), em que a máxima kantiana pela qual se sentenciava a impossibilidade de

²³ Não se aprofundará o estudo da liberdade neste momento, optando por fazê-lo na oportunidade em que será tratada como dimensão da dignidade humana.

²⁴ Será objeto de estudo aprofundado quando for estudada como dimensão da dignidade humana em item posterior.

²⁵ Comentando a despersonalização do homem, Nelson Rosenvald (2005, p. 5) comenta que “O processo de despersonalização do ser humano começa com a fragmentação da família, a eliminação de suas vestes e documentos, a substituição de seu nome por um número marcado no braço, tal qual gado. A perda da identidade, aliada à fome, à dor e à doença, retira do ser humano o seu vestígio de racionalidade, pois apenas subsiste o instinto de luta pela vida, nada mais”.

instrumentalização do homem como meio, devendo ser tratado sempre como um fim em si mesmo, corolário da noção de dignidade humana, foi ignorada.

Em razão da anulação do próprio homem e, como decorrência disso, a obliteração de qualquer resquício de sua dignidade, no ambiente pós-Segunda Guerra, exurgiu a evidente inevitabilidade, na reconstrução deste mundo devastado, de se positivar a dignidade da pessoa humana.

Não foi por coincidência que em 1949 a dignidade da pessoa humana foi materializada na Constituição Alemã²⁶ em seu art. 1º, § 1º, frase 1²⁷, cujo teor dispõe que a dignidade do homem é inatingível e seu respeito e proteção é obrigação de todos os poderes estatais (ROSENVALD, 2005, p. 6).

A partir daí, na mesma vertente, a dignidade passou a ser incluída em diferentes tratados e documentos internacionais, assim como em constituições nacionais editados após a Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2016, p. 18-19), podendo ser citados os seguintes documentos: a Carta da ONU²⁸ (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹ (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial³⁰ (1965), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos³¹ (1966), o Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos³²

²⁶ Disponibilizada em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

²⁷ Artigo 1º. [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

²⁸ Preâmbulo: Nós, os Povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm.

²⁹ Preâmbulo. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Art. 1º 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 de fraternidade. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

³⁰ Faz referência à noção de dignidade positivada na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu Preâmbulo. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>.

³¹ Art. 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

³² Faz referência à dignidade humana positivada na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu Preâmbulo. E positiva a dignidade humana em seu art. 13, parte 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos

(1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos³³ (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres³⁴ (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos³⁵ (1981), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes³⁶ (1984), a Convenção sobre os Direitos das Crianças³⁷ (1989), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³⁸ (2000) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁹ (2007) (SARMENTO, 2016, p. 54-55).

Igualmente vem positivada a dignidade do homem nos Textos Constitucionais ao redor do mundo. A título de exemplo, mencionam-se, além da alemã, já aduzida, as constituições portuguesa, espanhola, italiana e brasileira. A

humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

³³ Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.

³⁴ Faz referência à dignidade humana positivada na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu preâmbulo e relembra que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm.

³⁵ Artigo 5º. Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos. Artigo 19º. Todos os povos são iguais, gozam da mesma dignidade e têm os mesmos direitos. Nada pode justificar a dominação de um povo por outro. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>.

³⁶ Faz referência à dignidade humana positivada na Carta das Nações Unidas em seu preâmbulo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm.

³⁷ Preâmbulo. Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

³⁸ Preâmbulo. Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação. Capítulo I. Dignidade. Artigo 1º. Dignidade do ser humano. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

³⁹ Artigo 1. Propósito. O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

consagração da dignidade humana, nesta perspectiva, figura na Constituição italiana, de 1947, em seu artigo 3⁴⁰, defende a igualdade e dignidade de todos os cidadãos. Igualmente se baseia na dignidade humana a Constituição portuguesa de 1976, de acordo com o artigo 1^{o41}, “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Do mesmo modo aparece na Constituição espanhola, de 1978, em seu artigo 10, parte 1⁴²: “A dignidade, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social.”.

No Brasil, a primeira Constituição fazer menção à dignidade humana foi a de 1967. O art. 157⁴³, contido no título III, a respeito da Ordem Econômica e Social, consolidou em seu inciso II, como princípio da ordem econômica a valorização do trabalho como condição da dignidade humana.

Contudo, a dignidade humana, cuja grandeza fora renegada neste primeiro momento pelo Texto Maior brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura, ganhou proporções estrondosas com a Constituição Federal de 1988, que a positivou como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1^o, inciso III⁴⁴. A dignidade da pessoa humana ganhou força de princípio e, por sua eminência, foi consagrada como alicerce da ordem jurídica democrática brasileira (SARLET, 2015, p. 69).

Viu-se, portanto, no esboço histórico sobre a dignidade humana que a sua percepção primária estava situada nos preceitos religiosos. A dignidade era externa ao homem, pois estaria localizada em Deus, que a concedeu ao homem por ser este sua criatura no ambiente terreno. Com o enaltecimento da racionalidade humana,

⁴⁰ Art. 3 Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento de pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País. Disponível em: <http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf>

⁴¹ Disponível em : <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

⁴² Disponível em: <http://autodesarrollate.blogspot.com.br/2013/05/constituicao-espanhola-de-1978.html>.

⁴³ Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>.

⁴⁴ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

preconizada pelo Iluminismo, especialmente pela doutrina kantiana, a dignidade deixa de ser entendida como qualidade divina fornecida ao homem, passando a ser característica inerente, inculcada no próprio ser humano, por possuir razão e liberdade. Ao final, após a dignidade inerente do homem ter sofrido com a verdadeira proscricção humana consumada pela Segunda Guerra Mundial, especialmente pelo regime nazista, viu-se emergir a ânsia de se tutelar a dignidade humana, o que acarretou a sua positivação como princípio que constitui o Estado Democrático de Direito.

A breve evolução histórica apresentada, com base nos marcos postos como fundamentais para a percepção da construção da ideia de dignidade humana, permitirá a análise da dignidade do homem como princípio jurídico e de quais são as funções desse princípio tão relevante para o mundo, sobretudo o jurídico.

1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DA ORDEM JURÍDICA

A dignidade da pessoa humana é um dos pilares sobre os quais, segundo a Constituição de 1988, está edificada a República Federativa do Brasil. Consequência disto é que todos os direitos e interesses que compõem a noção de dignidade gozam de proteção constitucional. Nesta senda, após a apresentação dos precedentes históricos do princípio, concluída no item anterior, importa como objetivo agora o estudo de algumas características da dignidade da pessoa humana e a sua observação como princípio que fundamenta a existência e os deveres de proteção e promoção dos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Como observado no escorço histórico, a dignidade nasce em berços religiosos, cresce em lares filosóficos até fixar-se na ciência jurídica como princípio fundamental. Em síntese, a dignidade humana “de mera proclamação religiosa e filosófica, converteu-se e, princípio jurídico vinculante da mais elevada estatura, mas isso não a privou da sua dimensão moral. Pelo contrário, a sua positivação é parte importante do fenômeno de abertura do Direito à leitura moral” (SARMENTO, 2016, p. 58).

Desdobrar o sentido da expressão “princípio da dignidade da pessoa humana” significa analisá-la em três etapas. A primeira consiste em desvendar o significado da palavra dignidade. A pessoa humana será delineada em segundo

lugar. Por fim, a última etapa versará sobre a sua natureza jurídica de princípio fundamental.

Ultrapassar a primeira etapa não importa dificuldade, basta que se realize o exame etimológico do termo. A palavra “dignidade” tem origem no vocábulo *dignus*, do latim, que “é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante” (MORAES, 2010, p. 115). Assim, um ser digno é o ser que possui importância e, por isso, merece ser tratado com honra e estima.

Pessoa humana é expressão que pode aparentemente carregar significado pleonástico. No entanto, esclarece-se: nem toda pessoa é humana; nem todo humano é um ser racional. É correto utilizar o termo “pessoa humana” para se construir a ideia de dignidade que lhe é inerente. Pessoa é substantivo que pode ser adjetivado tanto por “natural”, “física” ou “humana”, para significar o ser humano racional, quanto por “jurídica”, correspondendo à criação jurídica destinada a dar identidade aos entes com o objetivo de praticar os atos da vida civil em seu nome. Humano, por sua vez, é palavra com origem do latim *humanus*, qualidade própria “do homem bondoso, erudito, instruído nas humanidades” (HOUAISS, 2009, p. 1037).

Levando-se em consideração as características imprescindíveis do homem, Battista Mondin (1982, p. 27-245) aponta dez dimensões em que nele se manifestam: 1ª: corpórea; 2ª: da vida humana; 3ª: do conhecer sensitivo e intelectual; 4ª da vontade; 5ª: da linguagem; 6ª: social e política; 7ª: cultural; 8ª: do trabalho e da técnica; 9ª: do jogo e do divertimento; 10ª: religiosa.

O terceiro ponto de análise da expressão princípio em foco consiste na averiguação de sua qualidade principiológica. Para tanto, elucidar a distinção entre regras e princípios é elemento primordial, o que se fará a seguir com base nas lições de Robert Alexy, em sua Teoria dos direitos fundamentais.

Toda norma é um princípio ou uma regra, e ambas as categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre eles apenas uma variação de grau. As regras contêm determinações do quadro fático e juridicamente possível, comportando-se como mandamentos definitivos, podendo ser cumpridas ou descumpridas, de maneira que a ação ou omissão do agente se subsumam ou não a elas. Os princípios, por sua vez, não possuem tais determinações, comportando-se como mandados de otimização, cujo objetivo reside em ordenar a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades do mundo fático e jurídico

existente e, por esta razão, podem ser observados em diversos graus (ALEXY, 2006, p. 99), sendo que “O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real)” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 104).

Desta forma, evidente também a impossibilidade da mera subsunção do fato à norma quando se fala em princípios, que devem ser ponderados em caso de colisão. Enquanto “um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 109), na colisão de princípios, “há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro.” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 109), consistindo a ponderação na seguinte descrição: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2003, p.136).

A partir dessa ideia, questiona-se se a dignidade da pessoa humana se comporta no ordenamento jurídico na forma de princípio ou de regra. Adota-se aqui o entendimento de que a dignidade pode incidir tanto como princípio tanto quanto regra.

O primeiro Título da Constituição Federal de 1988 informa quais são os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, e expõe como seu fundamento a dignidade da pessoa humana. A dignidade nasce no ordenamento jurídico brasileiro como norma embasadora e informativa da ordem constitucional, como verdadeiro núcleo de onde se irradiam todos os valores a serem perquiridos pelo Estado e por seus membros⁴⁵ (SARLET, 2015, p. 73). No entanto, em que pese a opção do constituinte em tê-la catalogado no rol dos princípios fundamentais, não se pode concluir que a dignidade apenas atuará como esta espécie de norma, pois ela assume, “para além de sua

⁴⁵ No mesmo sentido aponta Sérgio Alves Gomes (2015, p. 4): “O valor da dignidade do ser humano há de ser sempre preservado quando se pretende uma sociedade democrática. É o limite que se reconhece a fim de não se retroceder à barbárie dos regimes totalitários e autoritários. Tal salvaguarda se concretiza por meio dos direitos humanos e da democracia, a qual se institucionaliza no Estado Democrático de Direito, paradigma caracterizado por um conjunto de princípios, dentro os quais tem proeminência o princípio da dignidade humana, inerente a todo indivíduo, pelo simples fato de ser uma pessoa e não uma coisa.”.

dimensão principiológica, a feição de regra jurídica” (SARLET, 2015, p. 84), vez que “determinados princípios - como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros - apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente” (BARCELLOS, 2008, p. 191-195).

O princípio da dignidade da pessoa humana, como se verá de forma detalhada no próximo item, possui elementos essenciais para que o ser humano tenha a sua dignidade integralmente concretizada. A integridade física e moral, a liberdade, a igualdade e a solidariedade são conteúdos com os quais a dignidade se relaciona, sendo imprescindíveis para a sua materialização. Como princípio, a dignidade instiga a defesa e promoção de todos os valores acima aduzidos. Porém, em seu núcleo reside o mínimo existencial, traduzido em direitos relacionados à renda mínima, à saúde básica, moradia, educação fundamental e acesso à justiça. Na defesa e promoção desse núcleo, a dignidade da pessoa humana operará como regra (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.171).

Como princípio, a dignidade da pessoa humana é valor fundamental. Entretanto, não deve ser adotado como absoluto. Até mesmo porque, “como regra geral, no direito não há espaço para absolutos” (BARROSO, 2016, p. 64). Alguns aspectos da dignidade da pessoa humana poderão sofrer ao menos parciais ofensas. Exemplo disso, construído por Luís Roberto Barroso (2016, p. 64), repousa na possibilidade da aplicação da pena restritiva de liberdade do condenado após o trânsito em julgado e com a observância de todo o devido processo legal, caso em que se estará tolhendo a liberdade de ir e vir do apenado, conteúdo da dignidade da pessoa humana⁴⁶.

A dignidade da pessoa humana tem dupla dimensão: interna e externa. A dimensão interna corresponde ao valor intrínseco do ser humano, notadamente em razão da impossibilidade de sua instrumentalização. De modo externo, a dignidade expressa os direitos e deveres do homem e dos seus semelhantes. Importa dizer: não é possível que a dignidade, em sua dimensão interna, seja violada, uma vez que o valor intrínseco, como não poderia ser diferente, é algo inerente ao homem e em

⁴⁶ Ainda valendo-se do exemplo dos apenados, Daniel Sarmiento (2016, p. 97) defende que reconhecer o caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana “exigiria que fossem soltos desde já todos aqueles que estivessem presos em condições degradantes, se não fosse possível transferi-los imediatamente para estabelecimentos em condições condignas, independentemente de sua periculosidade. Impediria, de modo cabal, a decretação de novas prisões, a não ser quando se fosse possível assegurar que as condições de encarceramento dos novos detentos seriam dignas”.

nenhuma circunstância lhe será extraído. Já em sua dimensão externa, constituída pelos demais elementos (igualdade, liberdade e solidariedade), a dignidade poderá sofrer violações⁴⁷ (BARROSO, 2016, p. 62).

A Constituição Federal de 1988 edificou a dignidade como fundamento da República que, em seu bojo, a “consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática” (MORAES, 2010, p. 117). Assim, quanto às suas funções, afirma-se que “os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico, e no momento da sua aplicação concreta eles sempre geram regras que regem situações específicas” (BARCELLOS, 2008, p. 122).

A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica nacional possui dois papéis essenciais. O primeiro diz respeito a sua atuação como fonte de direitos e deveres quando não existirem regras específicas – já positivadas com base em seu fundamento – que regem as situações em concreto, como no caso do direito à intimidade⁴⁸. Também exalta função interpretativa, irradiando seus valores para todo o ordenamento jurídico, atuando “nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução” (BARROSO, 2016, p. 66).

Ressalta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao ser alicerçado como fundamento da República Federativa do Brasil, gerou significativo impacto na interpretação e aplicação do Direito, culminando na necessidade da releitura de preceitos e institutos dos mais diversos ramos e atua como verdadeira cláusula geral⁴⁹ de tutela e promoção da pessoa humana (TEPEDINO, 2004, p. 50).

⁴⁷ Esclarece que as violações serão identificadas no decorrer dos itens 3.2.2, 3.2.3 e 3.2.4.

⁴⁸ CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴⁹ Francisco Amaral (2014, p. 114) afirma que as cláusulas gerais são normas que não prescrevem condutas, mas sim definem valores e parâmetros hermenêuticos, oferecendo ao intérprete critérios valorativos e limites para a aplicação de outras normas, promovendo, assim, maior possibilidade de interpretação à luz dos princípios constitucionais, efetivando uma integração entre o Código Civil e a Constituição da República, permitindo “a abertura e a mobilidade do sistema jurídico” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 341).

À pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar garantia e proteção prioritária. Por esta razão, passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças e dos adolescentes⁵⁰, dos idosos⁵¹, dos portadores de deficiências físicas e mentais (hoje chamados de portadores de necessidades especiais), dos consumidores⁵², dos não-proprietários, dos contratantes em situação de vulnerabilidade, entre outros.

A dignidade da pessoa humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento jurídico de determinada nação ou em documento normativo internacional. Trata-se de uma expansão da consciência coletiva ética no decorrer dos últimos tempos (COMPARATO, 2015, p. 73).

Seja qual for o local de sua manifestação, no plano interno ou externo, a dignidade da pessoa humana deverá ser inserida no foco da interpretação jurídica, ainda que a lei não a prescreva, estritamente, na forma de direito humano, fundamental⁵³ ou da personalidade.

Acerca da prescrição dos direitos mencionados, denominam-se direitos humanos como uma “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da dignidade e liberdade se conjugam e se completam” (PIOVESAN, 2015, p. 79). Importa dizer: a dignidade da pessoa humana, a nível mundial, fundamenta os direitos humanos⁵⁴ inerentes a qualquer indivíduo, o que impõe a sua proteção pelos Estados soberanos em uma ordem jurídica internacional⁵⁵.

Os direitos fundamentais, por sua vez, nas explicações de José Afonso da Silva (2003, p. 193), são: (1) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente

⁵⁰ Estatuto da criança e do adolescente.

⁵¹ Estatuto dos Idosos.

⁵² Código de Defesa do Consumidor.

⁵³ “A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de direito” (BARROSO, 2016, p. 75).

⁵⁴ “Desta feita, o fundamento dos direitos humanos reside no próprio ser humano, em sua dignidade que, por sua vez, possui uma série de características próprias, a exemplo da liberdade, da autoconsciência, da sociabilidade, da historicidade e da unicidade existencial. São esses os parâmetros que formam o complexo de conjunto de direitos humanos e traçam os limites de sua incidência” (TAIAR, 2009, p. 228)

⁵⁵ A proteção da pessoa no âmbito internacional se materializa principalmente com a positivação de três importantes documentos: a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948 e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, ambos de 1966 (PONA, 2015, p. 196).

enunciados nos incisos do art. 5º; (2) direitos individuais implícitos, aqueles que são subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito a atuação geral (art. 5º, II); (3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*.

Em síntese, os direitos fundamentais correspondem às escolhas essenciais do legislador constituinte para a edificação do modelo de Estado que deseja instaurar, bem como os seus principais objetivos (PONA, 2015, p. 197). Assim, observa-se que a Constituição de 1988, já em seu Preâmbulo, arquiteta a construção de um Estado Democrático de Direito, comprometido a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, cuidando da liberdade, da segurança e do bem-estar, assim como se compromete com o desenvolvimento, com a igualdade e a justiça, reconhecendo-os “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (PIOVESAN, 2015, p. 92).

Nessa perspectiva, partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana é o centro das preocupações jurídicas, têm-se como meio de sua garantia os direitos humanos, na ordem internacional, os direitos fundamentais, positivados na Constituição Federal, no que tange à relação do cidadão com o Estado e os direitos da personalidade, instituídos na Lei Civil, com o intuito de preservar a pessoa também nas relações privadas.

A dignidade da pessoa humana, seja representada por um direito interno ou externo, por princípio ou regra, é, portanto, a base norteadora da operabilidade do Direito. Exemplo da irradiação dos preceitos constitucionais erigidos sob o fundamento da dignidade da pessoa humana diz respeito à releitura dos institutos do direito privado, como a adoção pelo Código Civil, outrora designado “constituição do direito privado”, de um capítulo que contempla os direitos da personalidade, e, prevê, inclusive, em caso de sua lesão ou violação, o ressarcimento do dano extrapatrimonial. Desta forma, “o dano, que era essencialmente patrimonial, passou a ter seu conceito ampliado a fim de abarcar também os interesses existenciais” (SCHREIBER, 2013, p. 106).

Os direitos da personalidade, inerentes à pessoa e à sua dignidade, exercem a tutela do indivíduo na seara privada (PONA, 2015, p. 199). Inclusive, a personalidade é o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Desta forma, o bem tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas (MORAES, 2009, p. 121-122).

Assim, como princípio que irradia sua luz para todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana também ilumina o direito privado, impondo a defesa e promoção dos direitos da personalidade, direitos inatos à pessoa e à sua dignidade, dos quais se destacam o direito à vida e integridade física, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade (AMARAL, 2014, p. 245).

Conceito multifacetado, a compreensão da dignidade da pessoa humana deve ser elaborada de acordo com o ambiente e o tempo em ela se situa no momento da interpretação. O próximo item desta pesquisa se destina à análise da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade⁵⁶ do pensamento jurídico brasileiro.

1.3 RECORTANDO A DIGNIDADE AO SEU CONTEÚDO MÍNIMO

Se na primeira parte deste capítulo o objetivo foi permitir a visualização dos marcos pelos quais a dignidade trilhou sua trajetória, bem como, na segunda parte, se constatou qual a sua natureza jurídica, distinguindo-a dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, possibilitando, também, a compreensão de seus vocábulos essenciais, nesta terceira parte se propõe um estudo que permita a resposta do seguinte questionamento: Afinal, em que consiste a dignidade da pessoa humana?

Sempre se mostrou intensa a discussão sobre quais elementos compõem a dignidade da pessoa humana em sua integralidade, a fim de que fosse possível uma

⁵⁶ Pós Constituição Federal de 1988.

conceituação que valesse universalmente, na ambição de alguns⁵⁷, ou que se restringisse ao âmbito interno no qual se insere, no pensamento de outros⁵⁸.

Não é controverso o fato de que ela alcança a ordem jurídica interna como um todo, nas vestes dos direitos fundamentais, e ainda encontra guarida na ordem internacional, por meio da proteção dos direitos humanos. Assim como também não atua apenas na esfera pública, nas relações entre os indivíduos e o Estado, mas também na seara privada, cuja tutela vem por meio dos direitos da personalidade. Em verdade, a dignidade da pessoa humana possui conceito tão indeterminado que pode levá-la à própria abstração.

Dois caminhos para a construção conceitual da dignidade da pessoa humana podem ser escolhidos. O primeiro aceitará a dignidade da pessoa humana em sua conotação máxima, abarcando todos os elementos que possam ser dignos de proteção. Particularmente, esse caminho se demonstra tortuoso: “implica o sempre suscitado risco de trivializar⁵⁹ a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção.” (ALEXY, 2006, p. 454). O segundo caminho, por sua vez, construiria a noção de dignidade da pessoa humana se apoiando apenas em alguns direitos fundamentais específicos, impossibilitando, assim, os passos tortos que a levariam à trivialidade ou à injustiça de não tutelar alguns casos também dignos de proteção, abarcando-os nos elementos básicos tidos como essenciais.

Delineando o conceito de dignidade da pessoa humana enquanto arquitetava a importância do princípio da liberdade para o exercício da dignidade, Robert Alexy (2006, p. 355) empreendeu relevante metáfora para o entendimento da noção da dignidade:

O conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. Sobre algumas dessas condições é possível haver consenso. Assim,

⁵⁷ Neste sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁸ Neste sentido, ver: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁹ No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 84): “uma vez que a noção é amplíssima pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação”.

a dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito. Acerca de outras condições é possível haver controvérsias, como, por exemplo, no caso de se saber se o desemprego de longa duração de alguém que tenha vontade de trabalhar ou se a falta de um determinado bem material violam a dignidade humana. É o fato que diferentes pessoas expressariam o conceito de dignidade humana por meio de diferentes feixes de condições. Por outro lado, é possível constatar que tais feixes não são completamente diferenciáveis. Muitos divergem em alguns pontos e convergem em outros, e com frequência as diferenças dizem respeito apenas ao peso dado a algumas das condições dentro de um mesmo feixe.

Neste aspecto se justifica a impossibilidade de um consenso único acerca da conceituação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ainda que infactível a unanimidade das noções que irradiam conceitos de dignidade, os frequentes esforços em delineá-la se justificam, até mesmo para que se promova e proteja a dignidade, oferecendo caminhos a serem observados pelos operadores jurídicos.

Impõe-se, portanto, empenho fundamental o refinamento do princípio da dignidade em seu conteúdo mínimo, em subprincípios essenciais que a compõem, tais como a liberdade negativa e outros princípios materiais (ALEXY, 2006, p. 359).

Dessa forma, a fim de esculpir o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana neste trabalho, com o objetivo de, posteriormente, relacionar seus elementos com o princípio negocial da boa-fé, comprovando a hipótese de que a dignidade pode ser concretizada nas relações negociais por meio do princípio negocial, primeiramente, serão apresentados os resultados dos relevantes estudos de autores que se debruçaram sobre o objeto com o objetivo de delineá-lo. Desta forma, serão expostas as visões, por meio dos feixes, de Maria Celina Bodin de Moraes, Luís Roberto Barroso, Oscar Vilhena Vieira, Antonio Junqueira de Azevedo, Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet. Em seguida, após a análise dos – e com base nos – resultados construídos pelos autores supracitados, apresentar-se-á, com a intenção de responder o questionamento feito *a priori*, a dignidade da pessoa humana recortada ao seu conteúdo mínimo: valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 111 – 144), ao conceituar a dignidade da pessoa humana em seu substrato axiológico e conteúdo normativo, defende que a dignidade, em sua substância, corresponde ao cuidado e promoção

de quatro princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral – psicofísica –, liberdade e solidariedade.

A observância do princípio da igualdade compõe o primeiro substrato material do qual a dignidade humana necessita para subsistir, mas não se trata apenas da igualdade formal, na qual se considera que todos possuem as mesmas condições perante a lei, mas sim da igualdade substancial (ou material), pela qual quando observadas desigualdades entre as pessoas desigualmente também deverão ser tratadas, respeitando suas diferenças, uma vez que as pessoas naturalmente não possuem as mesmas qualidades, características ou condições, de modo que tratá-las de igual forma seria privilegiar e promover a própria desigualdade (MORAES, 2010, p. 120).

Tutelar a integridade psicofísica do homem revela o segundo substrato da dignidade humana, concretizando-se essa proteção principalmente pela rejeição de medidas que lesem o sujeito em sua esfera física ou psicológica, tais como a proibição de pena de morte e a revogação da prisão por dívida civil (MORAES, 2010, p. 127).

Consagra-se o princípio da liberdade como a terceira substância da dignidade da pessoa humana, verificado na autonomia do sujeito, isso porque o exercício da dignidade humana exige a defesa e concretização da liberdade, pela qual o ser humano escolherá os caminhos por onde deseja trilhar sua existência (MORAES, 2010, p. 135).

O princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, não se fundamenta apenas na proteção do ser humano que reconhece a presença de outros seres possuidores de igual dignidade e, por isso, merecedores de respeito recíproco à integridade psicofísica e à liberdade. O reconhecimento do homem pelo outro já importa na observação lógica de sua essencial convivência como ser social e é dessa essencialidade que surge o último substrato da dignidade da pessoa humana, qual seja, o princípio da solidariedade social, que impõe ações solidárias do sujeito para com os demais seres sociais, igualmente dignos, merecedores de tratamento altruísta (MORAES, 2010, p. 140 – 141).

Por sua vez, Luís Roberto Barroso (2010, p. 20-30), com o intuito de edificar um conceito universal, desdobrou a dignidade em três elementos, que levantou como conteúdos mínimos da ideia de dignidade humana, quais sejam: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário.

O primeiro conteúdo mínimo, influenciado pelas bases kantianas já mencionadas, traduz a dignidade como elemento inerente à condição humana, um valor intrínseco pelo qual se atenta para a noção de que “todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros” (BARROSO, 2010, p. 38).

A autonomia da vontade é levantada como o segundo conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana. Explicada como elemento ético da dignidade, relaciona-se intimamente ao exercício da vontade humana, envolvendo “a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade” (BARROSO, 2010, p. 24), sendo inadmissíveis, porquanto, interferências ilegítimas de terceiros ou do Estado nas escolhas do homem para a concretização da sua existência digna.

O último conteúdo da ideia de dignidade humana identificado pelo jurista é perspectiva da dignidade como valor comunitário. Aqui se verifica a ligação das relações individuais com as sociais. Estas, de igual modo, devem ser compreendidas como destinatárias de dignidade. Nesse aspecto, a dignidade se apresenta como instrumento apto a promover objetivos como a proteção do indivíduo contra atos autorreferentes, a proteção de direitos de terceiros e também a proteção de valores sociais, como a solidariedade (BARROSO, 2010, p. 28).

Por seu turno, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 63-69), ao analisar o princípio, também influenciado pelas premissas kantianas, associou a dignidade ao próprio imperativo categórico do filósofo, defendendo, assim, a dignidade como preceito intrínseco do homem e que, por esta razão, não é aceita a sua instrumentalização.

Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 107-125), na realização de uma caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, defende que o princípio se fundamenta na manifestação de quatro condições essenciais. A primeira delas diz respeito à vida, notoriamente elemento indispensável para a titulação de qualquer direito. A dignidade se fundamenta em condições naturais, traduzidas no respeito à integridade física e psíquica do ser humano. De igual modo, para que haja dignidade, são indispensáveis condições materiais, consistentes na exigência de meios mínimos para o exercício da vida. Por fim, também são exigidas condições culturais, referentes aos pressupostos mínimos de liberdade e de igualdade, de modo a firmar o respeito ao próximo.

Com a ambição de inculpir a dignidade da pessoa humana em seu conteúdo, trajetórias e elencar metodologias para a abordagem do princípio, Daniel Sarmiento (2016, p. 92), recortando seu objeto de análise apenas para a realidade brasileira, essencialmente pós Constituição Federal de 1988, levanta como dignidade da pessoa humana a junção de cinco elementos. O valor intrínseco do ser humano se manifesta como o primeiro elemento imprescindível para a apreciação da noção de dignidade da pessoa humana, o que impõe a impossibilidade de sua instrumentalização para o exercício de outros fins que não seja o próprio ser humano. O princípio da igualdade corresponde ao segundo elemento, implicando na rejeição a crenças consistentes na defesa de hierarquia – de qualquer índole – entre as pessoas. O terceiro elemento da dignidade da pessoa humana consiste na autonomia do homem, seja a autonomia em sua vertente privada (autodeterminação), seja na vertente pública (democracia). As condições materiais que possibilitam o exercício da vida digna se consubstanciam no quarto elemento, denominado mínimo existencial. Por fim, para que a dignidade da pessoa humana esteja completa, é necessário que haja o elemento do reconhecimento, pelo qual se determina o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas em todos os âmbitos.

As exposições de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 361 – 388) acerca da dignidade da pessoa humana também merecem considerações. O autor delineou a dignidade em quatro dimensões: a) dimensão ontológica, mas não necessariamente (ou, pelo menos, não exclusivamente) biológica da dignidade, pela qual, igualmente influenciado pelo pensamento kantiano, considera-se a pessoa do homem como ser digno, como detentor de um valor intrínseco; b) dignidade e intersubjetividade: a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo (s) outro (s), preocupando-se com o princípio da igualdade e solidariedade; c) a dignidade como construção: a indispensabilidade de uma perspectiva (e, portanto, contextualização) histórico-cultural da dignidade; e d) a dignidade como limite e como tarefa: a dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade, em razão da qual se impõe a consideração do direito à liberdade, bem como a função prestativa do Estado e da sociedade para a promoção da dignidade do homem.

A maior contribuição do autor para este estudo repousa na conceituação, com a primorosa apreciação dos elementos que selecionou como indispensáveis à composição da noção de dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 383).

A dignidade significa que o ser humano tem o direito de viver uma existência livre e acudir aos seus anseios básicos. Os direitos fundamentais convergem para o princípio da dignidade, que lhes dá fundamento. Direitos como o valor intrínseco do ser humano, a igualdade, a liberdade e a solidariedade são o conteúdo mínimo para uma existência digna.

Segue daí a necessidade de esquadrihá-los.

1.3.1 Valor Intrínseco

O primeiro componente do princípio da dignidade humana consiste no valor intrínseco da pessoa. Trata-se de premissa para a averiguação dos outros conteúdos do princípio o delineamento do que seja esse valor inerente de cada ser humano. É o que se fará a seguir.

Immanuel Kant, já mencionado na notícia histórica sobre a dignidade humana, realizada no item 1.1, determinou que as pessoas, seres dotados de razão, devem agir de acordo com o imperativo categórico. Nesta perspectiva, assim impôs sua segunda máxima: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2011, p. 73), consagrando a ideia da dignidade humana como um princípio universal. Para ele, a qualidade de ser racional do homem permite que este haja conforme a lei moral estabelecida em seu imperativo categórico, qual seja, trate a humanidade sempre como um fim em si mesma e nunca apenas como um meio para alcançar outros objetivos. Consequência lógica deste pensamento repousa na afirmação de que as pessoas,

fins em si mesmas, divergem-se das coisas, que são utilizadas como meios para atingir algum fim⁶⁰. Daí a assertiva: “As coisas têm preço; as pessoas, dignidade” (MORAES, 2010, p. 117).

Daniel Sarmiento (2016, p. 107-108), no esforço de apresentar o conteúdo e as trajetórias da dignidade humana, aponta três pontos fundamentais a respeito da fórmula kantiana acima referida. A primeira abordagem incide sobre a afirmação de que a pessoa é um fim em si mesma. Tratá-la como fim significa respeitá-la como um sujeito racional que é capaz de realizar as suas próprias escolhas, exercendo a sua autodeterminação. O segundo ponto atenta para a interdição inclusa no imperativo categórico, de que a humanidade nunca deve ser simplesmente tratada como meio. Atenção deve ser dada ao simplesmente, pois não é totalmente proibido que um indivíduo se utilize do outro para atingir algum objetivo pessoal, mas ele não pode ser reduzido apenas ao cumprimento deste objetivo⁶¹. Por fim, o terceiro ponto relevante para o entendimento da máxima kantiana se refere à impossibilidade de o indivíduo tratar a si próprio como mero objeto, porque, possuindo qualidade de ser humano também deve ser tratado como um fim e não tão somente como meio.

A dignidade é valor intrínseco da pessoa humana, portanto, pelo simples fato de ser ela um ser humano, e não apenas um objeto que possui preço. O indivíduo deve ser observado com a dignidade que lhe é inerente, pois, qualidade de ser digno, em suma, impede a sua instrumentalização. Ronald Dworkin (1998, p. 309) também reconhece esse caráter essencial do direito à dignidade que o homem possui ao afirmar, por exemplo, que “a vida tem um valor intrínseco”.

No âmbito constitucional contemporâneo, a não instrumentalização do ser humano é algo disseminado nas doutrinas – que também são influenciadas pela doutrina kantiana, assim como a linha seguida por esta pesquisa. Entretanto, cabe frisar que existem posicionamentos divergentes ao valor intrínseco do homem como componente da dignidade humana. A bem verdade, tratam-se de posicionamentos

⁶⁰ No mesmo sentido, José Afonso da Silva (1998, p. 90): “A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chamam coisas”.

⁶¹ A fim de ilustrar o uso do outro como meio para atingir os fins que persegue, o autor traz o seguinte exemplo: “Quando, por exemplo, um indivíduo contrata os serviços de um profissional para pintar as paredes de sua casa, ele se utiliza dessa pessoa para perseguir um fim que é seu, mas nada há de errado nisso. O pintor, por sua vez, também visa a obter um fim de quem o contratou – o recebimento do pagamento pelos seus serviços. As vontades das partes se ajustam e ninguém é tratado pelo outro como um mero objeto” (SARMENTO, 2016, p. 107-108).

contrários, fundamentados no organicismo⁶² e no utilitarismo⁶³ (SARMENTO, 2016, p. 105), que não serão analisados por não serem objeto de abordagem necessária para a comprovação da hipótese solucionadora do problema aqui levantado.

A dignidade como valor intrínseco, coadunando-se com os preceitos de Luís Roberto Barroso (2016, p.77-78), pode ser vislumbrada por dois prismas distintos: filosófico e jurídico.

No plano filosófico, ela é vista como elemento ontológico da dignidade humana, ou seja, liga-se à natureza da pessoa, ao conjunto de qualidades que o caracteriza como ser humano, distinguindo-o das demais espécies, tais como a inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar⁶⁴.

Sob o plano jurídico, o valor intrínseco se posiciona na raiz de um conjunto de direitos fundamentais. Como não poderia ser diferente, o primeiro direito fundamental no qual a dignidade humana como valor intrínseco jaz na origem é o direito à vida, mesmo porque a vida é pré-condição essencial para o gozo de todos os outros direitos.

Outro direito fundamental que se relaciona com o valor intrínseco de cada ser humano é o direito à igualdade⁶⁵, segundo o qual todos os indivíduos possuem o mesmo valor, impossibilitando discriminações em razão de raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental, bem como se impõe o respeito à diversidade cultural, linguística ou religiosa. Por fim, também se concatena ao valor intrínseco do indivíduo o direito fundamental à integridade física e psíquica, que, na defesa da esfera física do ser humano proíbe a tortura, o trabalho escravo e as penas cruéis e degradantes e, em seu plano psíquico ou mental, defende a honra pessoal, a imagem e a privacidade desse ser.

Considerando o ambiente civilista, embebecido pelas águas da Constituição, em que se constrói o presente trabalho, nota-se que o princípio da proteção à

⁶² Para análise da corrente organicista da dignidade humana, ver: ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁶³ Para análise da corrente utilitarista da dignidade humana, ver: LEVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

⁶⁴ É importante mencionar que outras espécies, distintas da humana, também gozam de dignidade. Citam-se como exemplos os casos da dignidade dos animais irracionais e da dignidade do meio ambiente, cujo estudo igualmente contempla extrema relevância para as questões contemporâneas. Entretanto, por esta pesquisa assumir como referencial teórico basilar as premissas kantianas para a construção do conteúdo da dignidade, ela apenas será abordada a dignidade do ser humano, ainda que se discorde de sua teoria em um ponto específico que será adiante analisado, acerca da dignidade dos dementes.

⁶⁵ A igualdade será abordada com maior profundidade quando for delineada como conteúdo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana.

integridade psicofísica, diferentemente da abrangência de tutela que lhe é dada tradicionalmente, como acima aduzido, na esfera cível, tem sido utilizado como fundamento de garantia a numerosos direitos da personalidade⁶⁶ (MORAES, 2010, p. 126). Isso porque a realização da própria dignidade humana e sua repercussão no exercício dos direitos personalíssimos já resguardados pelo ordenamento jurídico, bem como naqueles que ainda carecem de salvaguarda⁶⁷ – localizados nas dobras do direito⁶⁸ –, sofreu essenciais alterações, sobretudo em razão das alterações cotidianas ocasionadas pelo advento da tecnologia e biotecnologia⁶⁹ (envolvendo essencialmente direitos existenciais)⁷⁰.

⁶⁶ Inclusive, a personalidade é o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Não pode existir um número fechado de hipóteses tuteladas, pois tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, uma vez que, em sentido contrário, excluiria novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva. Evidentemente, não se restringe tal concepção ao momento patológico, ao momento da reparação de dano já causado, mas põe-se a serviço da proteção e da promoção humanas em todas as suas relações (MORAES, 2009, p. 121-122).

⁶⁷ Oportuna a lição de Pietro Perlingieri (2007, p. 156-157) acerca da necessidade de se tutelas os interesses que resvalam dos princípios constitucionais, especificamente no caso deste trabalho, da dignidade humana: “Desconhecer a tutelabilidade dos interesses juridicamente relevantes, em presença do art. 24 Const. que prevê o direito de agir em sua defesa, significaria sustentar a existência de uma contradição no sistema. Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse. O processo não é uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individuados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso”.

⁶⁸ Teoria de Luiz Edson Fachin (2012, p. 245-246) desenvolvida em sua Teoria crítica sobre o direito civil.

⁶⁹ Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 126-128) traz alguns exemplos de possíveis problemas de competência de resolução pelo ambiente jurídico decorrentes do desenvolvimento da biotecnologia e as suas consequências sobre a esfera psicofísica do ser humano: “problemas decorrentes da reprodução assistida – como a procriação post-mortem e o congelamento de embriões –, da privacidade dos dados genéticos, da experimentação em seres humanos, dos atos de disposição sobre o próprio corpo, dos transplantes, da mudança de sexo, acontecimentos plenamente factíveis desde a aquisição, cada vez mais veloz, das tecnologias necessárias”.

⁷⁰ A título de exemplo, menciona-se a questão do transexual e sua abordagem no ambiente jurídico colacionando-se o seguinte acórdão, que concedeu ao processo o caráter de repercussão geral em razão de o tema debatido no recurso ultrapassar os limites subjetivos da lide, tendo relevância jurídica e social, por versar matéria de interesse de todos os transexuais que buscam retificar o respectivo registro civil para que passe a veicular o gênero possuído, sob o fundamento de se garantir a dignidade humana: EMENTA: Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de Repercussão Geral. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado (BRASIL, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo propiciar a proteção integral à pessoa. Isso engloba todos os aspectos que permeiam o desenvolvimento e satisfação dos interesses de sua personalidade, de modo a reconhecer suas ambições genuínas. Por isso Anderson Schreiber (2013, p. 127) o define como princípio proibitivo do comprometimento de alguma atividade realizadora da personalidade.

É imprescindível, no entanto, discordar dos postulados kantianos quanto à premissa de que apenas os seres racionais dispõem de inerente dignidade⁷¹, pois, “a dignidade independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental” (BARROSO, 2016, p. 77). Nesta toada, todas as pessoas têm o direito a não sofrer de indignidade⁷² (DWORKIN, 1998, p. 305), até mesmo as que não detenham perfeito estado de racionalidade.

Seguindo a doutrina kantiana, o demente, por ser ou estar desprovido racionalidade, não possui o valor intrínseco ao indivíduo, o que acarreta, como consequência, a sua descaracterização como ser digno. Afirmação com a qual não se pode concordar. A pessoa afetada de demência conserva seus interesses genuínos, subsistindo como pessoa humana, mesmo que não possua razão para se autodeterminar como bem entender. Reside nela o valor intrínseco da vida, o que lhe faz conservar sua inerente dignidade (DWORKIN, 1998, p. 310).

O caráter universal da dignidade humana como valor intrínseco do ser humano impossibilita seu tratamento desumano ou degradante. Ao mesmo tempo, a dignidade da pessoa humana é materializada quando se tutelam os interesses existenciais, notadamente os que decorrem dos avanços tecnológicos e biotecnológicos. No entanto, multifacetada, a dignidade humana impõe para a sua compreensão a contemplação de outros conteúdos além do valor intrínseco do ser humano. Em razão disso, analisar-se-á, a seguir, o seu segundo recorte: a igualdade.

⁷¹ Como visto no item 1.1, para Immanuel Kant, é a racionalidade que permite que o indivíduo aja de acordo com a lei moral universal consubstanciada no imperativo categórico, ação que lhe concede inerente dignidade, pois o difere das coisas.

⁷² Em estudo da dignidade em Ronald Dworkin, a respeito da caracterização do que seria um tratamento do ser humano de modo indigno, Thadeu Weber (2013, p. 241) assim exemplifica: “A violação dos direitos humanos, a tortura e o trabalho escravo são exemplos de indignidade. É a esses padrões que recorreremos para definir as condições mínimas em que, por exemplo, os presos devem ser mantidos. Exigimos que lhes seja respeitado o direito à dignidade. Aliás, podemos não saber o que é dignidade, mas sabemos o que é humilhação”.

1.3.2 Igualdade

A já destrinchada máxima kantiana, que ressalta a dignidade como valor intrínseco de toda pessoa humana pelo simples fato de ser dessa espécie, identicamente prescreve que todo indivíduo, dotado de dignidade por ser capaz de agir moralmente e por isso fim em si mesmo, deve respeitar a dignidade das demais pessoas igualmente dignas. Preceitua, pois, o vislumbre do outro como ser possuidor de igual dignidade.

Reside o desafio das próximas páginas na averiguação do segundo⁷³ recorte do que se entende como conteúdo mínimo da dignidade humana: a igualdade.

Todos os seres humanos têm igual direito à dignidade. A igualdade repousa no princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que a garantia da isonomia entre os seres humanos, principalmente no que tange à coibição de tratamento discriminatório e arbitrário, constitui pressuposto fundamental para a defesa da dignidade (SARLET, 2015, p. 132).

O direito de igualdade, essencialmente, consiste na colocação dos sujeitos na mesma posição em matéria de direitos e deveres, impondo a obrigação de tratá-los com igual respeito e consideração. Para que isso seja possível, dois fatores devem ser considerados: o primeiro versa a proibição da concessão de privilégios ou benefícios exclusivamente a alguns indivíduos no gozo de qualquer direito ou na exoneração do cumprimento de qualquer dever; enquanto o segundo incide no impedimento de imposição de prejuízos em razão da privação do exercício de qualquer direito apenas à parcela de sujeitos (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 338). Isso porque “em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais” (COMPARATO, 2015, p. 13).

Preliminarmente, o direito à igualdade surgiu em sua acepção formal, qual seja, aquela que assegura o tratamento igualitário das pessoas perante a lei⁷⁴,

⁷³ Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 121) defende que a igualdade é, em verdade, o primeiro componente em que a dignidade humana se manifesta. Optou esta pesquisa, no entanto, a sua abordagem em segundo plano por uma simples premissa lógica: não há como se mencionar a necessidade de observância ao direito de igualdade sem que antes se aborde quem detém esse direito: a pessoa humana – dotada de dignidade como um valor intrínseco e que, por isso, a fim de fazer valer sua dignidade, contempla os direitos (e deveres) de igualdade, liberdade e solidariedade.

⁷⁴ A título de exemplo: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”, preceitua o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, editada nos primórdios da Revolução

modalidade que vigorou fortemente no Estado Liberal (AMARAL, 2013, p. 33), especialmente com as Revoluções francesa e norte-americana, e nos pensamentos dos filósofos iluministas, tal como Jean Jacques Rousseau, que defendia a necessidade de o contrato social propiciar igualdade plena entre os cidadãos, com a efetiva participação na elaboração das leis e submissão de todos a elas (SARMENTO, 2016, p. 34-35).

Contudo, no Estado Social, essa espécie de igualdade era insuficiente para atingir o objetivo desejado, equivalente em proibir a concessão de privilégios e a imposição de prejuízos de forma discriminatória. Por esta razão, visualizou-se a adoção da igualdade em outra vertente além da formal, identicamente essencial para a consecução dos fins almejados: a igualdade substancial, manifestando a imprescindibilidade de se tratar as pessoas, na medida de suas desigualdades particulares, desigualmente⁷⁵ (FACHIN, 2012, p. 283), já que, existindo desigualdade de fato entre os indivíduos, tratá-los com paridade significaria privilegiar e promover a própria desigualdade⁷⁶.

A Constituição Federal de 1988 é profundamente empenhada com o direito à igualdade. Não à toa, o cuidado com a isonomia foi introduzido como princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º⁷⁷ da Constituição Federal de 1988.

Peculiarmente, divergindo de outros documentos nos quais o direito à isonomia figura como princípio, o legislador constituinte brasileiro da atual Constituição não se limitou apenas a confirmar a igualdade formal, mas atentou, além disso, para o princípio da igualdade em sua acepção substancial⁷⁸ (VIEIRA,

Francesa. Igualmente a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 assegurou a igualdade formal, assim dispendo: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”,

⁷⁵ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 341-342) alertam que a igualdade em sua vertente material consiste na realização da função social da igualdade: “A obrigação de diferenciação para se compensar a desigualdade de oportunidades significa que o princípio da igualdade tem uma função social, o que pressupõe o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar a igualdade jurídico-material”.

⁷⁶ Essa construção de princípio da isonomia foi concebida pelo filósofo Aristóteles e muito difundida no Brasil pelos ensinamentos de Ruy Barbosa.

⁷⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁷⁸ Igualmente o fez a Constituição italiana de 1947: “Art. 3 Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de

2006, p. 287). Tanto é que a condição de isonomia entre as pessoas figura em duas oportunidades no *caput* do dispositivo citado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Isto é, não se alude apenas à igualdade formal, na qual se considera que todos possuem as mesmas condições perante a lei, mas também à igualdade substancial (ou material), pela qual, quando observadas desigualdades entre as pessoas, desigualmente também deverão ser tratadas, respeitando suas diferenças, porque não possuem as mesmas qualidades, características ou condições⁷⁹ (MORAES, 2010, p. 121).

Os princípios da supremacia da Constituição, da força normativa das normas constitucionais, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da interpretação das leis (Código Civil) conforme a Constituição Federal, alteraram completamente a forma de orientar, disciplinar, interpretar e aplicar o direito civil. Isto é, o campo do direito privado, como já reportado em linhas passadas, foi semeado com fertilizantes constitucionais, o que significa dizer que seus princípios básicos devem estar jungidos aos preceitos concebidos pelo Texto Constitucional, pilar central do ordenamento.

E é por esta razão que exsurge no âmbito civilista a necessidade de se atentar aos valores fundamentais como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade e o direito à vida (AMARAL, 2014, p. 52).

Acerca dessa relevante influência constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 185) menciona o abandono da perspectiva individualista do direito privado, substituída pelo princípio constitucional da solidariedade social, que alterou notadamente a noção de direito de igualdade preconizada na garantia de isonomia representativa. A consequência desta mudança foi a alteração do próprio sujeito de

ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento de pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

⁷⁹ No mesmo sentido afirma Gregório Peces-Barba (1993, p. 47) ao introduzir a obra *Igualdade e Liberdade*, de Norberto Bobbio: *La igualdad de los derechos no es sólo exclusión de discriminación no justificada (igualdad ante la ley), sino atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. La igualdad jurídica significa que todos los ciudadanos son destinatarios del derecho y tienen capacidad jurídica (frente a las sociedades esclavistas). La igualdad de los derechos es el máximo y la igualdad jurídica el mínimo; la igualdad ante la ley ocupa el lugar intermedio.*

direito, antes abstrato, agora sendo considerado por suas características e aspectos particulares, sua concretude, sendo tutelada a igualdade em sua acepção substancial⁸⁰ (MORAES, 2001, p. 185).

Em outras palavras, as relações interprivadas⁸¹, reguladas pelo direito civil, não devem se coadunar com a lógica individualista propagada por preceitos liberais que deram origem ao Código de 1916⁸², mas sim conviverem em harmonia com as diretrizes constitucionais. O direito de igualdade, sob esta ótica, não pode apenas garantir uma isonomia formal entre as partes que negociam, especialmente em razão do senso egoísta que permeia este tipo de relação, sob pena desta forma de igualdade manifestar efeito contrário, gerando profundas desigualdades sociais (NEGREIROS, 2006, p. 5).

Três são os critérios utilizados para a identificação do desrespeito à isonomia. Primeiro, deve ser verificado aquilo que é adotado como ato discriminatório. Também há que se observar se a justificativa para chegar a essa primeira conclusão funda-se em critério racional. O terceiro, e último, diz respeito à necessidade de correlacionar os dois elementos mencionados com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, a fim de discernir se há harmonia entre eles. Ou seja, “importa que exista mais que uma ligação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma

⁸⁰ Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 126), em outro momento, também comenta a respeito da igualdade substancial, correlacionando-o com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social: “Por seu turno, o legislador constituinte, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – artigo 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social, impondo o atingimento da igualdade substancial e da justiça social. a cláusula geral de proteção à pessoa humana, porém, faz com que se deva interpretar e aplicar o direito a partir do respeito à diferença, que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas humanas”.

⁸¹ Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 133), sobre a incidência do princípio da igualdade em sua perspectiva material da dignidade humana nas relações privadas versa que “quando em causa uma violação da dignidade da pessoa humana advoga-se (embora se trate de entendimento não unânime) que até mesmo os atores privados estarão diretamente vinculados pelos direitos de igualdade, especialmente na sua dimensão negativa (defensiva), operando como proibições de discriminação”.

⁸² Isso porque a codificação, em sua origem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, de forma que os bens jurídicos, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações. Contudo, tal ordem altera-se no estado intervencionista do século XX, em que a atenção do legislador desloca-se para a função social que os institutos privados devem cumprir, protegendo-se objetivos baseados na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades culturais e materiais (TEPEDINO, 2004, p. 219).

correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional” (MELLO, 2009, p. 22).

Desta forma, a violação do direito de igualdade tem lugar quando “sem justificações constitucionalmente relevantes, cidadãos em situações iguais recebem um tratamento diverso, seja quando cidadãos em situações diferentes e desproporcionadas recebem um tratamento idêntico” (PERLINGIERI, 2007, p. 168).

E é então que se deve oferecer atenção para a mais importante função do princípio da igualdade no ambiente contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao tratamento dos direitos das minorias ou, melhor dizendo, do direito à diferença, já que a diversidade social, racial, sexual e cultural deve ser reconhecida em suas características individuais⁸³ (MORAES, 2010, p. 122-125).

A construção dos sentidos dos institutos jurídicos vai se alterando ao longo do tempo e conforme as necessidades que se impõem frente à consolidação do que eles pretendem. É certo que as conquistas obtidas não se excluem, somam-se mutuamente. Assim, se num primeiro momento a preocupação latente consistia na possibilidade de uma igualdade de todos perante a lei, para a satisfação dos interesses liberais de uma burguesia em ascensão, noutra, notada a sua importância, porém insuficiência, primou-se pela igualdade em sua vertente substancial, o que impôs e ainda impõe ações afirmativas do Estado, da sociedade e dos cidadãos, individualmente, medidas solidárias que assegurem a consecução dos objetivos da República. Ainda que não seja uma realidade satisfatória, a preocupação certamente gerou significativas alterações, como, por exemplo, a própria mudança na leitura dos institutos jurídicos privados, lidos contemporaneamente sob a égide constitucional. Por fim, a vertente da igualdade das minorias, tutelando as diversidades de todas as espécies.

Ao lado do valor intrínseco da pessoa humana e da igualdade formal e substancial que deve existir entre os sujeitos de uma sociedade, a dignidade também contempla em seu conteúdo mínimo o princípio da liberdade, verdadeiro concretizante da dignidade humana, que será examinado a seguir.

⁸³ Em síntese, “As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (SANTOS, 2001, n.p.).

1.3.3 Liberdade

Consiste delicada análise a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade como um dos seus elementos essenciais. Todavia, é evidente que tratamento digno impõe o reconhecimento do direito dos indivíduos em realizar seus próprios objetivos e desejos, contanto que não interfira nos direitos de outrem.

Por isso, afirma-se que, dentre tantas características do ser humano, a conduta em si acaba determinada pelo modo como a sua liberdade é entendida. Essa hipótese é relevante e, dentro dos limites deste estudo, caberá investigar as delimitações conceituais da liberdade do indivíduo, conteúdo fundamental da dignidade da pessoa humana, a fim de estabelecer possível conexão, mais adiante, com o princípio negocial da boa-fé.

A liberdade será apresentada aqui em suas concepções mais abrangentes, tais como as postuladas por Isaiah Berlin, Benjamin Constant e Ronald Dworkin. Em seguida, objetivando transpor o conteúdo libertário para a seara privada, realizar-se-á seu paralelo com o princípio da autonomia do indivíduo, que será decomposta em autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação.

Isaiah Berlin (2002) reconhece a existência de dois conceitos de liberdade: a liberdade positiva e a liberdade negativa.

A liberdade positiva é caracterizada como aquela que “provém do desejo do homem de ser o seu próprio senhor”, destinando-se a esclarecer por quem a autoridade é desempenhada (BERLIN, 2002, p. 226-228).

A acepção que interessa para o desenvolvimento desta pesquisa, no entanto, repousa no conceito negativo de liberdade. Em uma explicação contundente, o autor afirma que o homem será considerado livre na medida em que não haja interferência em sua liberdade por parte de nenhum outro homem ou grupo de homens. Essa é a concepção negativa: “a liberdade nesse sentido significa livrar-se de ausência de interferência além da fronteira mutável, mas sempre reconhecível” (BERLIN, 2002, p. 229).

Daí a caracterização dessa liberdade como não interferência de outros sobre a área de livre atuação do sujeito. De acordo com Cesar Augusto Ramos (2011, p. 46), ela passa a ser chamada de negativa porque “existe na ausência de ações que podem criar impedimentos arbitrários e indevidos à livre atividade dos sujeitos.”.

Essa área de livre atuação do indivíduo é protegida, nas sociedades contemporâneas, por um conjunto de direitos fundamentais que estão positivados nas constituições dos povos e em tratados internacionais ratificados por diversos países, podendo ser mais ampla ou mais restrita conforme se reconheça um número maior ou menor de direitos ao indivíduo. Essa barreira de proteção da área de livre atuação do indivíduo depende, em muitos casos, de interpretação, quando a norma jurídica deixa espaço para tanto⁸⁴.

No entanto, necessária se faz a investigação acerca dos fins a que essa conduta do homem, livre de interferências de outros, pode se dirigir.

Isaiah Berlin (2002, p. 233) apresenta a finalidade da conduta dentro do espaço de não interferência de cada um com base em Stuart Mill: “A única liberdade que merece esse nome é a de buscar o nosso bem à nossa maneira”; o indivíduo deve ter permissão de viver como deseja “na ‘parte [da sua conduta] que interessa unicamente a si mesmo””. Mais adiante Isaiah Berlin (2002, p. 234) completa: “Ameaçar um homem de perseguição caso ele não se submeta a uma vida em que não escolhe seus objetivos [...] é pecar contra a verdade de que ele é um homem, um ser com uma vida própria a ser vivida.”.

Nas explicações de Cesar Augusto Ramos (2011, p. 46), a liberdade “pressupõe um espaço de não ingerência, da ausência de impedimentos ou obstáculos, para o livre exercício de ações que deliberadamente desejamos realizar. Os indivíduos serão livres, se eles forem sujeitos das suas escolhas e decisões, definidas num campo não arbitrário de interferência.”.

Assim, os dois conceitos de liberdade desenvolvidos por Isaiah Berlin, positivo e negativo, compreendem a liberdade em sua totalidade, sendo entendidos como complementares, já que a positiva configura a liberdade de exercer a autoridade – entendida como participação política – e a negativa corresponde à esfera de ingerência apenas pelo homem que a detém, que é senhor de si e de suas escolhas.

⁸⁴ Quando não havia a positivação desses direitos pela lei do país, os teóricos faziam sua defesa a partir da lei natural, do direito natural, do utilitarismo, de um imperativo categórico, da santidade do contrato social ou de qualquer outro conceito que os homens pudessem justificar as suas convicções liberais (BERLIN, 2002, p. 233). Isso foi minimizado no mundo de hoje, devido a positivação de um conjunto de direitos, mas não acabou o problema e muitos textos legais dependem de interpretação e de elementos externos aos textos, o que leva a embates muito mais políticos do que técnico-jurídicos para a compreensão do vazio normativo.

Robert Alexy (2006, p. 358-359) também constrói a ideia da dignidade humana com base no componente do princípio da liberdade em sua vertente negativa, qual seja, a de não interferência. Contudo, o autor entende que apenas a liberdade negativa não garante a dignidade da pessoa humana em sua totalidade, pois a dignidade requer que junto a ele coexistam outros princípios materiais. A título de exemplo, Robert Alexy exhibe o imprescindível respeito aos aspectos mais íntimos dos indivíduos, mencionando-se, aqui, o princípio da integridade física e psíquica.

Benjamin Constant, por sua vez, ao escrever sobre a liberdade, bifurcou-a em dos antigos e dos modernos, em sua análise “Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos”, publicada pela primeira vez em 1819, comparou o conceito de liberdade na democracia representativa com a democracia direta.

A vertente positiva de liberdade já mencionada se assemelha com o que Benjamin Constant intitulou de liberdade dos antigos⁸⁵, configurada, em síntese, pela participação do indivíduo na vida política, na partição dos poderes⁸⁶. No entanto, apenas a possibilidade de interferir ativamente nos rumos políticos da sociedade, com o decorrer do tempo, tornou-se insuficiente para a caracterização de um ser livre, fazendo nascer outra acepção de liberdade: a dos modernos⁸⁷, também consubstanciada na inexistência de constrangimentos na conduta humana, seja por outro homem agindo sozinho, seja em grupo, assim como a já citada liberdade negativa de Isaiah Berlin (CONSTANT, 1985, p. 2-3).

Afirma-se, a fim possibilitar o condensação das perspectivas de liberdade de Benjamin Constant, que “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam de liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios” (CONSTANT, 1985, p. 7).

⁸⁵ Abordada por Luis Roberto Barroso (2016, p. 83) e por Daniel Sarmiento (2016, p. 139) com a denominação de autonomia pública.

⁸⁶ A liberdade dos antigos “[...] consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusa-los de delitos, em condená-los ou em absolve-los; mas, ao mesmo tempo consistia nisso que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo.” (CONSTANT, 1985, p. 2-3).

⁸⁷ Trabalhada por Luis Roberto Barroso (2016, p. 83) e por Daniel Sarmiento (2016, p. 139) como autonomia privada.

É a vertente negativa de liberdade, de Berlin, ou a liberdade dos modernos, de Constant, imprescindível para o delineamento de dignidade humana que se pretende apresentar neste trabalho. Para tanto, volta-se agora ao pensamento kantiano afirmado como influenciador do entendimento contemporâneo do princípio constitucional, no que tange ao seu entendimento sobre a liberdade ou a autonomia do ser humano como componente da dignidade.

É correta a afirmação de que Immanuel Kant arquitetou a noção de dignidade humana sobre o pilar da autonomia. Isso porque o homem, mediante conduta autônoma, atuaria moralmente segundo o imperativo categórico. No entanto, como é possível visualizar, a autonomia em Kant não era livre, vez que indispensável que sua conduta estivesse de acordo com a lei moral e não conforme os seus próprios objetivos e desejos (SARMENTO, 2016, p. 136-137), uma vez que, “Para Kant, a ação individual movida por uma paixão ou desejo não seria autônoma, mas heterônoma. Autônomas seriam apenas as condutas ditadas pela lei moral que a própria pessoa tem em si, não “conspurcadas” por outras inclinações pessoais.” (SARMENTO, 2016, p. 141).

Percebendo a versão de autonomia de Kant, Luis Roberto Barroso (2016, p. 81) evidencia duas espécies de autonomia: a moral, kantiana, e a pessoal. A moral, já demonstrada, é entendida como a vontade do indivíduo voltada apenas para a lei moral, ou seja, o homem seria livre na medida em que agisse de acordo com as máximas kantianas. A pessoal⁸⁸, ou a autonomia da pessoa, consiste no livre exercício da vontade por cada ser humano, que não agiria apenas em consonância com o fim moral estabelecido, mas sim em razão de seu próprio entendimento do que é bom para si mesmo, com base em seus interesses e desejos.

A autonomia como o elemento da dignidade humana, aqui abordada, é a autonomia da pessoa, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade, àquela parte que não pode ser alcançada pelas leis morais da sociedade. A liberdade, então, é conceito que contempla dois aspectos: um mais amplo, no qual a liberdade poderá sofrer restrições de forças externas, e outro consistente em seu núcleo, a própria autonomia, que “é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como

⁸⁸ “O ideal da autonomia pessoal se constitui na visão das pessoas controlando, até certo ponto, seus próprios destinos, assim, autônoma é a pessoa que é em parte autora da sua vida” (RAZ, 2011, p. 347).

as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras.” (BARROSO, 2016, p. 82).

A respeito do núcleo da liberdade inatingível por intromissões alheias – seja de outro homem, seja do Estado – e do elemento da liberdade que pode sofrer restrições, Ronald Dworkin (2009, p. 471) construiu a teoria da liberdade⁸⁹ na qual distingue dois termos: *freedom* e *liberty*. *Freedom* consistiria na liberdade que poderá sofrer ingerência do governo, como, por exemplo, limitações em razão da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. *Liberty*, por sua vez, seria o núcleo essencial da liberdade, não podendo, de forma alguma, sofrer quaisquer tipos de restrições.

Transpassando as conceituações apresentadas para a seara privada, âmbito de construção desta pesquisa, expor-se-á a seguir a liberdade dos indivíduos na esfera negocial, retratada nas autonomias da vontade e privada e na autodeterminação.

Com efeito, no campo do direito privado, na vigência do Estado Liberal o chamado princípio da autonomia da vontade foi enaltecido, principalmente como decorrência dos ideais pós-revolucionários franceses, que objetivavam excluir os contratos do âmbito da intervenção estatal, a fim de garantir ampla liberdade de contratar. O contrato era instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, em que a vontade deveria reinar plena e livremente, “pouco importando, à lei, se (o indivíduo) utiliza seus bens com propósitos malévolos de prejudicar, ou se nada faz para impedir que outrem perca sua vida, em um acidente ou na miséria” (MORAES, 2010, p. 133), salvo as limitações previstas em normas de ordem pública, caberia à autonomia da vontade presidir o destino e determinar a força da convenção criada pelos contratantes.

A partir dessa ótica, a autonomia da vontade foi compreendida como o “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas” (NORONHA, 1994, p. 113). Graças a ela, as partes poderiam estipular o que melhor lhes interessassem, escolhendo livremente o tipo de contrato, típico ou

⁸⁹ Explicada de maneira sintetizada na análise de Éverton William Pona (2015, p. 207): “*Freedom*, portanto, trata de conceito mais amplo, pode-se dizer, correspondente a uma realidade fática na qual o indivíduo pode fazer o que quer, sem que o Estado intervenha. Entretanto, a ausência de intervenção estatal não precisa ser permanente e definitiva. *Freedom*, tal como concebida por Dworkin, pode ser (e, em verdade, em razão da necessidade de conviver em comunidade, precisa ser) limitada. Sua essência, todavia, encontra-se preservada pela *liberty*, que atualmente pode ser entendida como centrada naquele núcleo de direitos fundamentais do indivíduo que limitam a ação do Estado.”

atípico, as cláusulas e condições, permitindo, desta forma, aos contratantes a autorregulação dos seus interesses (GOMES, 1971, p. 28).

No entanto, a liberdade de contratar ou não e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado – autonomia da vontade – perde espaço no ambiente no qual vige o Estado Social, em que o exercício do poder de contratar somente é permitido dentro de uma margem de autonomia, de um espaço em branco conferido pelo ordenamento jurídico, limitando a liberdade do sujeito de direito, razão pela qual se a substituiu pela autonomia privada, “mais atenta às necessidades do sujeito concreto, especialmente das pessoas mais vulneráveis, pode ser associada às mutações que tal valor experimentou na passagem do Estado Liberal-burguês para o Estado Social” (SARMENTO, 2016, p. 154).

Daniel Sarmiento (2016, p. 151-153), ao abordar a liberdade como conteúdo da dignidade humana, a concebe com dois significados. Por um lado, a liberdade, em sua concepção negativa, é entendida como o direito do indivíduo à abstenção do outro em suas escolhas.

Por outro lado, há a vertente positiva da liberdade, compreendida como “a capacidade real do sujeito de se autodeterminar, que se caracteriza quando estão presentes as condições que viabilizam o efetivo exercício da liberdade”, razão pela qual, aqui, impõe-se mais do que apenas uma abstenção do outro, configurada na ausência de interferência, requerendo a atuação positiva consubstanciada no asseguramento de condições para o exercício desta liberdade.

Contudo, com a alteração de um direito fundamentalmente solidificado em dogmas patrimonialistas para um solo fértil onde nascem preocupações por questões existenciais, em razão da elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (Art. 1º, inc. III, da CF) e da imensa gama de possibilidades, diante dos avanços científicos, tecnológicos e biotecnológicos, pelas quais os sujeitos podem se afirmar como seres dignos, verifica-se também a insuficiência da autonomia privada para abarcar as diversas hipóteses de realização da dignidade humana pelos sujeitos em relações negociais, quando desprovidas de valor patrimonial, mas embebidas de valor existencial.

Diante desse panorama, há a necessidade de ressignificação do termo, a fim de que as novas relações sociais sejam devidamente abrangidas, transformando-se, de autonomia privada, em autodeterminação (PONA, 2015, p. 145-146), novo

fundamento para que se tutelem situações envolvidas nos conflitos avistados hodiernamente.

Autodeterminação⁹⁰ significa, em síntese, a qualidade de “uma pessoa autônoma que define as regras que vão reger sua vida” (BARROSO, 2016, p. 81). Desta forma, atualmente, entende-se o princípio da liberdade como o livre exercício da vida privada, pelo qual se permite ao indivíduo bem escolher e determinar sua vida seguindo seus próprios desejos⁹¹ (MORAES, 2010, p. 134).

A autodeterminação dos indivíduos e a satisfação das necessidades individuais, que representam o resguardo de sua dignidade, significam, desta forma, a própria realização do indivíduo como ser humano.

Conforme os recortes apresentados, o objetivo fundamental da liberdade é o objetivo que possa ser buscado pelo indivíduo na vida privada. Não é um objetivo coletivo o que se apresenta em um primeiro momento, mas ele também deve ser observado, razão pela qual a autonomia da vontade transformou-se em autonomia privada. Cabe ao poder do Estado viabilizar uma estrutura que permita a cada membro dessa sociedade perseguir objetivos pessoais, a fim de se garantir a eles existência digna.

Porém, como já afirmado, a dignidade da pessoa humana não se basta apenas em um conteúdo, devendo sempre ser compreendida em sua totalidade, ou seja, verificar-se-á a liberdade em sua convivência com o valor intrínseco do ser humano e o seu necessário tratamento igualitário, bem como com o conteúdo solidário que se analisará em seguida.

⁹⁰ Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona (2013, p. 202) consideram a autodeterminação como: “a capacidade de regulamentar o indivíduo um campo particular e tão íntimo que não se pode cogitar da interferência estatal a impor limitações, mormente por referir-se somente ao indivíduo e não a terceiros, posto que reconhecido hoje o pluralismo dos estilos de vida. Ainda que o Estado não adote como regra a total liberdade de conduta do indivíduo, reconhecer sua capacidade de autodeterminação impõe, necessariamente, a observância de suas escolhas.”.

⁹¹ Como exemplos de situações que lesionam o princípio da liberdade e culminam em violação da própria dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 135) menciona: “Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir desde a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador e outros exames em geral, como, por exemplo, a submissão ao chamado “bafômetro”, ou ainda a impossibilidade de não receber tratamento médico por motivos religiosos, até a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, dos chamados “dados sensíveis”, ou o rigor excessivo no exercício da autoridade parental (de outro lado, a falta absoluta de liberdade da criança ou do adolescente), a restrição à manifestação de pensamento e de crítica, a prisão ilegal e outras circunstâncias semelhantes que, embora também presentes no direito civil, têm sido mais tuteladas pelo direito penal, tais como o cárcere privado, a violência sexual – dentro ou fora do casamento –, a falsa denúncia.”.

1.3.4 Solidariedade

Já foram esmiuçados três dos quatro elementos que compõem o significado do princípio da dignidade da pessoa humana adotado por este trabalho: o valor intrínseco do ser humano, a igualdade (formal e substancial) e a liberdade. A solidariedade se impõe como o último elemento a ser delineado⁹².

Importa, antes de se explicitar a solidariedade em si, apontar algumas conexões entre ela e os demais conteúdos da dignidade da pessoa humana, vez que “a convivência social e jurídica com os valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade estimula um conjunto de condutas que realizam um valor superior: o valor da dignidade da pessoa humana” (KEMPFER, 2005, p. 63).

Em outras palavras, a dignidade humana se apresenta de maneira completa quando todos os seus elementos coexistem de forma harmônica nas relações sociais: o ser humano, detentor de valor intrínseco, é livre para atuar conforme bem entender com o objetivo de se autodeterminar, desde que seja solidário com os outros indivíduos, reconhecendo neles igual valor, assim “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, 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” (MORAES, 2010, p. 138).

Também relacionando a solidariedade à dignidade humana, Paulo Otero (2012, p.45), em explicação contundente, afirma que “a solidariedade é, afinal, o nome da dignidade humana em sociedade. A dignidade de cada ser humano nunca será perfeita se ao seu redor existirem seres humanos que vivem sem dignidade.”.

Premissa para o desenvolvimento do ser humano como tal é o seu convívio com seus semelhantes. E é por isso que se traduzem como imprescindíveis à dignidade os elementos de igualdade e solidariedade ao lado da liberdade. É a solidariedade, aliás, o elemento capaz de viabilizar a existência dos outros dois preceitos que não são intrínsecos ao ser humano – a igualdade e a liberdade –, o

⁹² Este último conteúdo da dignidade da pessoa humana também é abordado por Luis Roberto Barroso no estudo em que se objetiva construir um conceito jurídico da dignidade humana no direito constitucional contemporâneo. Na obra, o autor conceitua esse elemento como valor comunitário, pelo qual se verifica a ligação das relações individuais com as sociais, estas, de igual modo, devem ser compreendidas como destinatárias de dignidade. Nesse aspecto, a dignidade se apresenta como instrumento apto a promover objetivos como a proteção do indivíduo contra atos autorreferentes, a proteção de direitos de terceiros e também a proteção de valores sociais, como a solidariedade (BARROSO, 2010, p. 28).

que possibilita a coexistência entre os três, a fim de promover a própria dignidade da pessoa humana. Isso porque as condutas adotadas, unidas por valores solidários, acarretam a realização de condutas igualitárias que, por sua vez, permitem que a liberdade individual não seja exercida de forma a constringer a dignidade de ninguém.

Em síntese, “a solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social” (COMPARATO, 2015, p. 79).

Agir com solidariedade⁹³ conserva vários significados. Ser solidário inspira ações que infligem valores de cooperação, proteção, reciprocidade, mutualidade, integração, cuidado, defesa, amparo, etc., é o “atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto realizar, por meio da ajuda ao próximo.” (AVELINO, 2005, p. 250).

A solidariedade, identicamente aos princípios de igualdade e de liberdade, figurou como pilar da Revolução Francesa, denominado, naquele momento, de fraternidade. No entanto, diante dos anseios advindos da política liberal-burguesa instituída na época, apenas a liberdade individual e a igualdade formal se estabeleceram, deixando adormecidas as condutas fraternais. O discurso solidarista tomou força na medida em que os sistemas democráticos de direitos foram sendo instituídos, correspondendo, atualmente “a uma nova forma jurídico-política” (FARIAS, 1998, p. 187).

O Estado Democrático Brasileiro de Direito tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e a solidariedade social e apresenta como meta principal a redução das desigualdades sociais e regionais, com o intuito de corrigir as desigualdades existentes entre as regiões do país,

⁹³ Para Claudia Lima Marques (2010, p. 176) “Solidariedade é vínculo recíproco em um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é relação de responsabilidade, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio do caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmos*) e o interesse centrado no outro (*altruísmos*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo. A grande narrativa do Direito Civil moderno era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno Direito Privado.”

possibilitando, com isso, a concretização dos princípios fundamentais acima mencionados (MORAES, 2010, p. 136).

Nesse sentido proclama a Constituição Federal de 1988 (art. 3º, inciso I), ancorando como objetivo⁹⁴ fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, esculpindo princípio da liberdade; justa, consolidando as igualdades substancial, fundada na justiça material, e a formal, repousada na justiça formal; e solidária, materializando o princípio da solidariedade. Nesta senda, tanto as ações públicas quanto as ações privadas deverão almejar, além dos ideais libertários e igualitários, os ideais solidários insculpidos no objetivo fundamental da ordem constitucional brasileira.

A solidariedade vigora como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, tal colocação vem a significar que ela, dona desta qualidade, deve ser concretizada. Ademais, é solidariedade que reconhece os direitos sociais como essenciais para a vida digna daqueles que não possuem recursos próprios para custear matérias básicas como saúde, moradia e educação, com o objetivo de que se promova o amparo e proteção do ser humano (COMPARATO, 2015, p. 79).

No contexto da concretização do princípio da solidariedade, Claudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 129) retrata duas atuações. O primeiro contorno corresponde à sua necessária presença em quaisquer relações jurídicas, sejam elas entre partes paritárias ou não, com o objetivo de assegurar a igualdade material entre elas, o que culmina em negociações justas. Em sua segunda atuação, o princípio solidário impõe a realização de uma justiça distributiva, fomentando o acesso a bens e serviços⁹⁵.

Na esfera privada, a adoção da solidariedade social como princípio fundamental impôs o abandono da visão individualista que era garantida aos atores civis. Essa transformação da perspectiva egoísta para a solidária culminou na própria alteração do direito civil, voltado, agora, não somente para possibilitar a realização de interesses patrimoniais e existenciais dos indivíduos, mas, igualmente, com a pretensão de, atuando à luz do princípio constitucional da solidariedade – e

⁹⁴ “Os objetivos e finalidades do Estado, constitucionalmente consagrados, são a representação jurídica do sentido da solidariedade social ao ensejar a integração e o sentimento de pertença, de que provém a necessidade de superação da separação entre sociedade e Estado” (CARVALHO, 2013, p. 77).

⁹⁵ Não importa para a comprovação da hipótese levantada nessa pesquisa a análise das diversas políticas públicas implementadas pelo Estado ou que se tenha interesse de implementar com o fundamento do princípio da solidariedade.

da dignidade humana⁹⁶, “querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social” (MORAES, 2001, p. 185).

O contrato interprivado é uma relação jurídica subjetiva destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais e tem como núcleo a solidariedade constitucional. Ou seja, conforme visualizado hodiernamente, o contrato consiste em uma relação complexa solidária (NALIN, 2008, p. 253). Não à toa se obriga aos proprietários promover a função social dos seus bens⁹⁷ e, de igual modo, se limita a liberdade dos contratantes em razão da imprescindível observância à função social do contrato⁹⁸.

Desse modo, iluminadas pelo princípio constitucional da solidariedade, todas as relações negociais devem ser realizadas de modo cooperativo, agindo com especial cuidado com aquele com quem contrata, bem como evitar que recaiam sobre terceiros possíveis danos sobrevindos do negócio.

⁹⁶ Assim, “passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social.” (FACHIN, 2012, p. 15).

⁹⁷ CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

⁹⁸ CC. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Almeja-se, neste segundo capítulo, demonstrar a relevância da boa-fé como princípio no âmbito do direito negocial. Para tanto, por meio de revisão bibliográfica pertinente, bem como mediante a análise de leis e diretrizes interpretativas nacionais e internacionais, serão apresentadas notícias históricas acerca da boa-fé, percorrendo-a em sua atuação desde a gênese até o tratamento contemporâneo que lhe é dado.

Nas considerações preliminares sobre o objeto em estudo, a boa-fé será decomposta nas modalidades subjetiva e objetiva. Considerar-se-á subjetiva aquela ligada ao íntimo do sujeito, àquilo que ele acredita ser bom, ético, correto. Em sua vertente objetiva, estará de boa-fé quem exteriorizar, por meio da adoção de condutas objetivas, esses sentimentos.

Ao fim e ao cabo, analisar-se-ão as funções decorrentes da boa-fé objetiva: a) função interpretativa, pela qual ela é utilizada como concreção e interpretação dos contratos; b) função limitadora, limitante do exercício dos direitos subjetivos dos contratantes; e c) função criadora, pela qual a boa-fé objetiva servirá como fonte de onde se originam deveres especiais de comportamento durante o vínculo contratual, os chamados deveres de conduta.

2.1 NOÇÃO HISTÓRICA DA BOA-FÉ

A boa-fé, desde seu reconhecimento, tem sido objeto de análise doutrinária. O principal intuito reside na averiguação de seu conteúdo e de seus meios de concretização. Postulado ético, ela sofreu, sofre, e sofrerá inúmeras alterações na esteira dos anos, vez que a ética⁹⁹ se altera juntamente com a mutação das épocas e espaços sociais, razão pela qual, ainda que amplamente estudado, e difundido o conceito de boa-fé, seu conteúdo, suas funções e irradiações e a sua aplicação na práxis social, tem lugar a sua apreciação no ambiente negocial hoje esculpido¹⁰⁰.

Pretende-se, neste momento inicial, a fim de proporcionar a base para a resolução da problemática apresentada nesta pesquisa, consistente na possibilidade

⁹⁹ Entendida, por Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1986, p. 151), como modo de atuar universal.

¹⁰⁰ O recorte metodológico utilizado neste texto exclui de sua apreciação a atuação da boa-fé em outras searas além da negocial. Opta-se pela abordagem da boa-fé materializada principalmente no contrato, espécie do gênero negócio jurídico.

de a boa-fé concretizar a dignidade humana nas relações negociais, expor um breve histórico desse princípio, apresentando a sua etimologia, origem, notícia sobre sua aparição em codificações alienígenas, notadamente nas legislações civis alemã, francesa, italiana, portuguesa, espanhola, chilena e argentina, bem como a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Analisando sua etimologia, tem-se que a boa-fé possui raiz na palavra grega *fides*, que significa “hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos”, “representando a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações de homens honrados” (MARQUES, 2006, p. 79).

Geralmente, a gênese da boa-fé está associada ao direito romano, para o qual a sua função incidia na exigência de um comportamento honesto das partes negociantes. É quando tiveram origem os *iudicia bonae fidei*, traduzidos como procedimentos realizados perante o juiz, que proferia sentença com fundamento na boa-fé em todas as situações em que havia lacuna na legislação, decidindo de acordo com o caso concreto (ROSENVALD, 2005, p. 75).

A noção de boa-fé, contudo, foi alterada. Viu-se transformada em cláusula geral cuja abrangência compreende todo o ambiente contratual, podendo, no entanto, perceber-se certa semelhança entre a boa-fé objetiva primada em cláusula geral e os *iudicia bonae fidei*, consistindo a aproximação na possibilidade de atuação do magistrado, aludindo à boa-fé, na resolução dos casos concretos (ROSENVALD, 2005, p. 76).

Também observada no pensamento jurídico da religião, consubstanciada na ausência de pecado, a boa-fé ressalta os valores cristãos. Neste ambiente, “A boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização da lei divina.” (CORDEIRO, 1984, p. 153-154).

A sua aparição em ambiente jurídico codificado é visualizada em 1804, no Código Civil francês – o Código Napoleônico. Concebida pelo art. 1.134¹⁰¹, a boa-fé obriga as partes a realizarem suas negociações em conformidade com os preceitos éticos que a compõem. No entanto, perante o ambiente e época em que foi positivada, no auge do liberalismo no qual vigorava o dogma da autonomia da vontade, esculpida pelos ideais da Revolução Francesa de liberdade e igualdade,

¹⁰¹ Art. 1.134. *Les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

esqueceu-se da fraternidade. Especial atenção era dada à primeira parte do referido dispositivo “*Les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”, exacerbando a força obrigatória do negócio realizado, deixando a boa-fé em segundo plano de relevância, engolida pela liberdade ilimitada e pela igualdade formal (ROSENVALD, 2005, p. 77).

No entanto, a boa-fé também está presente na regra contida no art. 1.104¹⁰² do Código Napoleão, exercendo forte influência nas codificações vindouras, cujo conteúdo era traduzido na obrigação da observância, como também na intenção de aplicação de condutas, da boa-fé na negociação, formação e execução do contrato. Mas a relevância do dispositivo consiste, principalmente, na consolidação da boa-fé como “*disposition est d'ordre public*”¹⁰³.

A potencialidade fraternalista e solidária da boa-fé encontrou lugar no direito alemão, em 1900, no qual há a vinculação do devedor à realização da prestação do negócio de acordo com as exigências da boa-fé, considerando os costumes do tráfico. É a regra estabelecida no art. 242¹⁰⁴ do Código Civil alemão (BGB). Foi por trabalho da doutrina germânica, especialmente nos ambientes pós-guerras, que a boa-fé se traduziu em juízos de valor e, principalmente, em fonte independente de direito e obrigações (SCHREIBER, 2005, p. 1). Outro dispositivo do BGB que merece apreciação diz respeito ao art. 157¹⁰⁵, pelo qual a função interpretativa da boa-fé é positivada.

Essa expansão da noção de boa-fé também é constatada na codificação civil de outros países do Continente Europeu, tais como Itália, Portugal e Espanha (LEWICKI, 2000, p. 62). E nos códigos da América do Sul, como os do Chile e Argentina.

No diploma civil espanhol de 1889, surge a boa-fé como regra que deve conduzir o exercício dos direitos¹⁰⁶, bem como norma pela qual se exige das partes que, além do cumprimento do que foi acordado de maneira expressa por elas, se

¹⁰² Article 1104 Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

¹⁰³ Disposição de ordem pública. Tradução livre.

¹⁰⁴ Section 242 Performance in good faith An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

¹⁰⁵ Section 157 Interpretation of contracts Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration.

¹⁰⁶ Artículo 7. 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

cumpram também em conformidade com a boa-fé, o uso e a lei, as consequências que do acordo resvalem¹⁰⁷.

A boa-fé também é ressaltada no Código Civil italiano de 1942. O documento traz regras segundo as quais se postula a consideração da boa-fé nas obrigações, em seus diversos momentos: em sua formação, em seu desenvolvimento, em sua interpretação¹⁰⁸. Essa mesma referência às funções da boa-fé é feita em dispositivos do Código Civil português, de 1966, relevantemente destacado em razão da introdução da possibilidade de responsabilização civil pelo descumprimento dos preceitos exigidos¹⁰⁹ pela boa-fé¹¹⁰.

O Código Civil chileno também apresenta a boa-fé como elemento essencial no cumprimento dos contratos no art. 1.545¹¹¹, alertando que essa exigência não apenas se aplica às cláusulas contratuais, mas do mesmo modo àquilo que delas emana. Por fim, o princípio negocial figura no recente Código Civil argentino, de 2015, sobretudo no art. 961¹¹², com as funções interpretativa e integrativa.

No ambiente nacional, a boa-fé apareceu timidamente no Código Civil de 1916, apenas para figurar em situações de subjetividade, nas quais a baliza ética a conduzir as partes em suas relações era meramente psíquica. Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor que ela encontrou espaço para proliferar. A Lei de 1990¹¹³ concebeu a boa-fé como princípio a permear todas as relações consumeristas.

¹⁰⁷ *Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

¹⁰⁸ *São as regras observadas nos artigos 1.337 e 1.336 do CC italiano, colacionados a seguir: Art. 1.337. Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208); e Art. 1.366. Art. 1366 Interpretazione di buona fede. Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1337, 1371, 1375).*

¹⁰⁹ Preceitos firmados na conduta ética, honesta, reta, proba.

¹¹⁰ Artigo 227º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º.

¹¹¹ *Art. 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.*

¹¹² *Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

¹¹³ 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

Por fim, menciona-se a atuação da boa-fé no Código Civil de 2002, diploma que promove a observância da boa-fé em 55 dispositivos que contemplam diversas matérias como posse, propriedade, seguro, tutela, pagamento, casamento, etc.

No entanto, a sua maior edificação em relação ao objeto aqui estudado foi a positivação em sua vertente objetiva, como cláusula geral que visa à regulação de condutas, observadas especialmente nos arts. 113¹¹⁴, 187¹¹⁵ e 422¹¹⁶, que serão tratados de maneira detalhada nos itens 2.3.1, 2.3.2 e 2.3.3, respectivamente.

2.2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A BOA-FÉ

A incorporação do escopo ético da boa-fé nas legislações teve como consequência o nascimento de relações negociais saudáveis, nas quais se passou a considerar os contratantes como partes colaboradoras para a consecução de um mesmo fim desejado pelos negociantes, e não mais como polos antagônicos de uma negociação. Ainda que tenha sido um caminho árduo para a sua concretização de maneira eficaz na vida dos negócios jurídicos, hoje todas as relações negociais devem ser iluminadas pelos ditames da boa fé.

Cogita-se com estas considerações sobre a boa-fé, apresentá-la em suas vertentes subjetiva e objetiva, examinando-a em suas particularidades e em seu desenvolvimento no direito brasileiro, bem como identificar as diferenças existentes entre as suas espécies.

As cláusulas gerais¹¹⁷ de boa-fé presentes no Código Civil de 2002 representam possivelmente as de maior extensão e aplicabilidade na práxis. Em

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; e, 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.

¹¹⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹¹⁷ Cláusulas gerais, de acordo com Francisco Amaral (2014, p. 90) “são enunciados jurídicos de conteúdo variável, noções indeterminadas a precisar pelo juiz em cada caso.”.

razão da cláusula geral constante no art.113 do CC, a boa-fé é idealizada como instrumento interpretativo de todos os negócios jurídicos entabulados. Similarmente ocorre com a cláusula geral do art. 187, segundo a qual quem exerce seus direitos subjetivos, excedendo manifestamente os limites impostos pela boa-fé, comete ato ilícito, podendo em vista disso, ser civilmente responsabilizado (art. 927¹¹⁸ do CC). Além dessas, encontra-se ainda a cláusula geral que obriga os contratantes a guardar os princípios da probidade e boa-fé nas etapas de realização do contrato, constante no art. 422 do CC. Com isso, “pode-se retirar a conclusão de que a boa-fé é um princípio fundamental no direito das obrigações, que comanda sempre as actuações das partes.” (ASCENSÃO, 2003, p. 177).

No entanto, a própria elasticidade das cláusulas gerais em que a boa-fé figura como protagonista revela o seu maior inconveniente, em razão de seu âmbito de atuação vastíssimo, qual seja, a sua utilização demasiada em hipóteses fáticas pode ensejar sua desvalorização pela incongruência da aplicação ao caso concreto. Isso porque o teor ético da boa-fé objetiva pode ser visualizado tanto como virtude quanto como origem de sua fragilidade (SCHREIBER, 2005, p.5), vez que a amplitude deste componente ético, consolidado na positivação de uma cláusula geral – também arquitetada com a intenção de permitir amplitude em sua interpretação, alcance e aplicação –, tende a propiciar dificuldade em sua apreciação de maneira concreta.

Tal fato, alegoricamente, pode ser observado pela ideia de que em uma casa bem grande, aparentemente, se pode receber muitas visitas. Contudo, não é possível convidar mais pessoas do que o ambiente comporta, porque alguns indivíduos não poderão ser abrigados pela casa, ainda que diante de sua grandeza.

É a mesma noção que se deve ter na aplicação das cláusulas gerais da boa-fé, eis que não serão em todos os ambientes que elas terão fundamento. Como qualquer princípio, caso ela seja invocada como salvadora de todas as contendas negociais, acabará sendo convertida a um conceito vazio, deixando de alcançar, desta forma, a “consecução daqueles fins que cientificamente lhes são próprios” (SCHREIBER, 2005, p. 6), ou seja, às causas a que deveria ser meio para interpretação, limitação de direitos subjetivos, ou atuando na integração das cláusulas formadoras do negócio jurídico, de modo que a própria ilimitação do

¹¹⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

princípio “descaracteriza-o de tal modo que impossibilita o retirar de quaisquer soluções reais” (CORDEIRO, 1984, p. 402-403). Vale dizer: a utilização da boa-fé ao bel prazer pelos operadores do direito, em casos em que ela não teria lugar, desvaloriza o princípio.

A boa-fé é apresentada em suas vertentes, a subjetiva e a objetiva. O estudo das espécies é de fundamental relevância em razão de sua concretização no mundo negocial. É o que se fará a seguir.

A primeira aparição da boa-fé no direito pátrio ocorreu na codificação de 1916, que a acolheu na vertente subjetiva. Nesse passo, o conceito de boa-fé nela presente, notadamente na questão dos efeitos da posse (interditos, usucapião, frutos, benfeitorias etc), vem expresso como ausência de dolo, ou, mais acertadamente, como sinônimo de ignorância (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 243). A boa-fé subjetiva, portanto, deve ser vista como o contraponto do dolo, entendido este como a malícia, o ardil ou a intenção de provocar um dano (XAVIER, 2006, p. 37).

Nessa acepção, a boa-fé está ligada ao íntimo pessoal, àquilo em que a pessoa acredita ser bom, ético, saudável. É um verdadeiro “estado de consciência do agente” (ASCENSÃO, 2003, p. 178), que diz respeito “a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito” (NORONHA, 1994, p. 132), pelo qual a pessoa “possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência.” (ROSEVALD, 2005, p. 79).

Essa modalidade de boa-fé é verificada no Código Civil de 2002, principalmente nas disposições acerca da classificação da posse, como é possível se verificar nos arts. 1.201¹¹⁹, 1.214¹²⁰ e 1.219¹²¹, em que se observa a boa-fé como constatação da ignorância do possuidor a respeito da ausência de defeitos na posse que exerce. Ainda subsiste a boa-fé subjetiva em relação ao casamento putativo, pelo qual o contraente do matrimônio desconhece a invalidade do casamento em

¹¹⁹ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

¹²⁰ Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

¹²¹ Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

razão da atuação do outro contraente, visualizado no art. 1.561¹²² do CC (ROSENVALD, 2005, p. 79).

Permanecendo na temática da subjetividade da boa-fé, discute-se se ela é psicológica ou ética. As duas possibilidades podem ser conferidas. Por um lado, quando a lei se contentar com o mero desconhecimento do agente, como nos exemplos dados acima a respeito da posse no Código Civil brasileiro, será psicológica. Por outro lado, a boa-fé subjetiva será ética quando, além do desconhecimento mencionado, houver a exigência pelo legislador de que a ignorância não possa ser reprovada, ou seja, que se desconheça sem culpa (ASCENSÃO, 2003, p. 179).

A boa-fé em sua acepção subjetiva leva em consideração os dados internos do negociante, isto é, verifica apenas o “estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança.” (AZEVEDO, 2003, p. 11), ainda que tal segurança jamais se traduza em cláusulas concretas de um contrato.

Fenômeno distinto da boa-fé subjetiva é o da acepção objetiva¹²³, cuja introdução no Brasil foi incorporada no direito positivo por meio da codificação consumerista, em 1990. O diploma legal fez alusão à boa-fé afirmando-a como princípio da política nacional do consumo, estipulando a sua observação nas operações realizadas entre os partícipes das relações de consumo, quais sejam, o fornecedor e o consumidor (SCHREIBER, 2005, p. 9).

Nesta contenda, a boa-fé objetiva é tomada como um *standard* de conduta, um modelo de comportamento que os negociantes devem adotar antes, durante e após a negociação (MARTINS-COSTA, 1999, p. 124), comportamento esse “caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte” (ROSENVALD, 2005, p. 80).

É nesta versão objetiva que a boa-fé se faz notar de maneira concreta. Isso porque deve ultrapassar as fronteiras internas e psicológicas do agente e saltar em direção às atitudes realizadas. Deve ser vista a olho nu nos dispositivos contratuais, vez que a boa-fé comportamento não leva em conta a intenção do agente, seu

¹²² Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

¹²³ Também denominada boa-fé princípio, boa-fé comportamento.

propósito ou motivação, o que vale dizer que em seu conceito não ingressam fatores psíquicos.

Com efeito, a dinâmica da pós-modernidade exige dos contratantes comportamento como o do *bonus pater familiae* romano, consistente com uma conduta irrepreensível, cautelosa e pautada pelo zelo. Assim como o pai, ao agir em prol da família, cerca-se de todos os cuidados possíveis, também o contratante deve agir, evitando, com isso, qualquer possibilidade do dano à contraparte.

Daí a insuficiência da boa-fé subjetiva, centrada na intenção de não causar prejuízos à outra parte, e a necessidade de se positivar – e aplicar – a boa-fé objetiva, concebida na demonstração de atitudes que revelem esta intenção concretamente (TARTUCE, 2005, p.89).

Em sua concepção objetiva, a boa-fé é avaliada como um critério normativo que valora condutas, exprimindo regras ou padrões objetivos de comportamento (ASCENSÃO, 2003, p. 178). A sua investigação não aborda do estado psicológico do agente, mas sim as atitudes por ele realizadas. Seu exame é, portanto, efetivado externamente, por meio do qual a “aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção.” (ROSENVALD, 2005, p. 81) e ela se exhibe 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.” (REALE, 2003).

Em relação ao momento de observação do princípio da boa-fé objetiva na seara negocial, é pacífico o entendimento de que ele deve ser observado em todas as etapas do contrato, devendo ser aplicável nas tratativas negociais, na execução do negócio, bem como após a sua extinção. Melhor dizendo, “para fins do princípio da boa-fé objetiva, são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato.” (LÔBO, 2011, p. 74).

O princípio da boa-fé atinge três direções: tem consequências para o devedor, no sentido de que ele cumpra a sua obrigação de maneira a satisfazer o que o credor razoavelmente dele espera; apresenta, no mesmo caminho, implicações para o credor, que deve atender às expectativas confiantes depositadas nele pelo devedor; e, ainda, a todos que possam ser atingidos pela relação negocial entabulada pelas partes, com o intuito de exigir deles uma conduta honrada (LARENZ, 1958, p. 148).

Com a abrangência a quem é dirigida como norma de conduta, é que se apresenta a boa-fé princípio, que foi conduzida ao direito positivo como cláusula geral de interpretação na realização do direito (art. 113 do CC), como cláusula geral de limitação ao exercício dos direitos subjetivos (art. 187 do CC) e, ainda, como cláusula geral integradora dos negócios jurídicos (art. 422 do CC), denominadas por Judith Martins-Costa (2002, p. 199) como os três setores de operação da boa-fé: “função de otimização do comportamento contratual”, “função de limite no exercício dos direitos subjetivos” e “função de reequilíbrio do contrato”.

Grande dissenso acerca do princípio da boa-fé reside na sua concretude. É de se notar que a sua valoração deve observar todas as circunstâncias do caso concreto, que carecerá de contemplação em todas as suas especificidades. Não poderá o operador do direito, ao se deparar com as circunstâncias do caso em questão, valer-se da boa-fé fundamentando-a em critérios de equidade ou sentimento de justiça, mas sim avaliar a relação existente entre as partes, atendo-se às nuances e particularidades do vínculo jurídico – já que a boa-fé é justificada de maneira sistemática –, possibilitando a enunciação de comportamentos concretos atrelados aos seus preceitos. No entanto, é possível que não haja o liame jurídico entre as partes no caso real, como acontece, por exemplo, quando as consequências de algum negócio jurídico ultrapassam a esfera dos negociantes, atingindo terceiros, casos em que a apreciação pelo magistrado deverá afixar-se ao respeito aos bons costumes (LARENZ, 1958, p. 143-144)¹²⁴.

Nelson Rosenvald (2005, p.85) assevera que a concreção da boa-fé princípio como modelo jurídico foi originada por meio da atividade dos magistrados consolidada na jurisprudência, já que a gênese desta acepção foi avistada no direito brasileiro como modelo dogmático. A ocorrência deste fato deriva do exercício da performance das próprias funções da boa-fé objetiva, aplicadas ao caso concreto

¹²⁴ A respeito da necessidade do afastamento da boa-fé objetiva da equidade e dos bons costumes, segue a explicação de Nelson Rosenvald (2005, p. 82-83): “Por isso devemos apartar a boa-fé das noções de equidade e bons costumes. O princípio da boa-fé é justificado sistematicamente, sendo capaz de enunciar comportamentos concretos. Por outro turno, a equidade ignora regras técnicas e instrumentais, pois apela a “sentimentos jurídicos”, tratando-se de um princípio que permite ao aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, aproximando o direito à ideia de justiça. Comparativamente aos bons costumes, os requisitos da boa-fé são mais rígidos, pressupondo uma especial confiança entre as pessoas que intervêm na relação jurídica concreta. Já os bons costumes remetem a algo exterior ao direito e limitativo à autonomia privada, já que, ao contrário da boa-fé, ela não prescreve comportamentos, mas prescreve condutas ofensivas à moral média. Enfim, nem toda infração à boa-fé é contrária aos bons costumes, mas a recíproca não é verdadeira, pois toda conduta imoral representa uma ofensa à boa-fé.”.

pelo julgador, as quais funcionam, em suma, “como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção”.

Para desvendar se a boa-fé objetiva se apresenta ou não em determinado caso concreto, portanto, basta que se analise se as partes, em suas condutas negociais, agiram de acordo com o padrão de correção e honestidade esperado pela sociedade no espaço e momento em que foram concebidas. Se os comportamentos se adequarem ao padrão esperado, a boa-fé objetiva está manifesta. Em caso negativo, não houve espaço para a boa-fé neste acordo de vontades.

Constatou-se neste item a divisão da boa-fé em duas acepções. Não se tira a importância da boa-fé subjetiva, limitada pela intenção do agente em não causar prejuízo à outra parte, descrita essencialmente pelo Código Beviláqua – e ainda presente em diversos dispositivos do Código Civil vigente –, mas se estima a relevância da boa-fé em seu sentido objetivo, como regradora de um padrão de conduta honesto e confiante, apto a concretizar aquela intenção de não lesar, para as partes negociantes e terceiros que sejam atingidos pelos (ou que atinjam) fins negociais.

2.3 FUNÇÕES DA BOA-FÉ

Até agora se têm um breve panorama histórico e a análise das modalidades da boa-fé, notadamente no que tange à sua bipartição em subjetiva e objetiva. Ressaltaram-se as características de subjetividade do agente na atuação da boa-fé em sua vertente subjetiva, na qual se consideram apenas os seus dados internos para a constatação do preceito ético da boa-fé. Igualmente, foi apresentada a boa-fé em sua concepção objetiva, momento em que se evidenciou a sua qualidade de impor aos negociantes um padrão de conduta em acordo com a eticidade que a compõe, demonstrando a sua particularidade de ser concretizada fora do contexto inferido pela intenção da parte em não causar prejuízo ao outro, mas sim em contexto externo, devendo a boa-fé princípio ser materializada em condutas.

Nesse panorama, a concepção da boa-fé que importa de fato para a concretização de condutas éticas na prática comercial é a objetiva. E é por esta razão

que o desafio deste subcapítulo consiste em examinar suas especificidades, apresentadas por meio da análise de suas funções.

Convém dizer que é em razão da aplicação das funções da boa-fé que ela se concretiza, já que são elas os ambientes sólidos pelos quais se pode visualizar a aparição das regras de retidão impostas aos agentes negociantes. Quer dizer: os espaços ocupados pela boa-fé objetiva nas relações negociais são demarcados por suas funções, que vêm decompostas em função de interpretação (art. 113 do CC), função de limitação de exercício dos direitos subjetivos (art. 187 do CC) e função de integração ou de criação de deveres de conduta (art. 422 do CC) (MARTINS-COSTA 2002, p. 199).

A boa-fé objetiva opera por meio de sua função interpretativa¹²⁵ com o intuito de otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico (ROSENVALD, 2005, p. 86). Pode-se dizer que a norma contida no art. 113 do CC é imperativa no sentido de condicionar o magistrado, ao ponderar a relação obrigacional que lhe foi incumbida, à interpretação de acordo com as exigências da boa-fé.

No plano de atuação por meio da função de limitação de exercício dos direitos subjetivos¹²⁶, a boa-fé se materializa estabelecendo a determinação de que aquele que excede os seus fundamentos éticos e jurídicos no exercício dos direitos subjetivos (abuso de direito), comete ato ilícito. Na análise do caso que lhe for submetido à apreciação, o magistrado, verificando esse episódio, “poderá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta.” (WIEACKER, 1976, p. 72).

Menciona-se, por fim, a função de integração ou de criação de deveres de conduta¹²⁷, positivada no art. 422, pela qual as partes devem conservar, em todas as etapas da negociação (pré, durante e pós), o princípio da boa-fé. É desta função que sobressaem os valores de proteção, lealdade e esclarecimento com o parceiro negocial.

¹²⁵ Esta função será objeto de estudo do item 2.3.1.

¹²⁶ O estudo pormenorizado desta função será realizado no item 2.3.2, no qual serão abordadas as categorias de exercícios abusivos dos direitos subjetivos, divididas em: a) desleal exercício de direitos; b) desleal não-exercício de direitos e c) desleal constituição de direitos.

¹²⁷ Objeto de estudo do item 2.3.3, no qual serão analisados os deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, quais sejam: a) proteção; b) lealdade; e c) esclarecimento.

2.3.1 Função Interpretativa

A primeira função da boa-fé objetiva, seguindo a linha topológica traçada pelo legislador civilista brasileiro, é a função interpretativa, disposta no art. 113¹²⁸, pela qual a interpretação das relações negociais levadas à apreciação pelo magistrado deverá se ater aos ditames da boa-fé.

Em ambientes alienígenas, também se encontra assentada a função de interpretação conforme a boa-fé. No Código Civil alemão, está positivada no art. 157¹²⁹, sendo verificada pela ordem de que os contratos devem ser interpretados como exigido pela boa-fé, tendo em consideração a prática habitual. A atuação do legislador civilista italiano consagrou a necessidade de interpretar os contratos em conformidade com a boa-fé em seu art. 1.366¹³⁰. O art. 239¹³¹ do Código Civil português também ressalta a interpretação de acordo com a boa-fé, mencionando sua atuação supletiva, pela qual, na falta de disposição especial, a declaração deve ser integrada de forma harmônica com a vontade das partes, em caso de omissão de previsão contratual de alguma situação ou de acordo com os ditames da boa-fé. Por fim, alude-se ao Código Civil argentino, que faz menção à interpretação conforme os preceitos da boa-fé nos arts. 961¹³² e 1.061¹³³.

Considerando a função de interpretação do negócio jurídico em consonância com os preceitos da boa-fé objetiva, as cláusulas definidas pelos negociantes deverão ser interpretadas de modo a compatibilizar-se com os princípios do ordenamento jurídico em geral, com o objetivo de se proceder uma interpretação unitária¹³⁴. A interpretação sistemática em consonância com os fundamentos

¹²⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹²⁹ *Section 157 Interpretation of contracts. Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration.*

¹³⁰ *Art. 1366 Interpretazione di buona fede. Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1337, 1371, 1375).*

¹³¹ Art. 239º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

¹³² *Art. 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

¹³³ *Art. 1.061.- Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.*

¹³⁴ Neste sentido, coleciona-se o Acórdão do Tribunal de São Paulo: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TESTAMENTO. I. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Controvérsia limitada à produção de prova documental. Juiz que é o destinatário da prova e verifica a pertinência

constitucionais e todos os demais sistemas jurídicos, a fim de que se concretize uma interpretação unitária, foi tema das discussões realizadas na I Jornada de Direito Civil, da qual se originou o Enunciado 27: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.”.

Além disso, na V Jornada de Direito Civil o art. 113 também foi objeto de apreciação, acrescentando-se à função interpretativa conforme a boa-fé outros critérios, impondo a necessidade de interpretar o negócio observando “as práticas habitualmente adotadas entre as partes”, conforme Enunciado 409¹³⁵, e, também em relação à interpretação dos contratos coligados, que devem ser interpretados “segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional”, de acordo com o Enunciado 421¹³⁶.

Importa mencionar que a função de interpretação em respeito à boa-fé e à confiança dos interessados demanda atenção às intenções declaradas nas cláusulas contratuais e não às intenções internas dos autores (ESPÍNOLA, 1929, p. 186), vez que se atende aos preceitos da boa-fé em sua acepção objetiva, e não subjetiva.

Isso porque a teoria da vontade aprecia exclusivamente o prisma de quem declara, a sua ótica interna, enquanto o que se busca com a interpretação conforme a boa-fé objetiva se materializa na intenção comum solidificada na declaração contida no contrato, ou seja, prevalecerá a vontade aparente da relação jurídica, já que, em consonância como o que explica Nelson Rosenvald (2005, p. 89), “a vontade objetiva do negócio jurídico é a vontade posta no negócio, aproxima-se da ideia da lei, que emana da vontade subjetiva do legislador, mas posteriormente dela se desprende, objetivando-se.”.

probatória. Inteligência do artigo 130 do Código de Processo Civil, aplicável à espécie. II. Nulidade de testamento. Não caracterização. Configuração de mero erro material ao referir o beneficiário do ato de disposição como "testador" e não como "testamenteiro". Interpretação da cláusula que se adequa à intenção consubstanciada pela falecida e à boa-fé. Inteligência dos artigos 112 e 113 do Código Civil. III. Litigância de má-fé do recorrente. Simples manejo de recurso previsto em lei, sem desabrido intuito protelatório. Circunstância que não admite o reconhecimento de qualquer das hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil. SENTENÇA PRESERVADA. APELO DESPROVIDO (SÃO PAULO, 2017).

¹³⁵ V Jornada de Direito Civil - Enunciado 409: Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

¹³⁶ V Jornada de Direito Civil - Enunciado 421: Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional.

Observe-se que a função interpretativa da boa-fé objetiva, portanto, consiste na ideia de que, ao realizar a interpretação e definir a abrangência das disposições elaboradas pelas partes, o magistrado leve em consideração a intenção real e comum das partes na realização do negócio jurídico¹³⁷ em consonância com sistema jurídico, atendendo aos seus preceitos fundamentais.

2.3.2 Função Limitadora do Exercício dos Direitos Subjetivos

A segunda função da boa-fé objetiva diz respeito à limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos de que os sujeitos negociantes são titulares. Determinada pelo art. 187 do CC, esta função exerce verdadeira limitação à autonomia da vontade¹³⁸, com fundamento no dever de se agir dentro das delimitações impostas pela boa-fé.

Antes de tudo, é essencial ter presente, porque imprescindível para se compreender a figura em apreço, o exame da noção do ambiente em que atua a função limitadora, qual seja: os direitos subjetivos.

Direito subjetivo significa um poder do seu titular, a ideia de um dever a ser prestado por outra pessoa (PEREIRA, 2004, p. 36-37). Em outras palavras, quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa de uma relação jurídica, que se constrói com um sentimento de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula poder-dever: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. O autor também observa acerca dos direitos potestativos, que o ordenamento reconhece como poder-sujeição: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem. Esta situação se diferencia da anterior por não fazer nada que o titular da

¹³⁷ Dispõe o art. 112 do Código Civil: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

¹³⁸ A autonomia da vontade, de acordo com Immanuel Kant, significa: “aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma preposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar em uma crítica ao sujeito, isto é da razão pura, pois esta preposição sintética que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer à priori” (KANT, 2011, p. 85).

sujeição possa ou deva fazer, ou seja, não há dever, apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito.

O direito subjetivo se decompõe em três elementos fundamentais: o sujeito, que tem o poder de exigir, na medida em que toda vontade pressupõe um agente; o objeto, que, enquanto bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal, traduz a satisfação desse poder; e a relação ou vínculo jurídico, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal para a integração efetiva do poder da vontade, ou seja, é o meio de realização do direito subjetivo (PEREIRA, 2004, p. 39-45).

Ademais, anota-se que existem duas espécies de direito subjetivo: a) o comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, como, por exemplo, o direito de ter um nome, um domicílio, de ir e vir, de casar, trabalhar, alienar bens, etc.; e b) a de defender direitos ou proteger o direito comum da existência, ou seja, a autorização para assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma possa resistir contra a ilegalidade, fazer cessar o ato ilícito e pleitear a reparação pelo dano. Essas autorizações são permissões concedidas pelas normas jurídicas (DINIZ, 2009, p. 247).

Destaca-se, portanto, o caráter lícito e legítimo do exercício dos direitos subjetivos por seu titular, cujo limite imposto internamente ao agente é a sua própria autonomia em exercê-los ou não.

Contudo, em tempos nos quais a dogmática civilista subordina-se e caminha à luz dos preceitos constitucionais, a autonomia da vontade, apreendida, num passado em que vigiam as bases do liberalismo, como sendo a vontade livre e ilimitada pela qual os indivíduos participantes da relação jurídica poderiam atuar como bem lhes satisfizessem, cedeu lugar à autonomia privada¹³⁹, cuja vontade dos indivíduos encontra limitações externas, quais sejam, em normas de ordem pública e princípios gerais norteadores do direito. É neste espaço que surge a boa-fé com a

¹³⁹ No mesmo sentido, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona (2015, p. 68) descrevem a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada: "A autonomia privada apresenta-se como um conceito em evolução na seara do direito privado. Inicialmente esteve associada à soberania da vontade, quando vigorava um paradigma liberal-individualista-normativista. Pouco a pouco perdeu espaço e cedeu lugar à autonomia privada propriamente dita, limitada por interesses que transcendem à simples esfera de interesses dos particulares, mas ainda limitada à esfera patrimonial.

sua função limitadora do exercício dos direitos subjetivos, como atuante na restrição da vontade dos agentes nas relações negociais¹⁴⁰.

O abuso do direito, entendido como a prática do direito subjetivo que manifestamente excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, tem longo tratamento nas legislações estrangeiras, tais como a alemã, a portuguesa e a argentina. O Código Civil germânico, de 1900, dispõe acerca do abuso do direito em seu art. 226¹⁴¹, pelo qual se impossibilita o exercício de um direito se o seu único objetivo possível consistir em causar dano a outrem.

O legislador civilista português também fez apelo à boa-fé a fim de coibir o exercício dos direitos subjetivos que seja manifestamente excessivo e contrário a ela, ao seu fim econômico ou social ou aos bons costumes, objetivando o abuso do direito em seu art. 334¹⁴². Comentando o dispositivo, José de Oliveira Ascensão (2002, p. 288) expõe que há na figura do abuso do direito a concreção do princípio da boa-fé, explicando ainda que o abuso é o manifesto excesso em relação aos limites do direito.

Em que pese a inegável relevância e influência nas legislações posteriores das regras aqui mencionadas sobre o abuso do direito, frisa-se, neste momento, a visibilidade que foi dada ao tratamento da temática pelo Código Civil argentino, vigente a partir de 2015.

São quatro os artigos que tratam da matéria: 10¹⁴³, 11¹⁴⁴, 1.011¹⁴⁵ e 1.732¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Importante ressaltar, sobre essa mudança dos paradigmas contratuais, que “O direito não ignora as conquistas alcançadas pela doutrina clássica. A tutela da vontade não é suprimida, porém é realizada em sintonia com outros princípios reconhecidos pelo sistema e exigidos pela sociedade atual.” (USTÁRROZ, 2012, p. 255).

¹⁴¹ *Section 226. Prohibition of chicanery. Exercise of rights, self-defence, self-help Section 226 Prohibition of chicanery The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another.*

¹⁴² *Art. 334º (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*

¹⁴³ *Art. 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.*

¹⁴⁴ *Art. 11. Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.*

A lei não protege o abuso do direito, dispõe o art. 10º. O teor da regra determina que o exercício regular de um direito ou o cumprimento de uma obrigação não pode constituir ato ilegal. A contrário *sensu*, entende-se que aquele que exercer seu direito irregularmente incidirá em prática de ato ilegal. O ato abusivo desenhado pelo dispositivo consiste naquele que neutraliza os efeitos da lei ou ultrapassa os limites impostos pela boa-fé, moralidade e decência. Como punição para a prática abusiva, impõe a compensação. Também incorrerá no exercício de ato abusivo aquele que, em posição dominante no mercado, dela se favorecer de maneira excessiva, ou seja, atentando aos preceitos da boa-fé, da lei, da moralidade e da decência, segundo as consignações do art. 11.

As determinações a respeito dos contratos de longo prazo, encontradas no art. 1.011, são reflexos nítidos da boa-fé objetiva na realização do negócio. O artigo demonstra essencialidade da atuação cooperativa, pela qual se materializa o respeito às obrigações estabelecidas, para o cumprimento do objeto contratual, notadamente em relação à satisfação dos efeitos esperados pelas partes. Levando-se em consideração a duração do negócio, o legislador afirma que, caso haja o desejo de terminação do vínculo contratual, a parte deverá dar a outra oportunidade razoável para a renegociação de boa-fé, de tal modo que se não houver o oferecimento da mencionada chance à parte, incorrerá em exercício abusivo dos direitos.

Ao fim e ao cabo, o Código Civil argentino traz o abuso do direito relacionando-o com a impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor. À luz da regra disposta no art. 1.732, o devedor estará eximido do cumprimento de sua obrigação, e não será pelo descumprimento responsabilizado, se a obrigação houver se extinguido pela impossibilidade do seu cumprimento, desde que a impossibilidade

¹⁴⁵ Art. 1.011. *Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.*

¹⁴⁶ Art. 1.732. *Imposibilidad de cumplimiento. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.*

não possa ser a ele imputada, esteja respaldado nas exigências da boa-fé e não exceda o exercício regular dos direitos subjetivos.

No direito brasileiro, observou-se a presença da teoria do abuso do direito no Código Civil de 1916, na leitura do art. 160, I¹⁴⁷, pelo qual se afirmava no *caput* que não constituíam atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. Sua presença no Código Civil vigente é de destaque, “visto que surge um novo regime dos atos ilícitos, fulcrado em duas cláusulas gerais de antijuridicidade.” (ROSENVALD, 2005, p. 121): a do art. 186¹⁴⁸, notória cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva e a do art. 187¹⁴⁹, cláusula geral de ilicitude na qual, de maneira objetiva, se afirma que aquele que exercer seu direito de maneira abusiva, cometerá ato ilícito.

Desta forma, “o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma de antijuridicidade.” (CARPENA, 2002, p. 371)¹⁵⁰.

São recorrentes nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, as discussões acerca da regra disposta no art. 187 do CC, das quais se originaram os enunciados que buscam proporcionar uma melhor interpretação do dispositivo. Já na primeira Jornada de Direito Civil abordou-se o abuso do direito, especialmente no que tange à responsabilidade civil dele decorrente. O entendimento foi materializado no Enunciado 37¹⁵¹, no qual ficou evidenciada a objetividade da ilicitude do agente que exerce seu direito subjetivo de maneira manifestamente abusiva, ou seja, independe do elemento culpa.

¹⁴⁷ Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

¹⁴⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ Ainda a respeito da caracterização do abuso do direito em ato ilícito ou antijurídico, menciona-se o entendimento de Nelson Rosenvald (2005, p. 123): “Conceituando-se a ilicitude como relação de contrariedade entre a conduta humana e a norma jurídica, é possível crer que o abuso do direito também seja um ato ilícito, pois nas hipóteses dos artigos 186 e 187 há uma atuação sem direito. Todavia, tal fato não elimina a autonomia dogmática dos dois institutos. Percebemos que o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer. Aqui haverá uma heteronomia na criação do direito: de um lado o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados; de outro, o magistrado os preencherá na concretude do caso, examinando a proporção entre o exercício do direito e a sua repercussão teleológica.”

¹⁵¹ I Jornada de Direito Civil - Enunciado 37. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

Sobre o mesmo tema, firmou-se o Enunciado 139¹⁵², fruto da III Jornada de Direito Civil. Aqui o foco dos participantes da Jornada que interpretaram o art. 187 voltou-se para o objeto, que pode ter seu exercício limitado pela boa-fé e pelos bons costumes, permitindo, desta forma, que os direitos da personalidade possam sofrer tais limitações, ainda que não especificamente previstas em lei. Na mesma Jornada, também ficou estabelecido, em razão do Enunciado 162¹⁵³, que caso haja a verificação da inutilidade da prestação do devedor da obrigação que autorize a sua recusa por parte do credor, essa inutilidade deverá ser aferida de maneira objetiva, em consonância com o princípio da boa-fé e a conservação do sinalagma, e não apenas de acordo com o mero interesse subjetivo do credor, por entender que somente o interesse da parte credora em romper com o vínculo obrigacional, ainda que seja um direito subjetivo seu, seria abusivo.

Por fim, mencionam-se os dois Enunciados solidificados na V Jornada de Direito Civil. O Enunciado 412¹⁵⁴ assevera que a boa-fé se concretiza com o impedimento do exercício abusivo das situações jurídicas subjetivas, referindo, nesta ocasião, às categorias das práticas abusivas dos direitos subjetivos, tais como *supressio, tu quoque, surrectio* e *venire contra factum proprium*, como concreções da boa-fé objetiva.

O último entendimento acerca do art. 187, que versa sobre a natureza subjetiva e dos bons costumes previstos no dispositivo, consolida-se no Enunciado 413¹⁵⁵, restando certo que a subjetividade se destina a permitir ao intérprete o controle da moralidade social de determinada época, enquanto a objetividade do termo serve para permitir a apreciação da violação dos negócios jurídicos em questões que não são abrangidas pela boa-fé objetiva e pela função social.

Dúvida paira na questão do que significa, concretamente, exceder manifestamente o limite dado pela boa-fé e bons costumes no exercício do direito

¹⁵² III Jornada de Direito Civil - Enunciado 139. Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

¹⁵³ III Jornada de Direito Civil - Enunciado 162. A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

¹⁵⁴ V Jornada de Direito Civil - Enunciado 412. As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.

¹⁵⁵ V Jornada de Direito Civil - Enunciado 413. Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.

subjetivo e se há parâmetros objetivos para a averiguação do excesso. Isso porque só o titular de um direito subjetivo pode exercê-lo, seja de maneira excessiva ou de maneira regular. O direito subjetivo decorre do direito objetivado, posto em lei. Como haveria de agir ilicitamente aquele que atua de acordo com a lei? A resposta consiste naquele que exercita seu direito subjetivo atendo-se apenas à estrutura formal da lei, esquecendo-se de cumprir, porém, o fundamento axiológico-normativo que constitui o direito, justificando o seu reconhecimento como direito pelo ordenamento jurídico (CARPENNA, 2002, p. 380). O direito existe, mas há defeito no seu exercício (ASCENSÃO, 2002, p. 266).

Como se está a ver, os direitos não são absolutos e, portanto, os seus titulares devem exercê-los com atenção às regras jurídicas que neles interferem. José de Oliveira Ascensão (2002, p. 265) expõe a existência de duas espécies de limitações aos direitos subjetivos: intrínsecas e extrínsecas. Enquanto extrinsecamente os direitos subjetivos são limitados em razão de possível colisão com outros direitos, as limitações de ordem intrínsecas resultam de preceitos provenientes de toda a ordem jurídica.

É evidente, ante as linhas anteriores, que a teoria do abuso do direito contempla dois pontos relevantes no direito: a boa-fé e o exercício dos direitos subjetivos. A busca pelo adimplemento da relação jurídica acarreta a perda da exclusividade da vontade dos contratantes nas relações obrigacionais complexas¹⁵⁶. O liame estará na atuação da boa-fé na renovação do perfil da autonomia privada, que agirá de modo a conduzir equilibradamente os direitos subjetivos (ROSENVALD, 2005, p.116).

Com o intuito de se vislumbrar o que a teoria permite e o que ela obriga, existem duas principais teorias do abuso do direito. A primeira é chamada de negativista dos direitos subjetivos, pela qual “pode-se perfeitamente ter por si o tal direito determinado e entretanto ter contra si o direito em conjunto” (ABREU, 1999, p. 46), ou seja, vislumbrado de forma individual, o exercício é perfeitamente regular; enquanto, visualizado conjuntamente com outros direitos, é abusivo. Já pela teoria

¹⁵⁶ Relações nas quais não são verificados apenas os componentes clássicos das relações obrigacionais simples, tais como os sujeitos, a vontade, o objeto e a forma. A relação complexa é mais ampla e engloba, além dos elementos ordinários, elementos que circundam o negócio, como a sociedade, os princípios gerais do direito etc. Mário Júlio de Almeida Costa (2001, p. 65) afirma que na relação obrigacional complexa avultam os deveres principais ou primários da prestação. Constituem estes e respectivos direitos 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, sempre que se trate de uma relação dessa natureza.

afirmativa dos direitos subjetivos, “ato abusivo derivaria do exercício de direitos que prejudicassem outras pessoas, causando danos anormais – por exceder a medida fixada pelos costumes –, mesmo que o comportamento se mantivesse nos limites legais.” (ROSENVOLD, 2005, p. 119).

Para a ocorrência do abuso do direito é imprescindível a presença de três bases. A primeira, naturalmente, diz respeito à titularidade de um direito subjetivo. Ao exercer esse direito, o titular deve atentar aos limites traçados em lei para o direito objetivo do qual o subjetivo decorre, respeitando a norma, sendo esta a segunda base. É na terceira base que se verifica o abuso: base da confrontação do elemento pessoal com a essência do direito em causa, ou seja, o direito subjetivo está sendo utilizado dentro dos limites impostos pela norma objetiva, mas o seu emprego não está adequado à valoração desta norma, e sim com finalidade distinta, apta a causar prejuízo a alguém (ROSENVOLD, 2005, p. 120).

A boa-fé objetiva aparece, deste modo, como o verdadeiro critério para a identificação de prática abusiva no exercício dos direitos subjetivos no campo das obrigações, pois os atos assinalados como de abuso do direito são aqueles que violam o dever de agir conforme os padrões de lealdade e confiança, ainda que sem a intenção de prejudicar o outro (NORONHA, 1994, p. 175).

Configura abuso do direito, portanto, consideráveis violações ao princípio da boa-fé. Estas violações serão analisadas a seguir.

2.3.2.1 Categorias de exercícios abusivos dos direitos subjetivos

Até o presente momento, o princípio da boa-fé foi analisado por meio do estudo de duas de suas três funções: a interpretativa e a limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos. A apreciação desta segunda função, porém, necessita de maior aprofundamento, para melhor visualização dos atos que, se realizados, contrariam a boa-fé, restando configurados abusivos e, conseqüentemente, por determinação do art. 187 do CC, ilícitos, passíveis de responsabilização civil (art. 927 do CC).

A divisão categorizada aqui adotada corresponde ao exame da teoria do abuso dos direitos subjetivos desenvolvida por António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro (1984, pp. 719-860), assim apresentada: a) desleal exercício de direitos; b) desleal não-exercício de direitos; e c) desleal constituição de direitos.

a) o desleal exercício de direito

A categoria do desleal exercício dos direitos subjetivos caracteriza-se com a atitude de seu titular no âmbito formal da permissão descrita nos direitos objetivos que os constituem, mas ele não atua para retirar qualquer benefício pessoal, porém para causar dano a outrem, contrariando, naturalmente, a confiança nele depositada pela outra parte. De acordo com António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro (1984, pp. 851-860), esse exercício pode ocorrer por meio de duas espécies de atos que contrariam a boa-fé: *dolo agit qui petit quod redditurus est* e o exercício desequilibrado do direito.

Aquele que solicita algo que em seguida terá que restituir age com dolo. É o que significa a expressão *dolo agit qui petit quod redditurus est*. Este comportamento contraria a boa-fé e configura abuso do direito em razão de que “A exigência do que deva ser restituído é inútil; é, ainda, danosa para a contraparte, sobre quem recairia um dispêndio acrescido de esforços vãos” (CORDEIRO, 1984, p. 156).

Também exerce deslealmente seu direito subjetivo aquele que o exercita de modo a configurar um desequilíbrio entre o direito e os efeitos dele derivados, pois os efeitos resultantes dos direitos subjetivos devem estar em harmonia com o seu desempenho (CORDEIRO, 1984, p. 859).

O exercício de qualquer direito deve ser realizado em acordo com a valoração da norma que o concedeu, com os objetivos principiológicos que lhe deram origem. Não pode ser efetivado sem interesse do seu titular, sob pena de configurar a categoria de exercício desleal de direitos. “Repugna-se, portanto, a conduta de quem exercita determinado direito apenas para prejudicar a parte contrária, de modo que o cumprimento da obrigação não acarrete qualquer benefício àquele.” (PEREIRA, 2001, p. 84).

A fim de conceder melhor entendimento, traz-se à baila um exemplo recorrente do desleal exercício de direito subjetivo, materializado na possibilidade de se impedir o exercício potestativo de resolução contratual por parte do credor daquele que já adimpliu a sua obrigação de maneira substancial¹⁵⁷.

¹⁵⁷ IV Jornada de Direito Civil – Enunciado 361. Enunciado. O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

Acrescenta-se, aqui, a recente figura do *duty to mitigate the loss*, não contemplada pela categorização de António da Rocha Menezes Cordeiro (1984).

Importada do direito anglo-saxão pela fórmula *duty to mitigate the loss*, essa vertente da boa-fé objetiva impõe ao credor um dever, qual seja o de diminuir o próprio prejuízo quando inadimplente o devedor. De fato, a parte prejudicada, no caso o credor, não pode quedar inerte enquanto seu prejuízo aumenta. Se existe a possibilidade de ao menos atenuar o próprio prejuízo, deverá o credor tomar providências para isso (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 301).

O que se impede, diante disso, é a inércia do credor. Dir-se-á que, sendo do credor a perda, já que a culpa pelo inadimplemento será do devedor, não poderá ele ser responsabilizado. A par de não receber seu crédito, ainda se lhe quer impor deveres anexos ao contrato.

Mas as coisas não se passam assim. É verdade que o inadimplemento resulta da culpa do devedor. Mas também é verdade que tanto maior será o prejuízo do credor quanto maior for a dívida do sujeito em mora. Por isso, podendo o credor evitar o agravamento da dívida, deverá fazê-lo (FRADERA, 2004, p. 2010).

Exemplo pode ser encontrado nos contratos bancários. Num contrato de empréstimo bancário pago em prestações, enquanto o devedor se encontra em dia com suas parcelas, o que se conhece como “situação de normalidade”, paga ele os juros contratados. Se incorrer em mora, o que se conhece como “situação de anormalidade”, põe-se ele a pagar outros encargos, substancialmente maiores que os contratados. A situação de anormalidade perdura até o ajuizamento da execução, quando os juros, então, por força de disposição legal¹⁵⁸, passam a ser de 1 por cento ao mês.

Vale isso a dizer que quanto mais tempo retardar a execução, mais juros receberá o credor. Então, o retardamento parece ser-lhe benéfico. Acresce que, se a dívida não é cobrada em juízo, crescerá ela muito mais rapidamente que se executada. Por isso, evitar o credor a perda é diminuir o valor da dívida impaga¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Código de Processo Civil. Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

¹⁵⁹ Nesse passo tem decidido o STJ: DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

Diante de casos como esses, editou-se o Enunciado 169¹⁶⁰ das Jornadas da Justiça Federal, que assim dispõe: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Forte nesses argumentos, fica claro que o dever de diminuir a própria perda é uma obrigação do credor, decorrente do mandado de otimização da boa-fé objetiva e, caso não seja realizado, materializar-se-á em abuso do direito, por meio de seu desleal exercício do direito em tempo tardio a fim de aumentar o prejuízo da outra parte.

b) o desleal não-exercício de direitos

A segunda categoria é a do desleal não-exercício de direitos. Aqui, agirá de maneira abusiva o titular que deixar de efetivar o seu direito, acarretando na outra parte a confiança de que não o fará. Assim, caso ele exerça o seu direito, a despeito da certeza acometida na outra parte de que não o efetivaria, incorrerá na prática abusiva, em razão de seu comportamento contraditório, pois “a passividade pode levar à perda do direito. O exercício é então um ônus.” (ASCENSÃO, 2002, p. 291).

São quatro as hipóteses de acontecimento do desleal não-exercício de direitos: *venire contra factum proprium*, *surrectio* e *supressio* e inalegabilidade de nulidades formais (CORDEIRO, 1984, pp. 742-836).

Na espécie *venire contra factum proprium*, o comportamento contraditório tem lugar quando o contratante, tendo adotado uma prática costumeira com a contraparte, põe-se a adotar prática diversa, sem antes convencionar com o outro a

RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade (BRASIL, 2010).

¹⁶⁰ III Jornada de Direito Civil - Enunciado 169. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

alteração (MARQUES, 2006, pp. 222 – 224). Prática costumeira é aquela que vem sendo realizada com frequência pelas partes, num razoável período de tempo¹⁶¹.

O costume, como se sabe, é fonte do direito. Sua adoção desempenha o mesmo papel e tem a mesma força que o direito posto, com a diferença de que ele nasce no seio da sociedade ou, em muitos casos, entre contratantes. O costume é uma conduta uniforme prolongada no tempo (VENOSA, 2016).

No entanto, é necessário alertar que nem toda prática contraditória pode ser considerada ilegítima, vez que para que ocorra a ilegitimidade é imprescindível a verificação de “situações concludentes, em que a justificada outorga de confiança da outra parte pode surgir como requisito de eficácia” (ASCENSÃO, 2002, p. 290).

Exemplo desta prática abusiva de direitos está no contrato de locação imobiliário. Como é cediço, o lugar do pagamento, no silêncio do contrato, é o domicílio do locatário. Tratando-se de dívida quesível, deve o locador, portanto, dirigir-se até o inquilino (art. 327 do CC). Suponha-se que, por um costume, sem qualquer disposição contratual nesse sentido, este é que esteja a levar o pagamento no domicílio do locador. Supondo que o locatário simplesmente deixe de se dirigir até o locador, não poderá ele furtar-se à mora sob a alegação de que o locador não veio apanhar o aluguel¹⁶².

¹⁶¹ Neste sentido o Acórdão: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO de obrigação de fazer c/c danos morais com pedido de antecipação parcial da tutela. inobservância contratual. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. VIOLAÇÃO Ao PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PROVIMENTO. 1. A inobservância das práticas comerciais reiteradamente observadas pelas partes afronta o princípio da boa-fé objetiva. 2. A mudança abrupta das atitudes do Apelante, sem comprovação de prévio conhecimento do Apelado, enseja o reconhecimento da ilicitude do ato. 3. Dano moral reconhecido ante a lesão da imagem do Apelado frente aos seus consumidores. 4. Apelo conhecido e improvido. 5. Unanimidade (MARANHÃO, 2015).

¹⁶² Nesse sentido, veja-se interessante acórdão versando sobre alimentos: Com o seu comportamento, o alimentante criou justa expectativa no alimentado de que pagaria, até provimento jurisdicional em contrário, o patamar de 20% de suas rendas. E, de repente, cessou a verba. Aplicável à hipótese o princípio geral de Direito chamado de venire contra factum proprium, que significa a vedação ao comportamento contraditório. Esse mandado de otimização encontra guarida nas situações nas quais uma pessoa comporta-se de determinada maneira por certo tempo e gera em outra a justa expectativa de que continuará comportando-se assim, que seu comportamento permanecerá inalterado. E diante dessa contínua conduta, exsurge um investimento e confiança de que a maneira de agir, de modo que a quebra desse standard pré-estabelecido ofende o princípio da boa-fé objetiva. Nessa senda, por anos o alimentante gerou essa expectativa no alimentado - de ser suprido nesse percentual de 20% sobre suas rendas, o que, de fato, criou o padrão de vida no qual vive hoje. Além disso, ficou demonstrada a capacidade econômica do apelante em arcar com tamanha quantia. Assim sendo, ocorreu a surrectio, isto é, surgiu um direito que antes era inexistente, pela repetição dos atos (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

O *venire*¹⁶³ gera dois efeitos, a *supressio* e a *surrectio*¹⁶⁴ (CORDEIRO, 1984, p. 797). O primeiro, entendido como perda ou supressão, significa que, tendo as partes adotado um costume, não poderão suprimi-lo senão consensualmente (FARIAS, 2013, p. 66). No exemplo acima referido, para o locatário suprimiu-se o direito de pagar o aluguel em seu próprio domicílio. A segunda é o efeito contrário e, no exemplo, significa o direito que o locador adquiriu de receber em seu próprio domicílio.

Por fim, existe a figura da inalegabilidade de nulidades formais a fim de se evitar o abuso do direito. Quando houver a constatação de uma nulidade decorrente de formalidade solene estabelecida pelas partes, ela deverá ser invocada, pois, “não há como fugir da boa-fé quando a parte que poderia invocar a nulidade de forma consente no adimplemento.” (NORONHA, 1994, p. 188).

Vale dizer: age contrariamente à boa-fé aquele que deixa de exercer seu direito subjetivo, de modo a depositar na outra parte a confiança de que o não-exercício seria mantido. Quem quebra essa confiança, como se viu, exerce seu direito de forma desleal.

c) a desleal constituição de direitos

A constituição desleal de direitos figura quando uma pessoa rompe com a confiança da outra de modo a adquirir contra ela um direito (NORONHA, 1994, p. 177). A modalidade em que ela se materializa é o *tu quoque*, referência à história romana, em que Marco Aurélio, vivendo a traição do filho, pronunciou o célebre “até tu?”. Essa categoria funda-se na ideia de não ser justo que o contratante cumpra sua prestação se o outro não cumpriu a própria (CORDEIRO, 1984, p. 837).

A ideia vale para os contratos bilaterais, ou onerosos. Contratos bilaterais, ou onerosos, são aqueles que geram obrigações para ambas as partes, como a prestação de serviços, a empreitada e a compra e venda. O princípio não pode incidir sobre contratos unilaterais, como a doação, a fiança e o transporte de cortesia, pois neles só uma das partes tem prestação a cumprir.

¹⁶³ A respeito dessa categoria, foi editado o Enunciado 362, IV jornada: vedação do comportamento contraditório funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do CC.

¹⁶⁴ V Jornada de Direito Civil - Enunciado 409. Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

O princípio em apreço reside no art. 476 do CC, graças ao qual “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o adimplemento da do outro”. Prevê o dispositivo as figuras da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido)¹⁶⁵ e da *exceptio non rite adimpleti contractus* (exceção de contrato mal cumprido).

Exemplo: num contrato de prestação de serviços firmado entre consumidor e uma loja de cozinhas planejadas, combina-se que a cozinha será montada em material MDP, que qualidade superior para o acabamento. Por um equívoco, a empresa entrega a cozinha em material MDF, de qualidade inferior. A despeito disso, sob o argumento de ter realizado o serviço contratado, exige o pagamento do preço. Trata-se de prática avessa à boa-fé objetiva, tendo em vista que, se o contrato foi deficientemente cumprido, não poderá o credor exigir do consumidor o pagamento, senão depois de efetuar a substituição do material e nova montagem.

A possibilidade de o devedor recusar a prestação que lhe cabe, quando a contraparte não cumpriu a sua, é sintomática do matiz ético da boa-fé objetiva. O contrato bilateral é uma troca de valores. São celebrados para que as partes atinjam determinado bem da vida. Não se afina com a ética poder uma das partes atingir seu escopo à custa da outra, sem cumprir a expectativa desta.

2.3.3 Função Integrativa ou Criadora de Deveres de Conduta

Apresentou-se a boa-fé em suas funções de interpretação dos negócios jurídicos, na qual o princípio serve como aclarador do sentido das estipulações negociais, e de limitação ao exercício dos direitos subjetivos, em que impede o abuso do direito. Em estudo, agora, está a sua última função: integrativa ou de criação de deveres de conduta, em que se pretende categorizar as espécies de deveres decorrentes da boa-fé e as implicações de sua existência nas relações obrigacionais.

A função de integração do negócio jurídico é a atividade pela qual se preenchem os espaços existentes nele. Assim, quando o negócio for submetido ao ato de interpretação e o intérprete não conseguir vislumbrar norma adequada para

¹⁶⁵ Também prevista no direito italiano: *Art. 1460 Eccezione d'inadempimento. Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1565).*

permeiar a lacuna existente, recorrerá ao processo de integração, preenchendo-a com normas da lei ou dos usos e costumes (AMARAL, 2014, p. 465). O princípio da boa-fé promove esta integração por meio da criação dos deveres de conduta.

É certo que os negócios jurídicos possuem deveres centrais, que são os deveres firmados pelas partes, destinados ao fim do negócio, ao objetivo principal do pacto por elas realizado, numa notória concretização da autonomia privada. Entretanto, além desses deveres centrais, os contratantes devem observar outras obrigações, ainda que não estejam expressamente mencionadas no contrato entre eles firmado e nenhuma relação possuam com o exercício da autonomia privada¹⁶⁶. São os deveres de conduta, anexos, marginais, laterais.

O contrato¹⁶⁷, portanto, deixa de possuir apenas a obrigação central, tendo seu objeto ampliado por força da boa-fé (NEGREIROS, 2006, p. 155-156). Sendo verdadeiro que, caso sejam descumpridos, ainda que a obrigação nuclear tenha sido satisfeita, haverá o inadimplemento obrigacional, por via da chamada violação positiva do contrato (CORDEIRO, 1984, p. 594).

Importa informar que o entendimento dos deveres de conduta parte da constatação de que a relação jurídica deve ser observada em sua totalidade, na qual “credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica de “antagonistas”, assumirem uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e ao bem comum, como finalidade que polariza todo o “processo” da obrigação.” (ROSENVALD, 2005, p. 93).

Foi Karl Larenz quem utilizou a terminologia pioneiramente. Segundo o autor, esses deveres de conduta excedem o próprio e estrito dever da prestação, cujo cumprimento normalmente é constituído objeto da demanda, e resultam para ambas as partes, no sentido de melhor alcance da finalidade da obrigação, a transferência do dever de se observar a boa-fé (LARENZ, 1958, p. 108). É a boa-fé objetiva que empresta ao negócio jurídico os deveres de conduta, com o objetivo de que a obrigação seja cumprida de maneira honesta, íntegra, leal e transparente,

¹⁶⁶ E por isso António da Rocha Menezes Cordeiro (1984, p. 615) adverte que “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”. Também sobre o assunto, assevera Nelson Rosendal (2005, p. 96) “Os deveres de conduta são exigências de uma atuação calcada na boa-fé e derivadas do sistema, e não de qualquer vontade das partes, pois o seu âmbito transcende o da mera contratualidade.”

¹⁶⁷ Em relação ao contrato hoje, de acordo com Teresa Negreiros (2006, p. 153) “o qual não se reporta a uma vontade tácita das partes, mas resulta de uma direta intervenção heterônoma, legitimada pela assunção de que o contrato atende, ou deva atender, a finalidades sociais”.

visando à efetivação da cooperação entre as partes que não mais se polarizam antagonicamente na relação obrigacional, mas sim como parceiros que se empenham, de modo solidário, a alcançar o objeto almejado no negócio.

A função integrativa da boa-fé objetiva está positivada no art. 422¹⁶⁸ do CC, no qual há a imposição aos contratantes de guardar em todas as etapas contratuais os princípios de probidade e boa-fé. Entretanto, antes de se adentrar à análise da função no direito brasileiro, permeando o Código Civil e os Enunciados das Jornadas de Direito Civil que possibilitam melhor interpretação dos dispositivos legais a respeito da criação dos deveres de conduta e suas consequências na prática negocial, inspecionar-se-á, nas próximas linhas, como a função integrativa é abordada no direito comparado, em especial nos códigos alemão, francês, português, espanhol, italiano e argentino.

O código civil germânico, no art. 242¹⁶⁹ positivou a função integrativa da boa-fé. Segundo o dispositivo, o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico. Ademais, e de suma importância, prevê deveres de conduta decorrentes da obrigação em seu art. 241¹⁷⁰. As alíneas do dispositivo determinam a verificação de diversos deveres como, a título de exemplo, aquele em que “a relação obrigacional pode obrigar cada parte, em razão de seu conteúdo, ao respeito aos direitos, aos bens jurídicos e interesses da outra parte.”. A mesma intenção teve o legislador francês, ao redigir o art. 1.104¹⁷¹ do Código Napoleão, pelo qual se determina que os contratos devem ser realizados de boa-fé, sendo esta disposição de ordem pública.

¹⁶⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁶⁹ *Section 242 Performance in good faith An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.*

¹⁷⁰ *Section 241 Duties arising from an obligation (1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance. (2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party. Section 241a Unsolicited performance*) (1) The supply of unsolicited things or the provision of other unsolicited services to a consumer by an entrepreneur does not create a claim against the consumer. (2) Statutory claims are not excluded if the performance was not intended for the receiver or was made in the mistaken belief that there had been an order, and the receiver was aware of this or could have been aware of this if he had taken reasonable care. (3) Performance is not unsolicited if the consumer, instead of the performance ordered, is offered performance of equal value in quality and price, and it is pointed out to him that he is not obliged to accept it and does not have to bear the costs of return shipment.*

¹⁷¹ Art. 1.104. *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.*

Os arts. 227¹⁷² e 239¹⁷³ do Código Civil português preveem a função integrativa da boa-fé objetiva. O primeiro dispositivo informa que quem negocia deve proceder, tanto nas tratativas preliminares quanto na formação do contrato, de boa-fé, prognosticando ainda acerca da responsabilização civil proveniente do dano que causar à outra parte. Por sua vez, o art. 239¹⁷⁴ do CC de Portugal expõe explicitamente a função integrativa da boa-fé, determinando que, na falta de disposição especial, a declaração dos contratantes deve ser integrada de forma harmoniosa com a vontade que as partes teriam tido se pudessem ter previsto o ponto omissis, levando-se em consideração, para tal integração, os ditames da boa-fé.

Tratamento semelhante tem a função integrativa no direito espanhol. Preceitua o art. 7¹⁷⁵ do seu Código Civil que os direitos devem ser exercidos em conformidade com a boa-fé. Contudo, especial atenção deve ser dada ao seu art. 1.258¹⁷⁶, que prescreve a observação dos deveres de conduta, por meio da afirmação de que não só o acordo expresso no contrato deverá ser cumprido pelas partes estejam em conformidade com a boa-fé, o uso e a lei, mas também todas as consequências que dele decorrem.

Interessante se demonstra a apreciação da função integrativa pelo legislador italiano, que propiciou a tutela da boa-fé de modo a integrar o negócio jurídico em três momentos. O art. 1.328¹⁷⁷ trata da proposta e aceitação, visualizando-se que a proposta pode ser retirada até que o contrato não seja concluído. No entanto, caso esteja o receptor de boa-fé, o requerente deverá compensá-lo pelas perdas e danos

¹⁷² Art. 227º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º.

¹⁷³ Art. 239º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

¹⁷⁴ Art. 239º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

¹⁷⁵ Art. 7. 1. *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*

¹⁷⁶ Art. 1.258. *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

¹⁷⁷ Art. 1.328 *Revoca della proposta e dell'accettazione. La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.*

ocasionados pela não formação do contrato. Assemelham-se às disposições já mencionadas os arts. 1.337¹⁷⁸ e 1.375¹⁷⁹ do CC italiano, consolidando uma cláusula geral de atuação da boa-fé na condução das negociações e na formação do contrato.

Por fim, anota-se a previsão do art. 991¹⁸⁰ do CC argentino. O dispositivo preceitua que os contratos devem ser interpretados e realizados de acordo com os preceitos da boa-fé. Cristalizando a função integrativa no momento em que obriga aos negociantes o cumprimento não apenas daquilo expressamente posto no contrato, mas também todas as consequências que possam ser consideradas abrangidas por ele, claramente aludindo aos deveres de conduta.

No ambiente pátrio, ressalta-se a relevância das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, nas quais são discutidos diversos temas do âmbito civil com o intuito de possibilitar melhor interpretação e aplicação do objeto em apreço. A interpretação da função integrativa da boa-fé objetiva, positivada no art. 422 do CC, deu origem aos Enunciados 24, 25, 26, 168 e 170.

Já na I Jornada de Direito Civil o art. 422 do CC foi elemento de averiguação, dando origem aos primeiros três Enunciados acima mencionados. O Enunciado 24¹⁸¹ informa que a violação dos deveres anexos, decorrentes da imposição do princípio da boa-fé, constitui espécie objetiva de inadimplemento. Por força do entendimento, nota-se que não apenas a violação das cláusulas contratuais poderá ensejar o inadimplemento do contrato, mas também o descumprimento dos deveres anexos a ele. Também aclarou a interpretação do art. 422 o Enunciado 25¹⁸², mencionando que a aplicação do referido artigo pelo magistrado pode ser realizada também nas fases pré e pós-contratuais. Objetivando esclarecer sobre a

¹⁷⁸ Art. 1.337 *Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208).*

¹⁷⁹ Art. 1.375 *Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460).*

¹⁸⁰ Art. 961.- *Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

¹⁸¹ I Jornada de Direito Civil - Enunciado 24. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

¹⁸² I Jornada de Direito Civil - Enunciado 25. O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

função integrativa da boa-fé, redigiu-se o Enunciado 26¹⁸³, que informa a imposição ofertada pelo art. 422 ao magistrado ao interpretar, suprir e corrigir o contrato, conforme a boa-fé objetiva, conceituando-a como exigência de comportamento leal dos contratantes.

Na III Jornada de Direito Civil foram editados os Enunciados 168 e 170 acerca da função integrativa da boa-fé objetiva. O Enunciado 168¹⁸⁴ reconheceu que não apenas o credor da obrigação tem direito, mas também o devedor, visto que os deveres de conduta são impostos para ambos os polos da relação obrigacional. Por fim, o Enunciado 170¹⁸⁵ ratifica a diretiva materializada no Enunciado 25, na qual se evidencia a necessidade de as partes observarem o princípio da boa-fé em todas as fases contratuais.

Não há, portanto, indagação a respeito da existência e consequentes implicações da função integrativa da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais. No entanto, a dificuldade repousa na amplitude destas implicações, na caracterização da função que os deveres de conduta exercem na relação. Eles possuem dois desempenhos distintos: importarão, por um lado, em obrigar as parte a atuar conjuntamente em busca de uma finalidade positiva e, por outro lado, em impedir intromissões danosas na esfera de vida pessoal e patrimonial das partes, consistindo numa finalidade negativa (FRADA, 1994, p. 41). Nelson Rosenvald (2005, p. 103), no entanto, compreende que os deveres de conduta atuam apenas com uma finalidade negativa, consistente em “uma espécie de “blindagem” que tenciona evitar a adoração de comportamentos desonestos e interesses injustificados que possam atingir o correto processamento da relação obrigacional.”.

Também importante é a informação de que não só as partes são obrigadas pelos deveres de conduta criados pela boa-fé (proteção, de esclarecimento e de lealdade). É correta a assertiva de que “os terceiros não podem se portar como se o contrato não existisse” (AZEVEDO, 1998, p. 116). Aos terceiros também são impostas as suas implicações, tanto de forma positiva, buscando tutelar seus direitos

¹⁸³ I Jornada de Direito Civil - Enunciado 26. A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

¹⁸⁴ III Jornada de Direito Civil - Enunciado 168. O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.

¹⁸⁵ III Jornada de Direito Civil - Enunciado 170. A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

patrimoniais e extrapatrimoniais, quanto negativa, a fim de evitar que os interesses das partes contratantes sejam por terceiros atingidos.

Com o objetivo de responder a dúvida que persiste, qual seja, acerca da amplitude das implicações dos deveres de conduta nas relações obrigacionais, será realizada a divisão dos deveres de conduta no próximo item, alertando, porém, que eles “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, de não-concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade, etc.” (FRADA, 1994, p. 40).

Selecionou-se, por se apresentar mais prática e abrangente, a partição apresentada por António da Rocha Menezes Cordeiro (1984, p. 604), que os expõe de maneira tripartida em: deveres de proteção, impondo às partes a obrigação de evitar que sejam infligidos danos mútuos; deveres de esclarecimento, pelo qual as partes devem se informar mutuamente acerca de todos os aspectos atinentes ao vínculo; e deveres de lealdade, que obriga as partes a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo da obrigação ou desequilibrar as prestações nela consignadas¹⁸⁶.

2.3.3.1 Deveres de proteção, esclarecimento e lealdade

À vista da base solidarista das relações negociais transferida às partes pela boa-fé, demonstram-se imprescindíveis os deveres de proteção mútua de as partes cuidarem de seus interesses.

Por força dos deveres anexos de proteção, os contratantes devem dispensar uns aos outros, no curso de todas as etapas da obrigação, cuidados que lhes evitem a percepção de danos (CORDEIRO, 1984, p. 604). Impõe-se aos contratantes a adoção de medidas necessárias a fim de evitar que a outra parte alcance danos ao seu patrimônio (dano patrimonial) ou à sua pessoa (dano físico ou dano extrapatrimonial) (MARQUES, 2006, p. 239). Os deveres de proteção seriam, “em

¹⁸⁶ São diversas as categorias de deveres de conduta apresentadas pelos autores civilistas. A título de exemplo, apresenta-se aqui a cultivada por Judith Martins-Costa (1999, p. 439), que os dividem em: “deveres laterais os de cuidado, previdência e segurança, os de aviso e esclarecimento, os de informação, os de prestar contas, os de colaboração e cooperação, os de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte e, ainda, os de omissão e segredo”.

última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante.” (ROSENVALD, 2005, p. 81).

No direito comparado, tem-se a previsão da tutela aos deveres de proteção de forma positivada na Alemanha e na Argentina. Determina a primeira parte do art. 307¹⁸⁷ do CC alemão que as disposições em termos comerciais padrões, caso estiverem em desacordo com os preceitos da boa-fé, serão consideradas ineficazes se trouxerem desvantagem injustificada para a outra parte. De modo mais incisivo, o legislador civilista argentino positivou o dever de cuidado no art. 729¹⁸⁸, pelo qual se obriga credor e devedor atuar com cuidado, seguindo os ditames da boa-fé.

No direito pátrio, os deveres de conduta protetiva são observados nos julgados com o condão de minimizar as possibilidades de um negócio acarretar danos aos contratantes, que deverão vigiar suas atitudes de modo a proteger tanto os seus próprios interesses, quanto os interesses da outra parte, normalmente associado o seu descumprimento ao nascimento de danos extrapatrimoniais, como dano à imagem e dano à privacidade¹⁸⁹.

¹⁸⁷ *Section 307 Test of reasonableness of contents (1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.*

¹⁸⁸ *Art. 729 - Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.*

¹⁸⁹ Em relação à possibilidade de a inobservância do dever de cuidado acarretar dano extrapatrimonial à parte, colaciona-se o seguinte julgado: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTRO DE INADIMPLENTES. HOMÔNIMO. FALTA DE QUALIFICAÇÃO MÍNIMA DO INSCRITO. VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE. DEVER DE CUIDADO. INOBSERVÂNCIA. NEGLIGÊNCIA NA DIVULGAÇÃO DO NOME. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1. O Código do Consumidor disciplinou em uma única seção "os bancos de dados e cadastros de consumidores", estabelecendo limites e critérios aos quais, na seara do mercado de consumo, podem ser desenvolvidos e utilizados, sempre visando respaldar em específico a dignidade dos consumidores. 2. No tocante ao conteúdo dos dados arquivados, dispôs no § 1º do art. 43 que "Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos". 3. Portanto, o ato registral, além da linguagem de fácil compreensão, com dados objetivos, deve ser claro - sem deixar dúvida, contradição - e, principalmente, verdadeiro - isto é, exato, completo, reproduzindo os fatos fielmente como são. 4. No caso em comento, acabou a recorrida construindo um perfil da recorrente que simplesmente não corresponde à realidade, atribuindo-lhe a pecha de má pagadora sem que houvesse razão para tanto. É que a falta de uma qualificação mínima (nome e CPF ou RG, ou nome e ascendência, dentre tantos outros critérios) demonstra que a recorrida não observou o básico para atender ao atributo da precisão na elaboração do cadastro. 5. É que da mesma forma que se proíbe as anotações de informações excessivas (art. 3º, § 3º, da Lei n. 12.414/2011), deve ser vedado o tratamento de informações módicas, escassas, insuficientes, sob pena de não se preservar o núcleo essencial do direito à privacidade. 6. De fato, na qualidade de administradora do banco de dados de proteção ao crédito, conforme impõe o CDC, deve ter total controle da informação que dissemina, inclusive para retificá-la ou excluí-la, sendo que a omissão de informação basilar na divulgação acaba por violar, além do princípio da veracidade, o princípio da boa-fé objetiva, haja vista a potencialidade danosa dessa conduta, configurando falha na

Os deveres anexos de esclarecimento obrigam as partes a informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, em todas as etapas, seja nas tratativas negociais, na execução do contrato, seja na etapa pós-contratual, no que se refere a todas as consequências que da execução contratual possam advir (CORDEIRO, 1984, p. 605).

Por esse dever, compreende-se que as partes contratantes devem expor todas as condições determinantes aos aspectos da contratação, de maneira verdadeira e transparente, completa e integral, para que haja, em todas as etapas da tratativa, um consentimento livre de qualquer mácula. A fase pré-contratual é o momento no qual se verifica a sua maior essencialidade¹⁹⁰, vez que os contratantes, tomando ciência das informações relativas ao objeto do contrato a ser realizado, poderão decidir se efetivamente realizarão a contratação (MARQUES, 2006, pp. 222 - 224)¹⁹¹.

O dever de esclarecimento nasce da necessidade de se prestar as informações que uma parte possui e de que a outra parte necessita, sendo que esta informação é objeto fundamental para que o contratante possa ser alertado sobre

prestação do serviço. 7. Saliente-se que, no caso, se trata de inscrição aponte própria, na qual o arquivista retira informações de domínio público, sem o dever de notificar o devedor, tão somente para abastecer o seu banco de dados com a finalidade precípua de auferir lucros, devendo, por isso, assumir os riscos e cuidados de sua atividade. 8. É pacífica a jurisprudência desta Corte "no sentido de que a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do CDC, não dá ensejo à reparação de danos morais quando oriunda de informações contidas em assentamentos provenientes de serviços notariais e de registros, bem como de distribuição de processos judiciais, por serem de domínio público" (Rcl n. 6.173/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 15/3/2012). 9. Tal entendimento, contudo, só vem a reforçar o fato de que, como não há obrigação de notificação - oportunidade em que o devedor inscrito poderia solicitar a correção ou a exclusão -, o dever de zelo do arquivista deve ser muito maior. Deveras, justamente por estar isento do dever de notificação é que, nesses casos, o mínimo possível de informações para a identificação da pessoa que será registrada deverá ser respeitada, principalmente porque a finalidade do banco de dados é justamente prestar informações mais relevantes para a decisão de concessão de crédito. 10. Recurso especial provido (BRASIL, 2015).

¹⁹⁰ No mesmo sentido, a respeito do dever de informação/esclarecimento entende Teresa Negreiros (2006, p. 112): "atuante na fase das tratativas, garante o exercício da liberdade contratual em condições aperfeiçoadas de autonomia, na medida em que o negócio será ou não concluído com base em uma melhor e mais completa apreensão da realidade."

¹⁹¹ Sobre a atuação do dever de esclarecimento, Claudia Lima Marques (2006, p. 228) informa o exemplo de suas implicações no contrato de plano de saúde: "O dever de esclarecimento obriga o fornecedor do serviço, como, por exemplo, o de seguro-saúde e de assistência médica, a informar sobre os riscos do serviço do atendimento ou não em caso de emergência, exclusões de responsabilidade contratual, modificações contratualmente possíveis, etc., sobre a forma de utilização (necessidade de autorizações, de exames prévios, de opiniões de médicos do grupo, do tempo total de internação por ano etc.) e sobre a qualidade dos serviços (hospitais conveniados, médicos ligados ao grupo etc.)".

todas as eventualidades que possam decorrer do contrato que a sua diligência ordinária não alcançaria de modo isolado (ROSENVALD, 2005, p. 109).

No que tange à sua materialização no direito objetivo estrangeiro, o dever de informação é notado na segunda parte do art. 307¹⁹² do CC alemão, em que se determina que a ausência de clareza e compreensão na disposição contratual pode acarretar uma desvantagem injustificada para alguma das partes, e, por esta razão, tal disposição será considerada ineficaz.

Ante a apreciação do referido dever pelo direito nacional, apresenta-se seu tratamento em dois ambientes distintos: o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. No espaço destinado às relações obrigacionais no CC, cogita-se a existência de posições de igualdade entre os contratantes. Nelas, “os “privados” não se encontram inicialmente em situação de desigualdade, mas a funcionalidade da relação impõe os deveres de conduta como forma de consideração aos interesses comuns.” (ROSENVALD, 2005, p.109). Entretanto, por sua própria natureza protetiva, o CDC pressupõe a vulnerabilidade do consumidor em incontáveis áreas das relações consumeristas, impondo à parte não-vulnerável a efetivação de condutas capazes de propiciar o reequilíbrio contratual. É por esta razão que o dever de informação é tão relevante para as relações reguladas pelo CDC¹⁹³, que o positivou em seus arts. 30¹⁹⁴ e 31¹⁹⁵.

¹⁹² *Section 307 Test of reasonableness of contents (1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.*

¹⁹³ Ressaltando o tratamento do dever de informação pelo CDC, expõe Cláudia Lima Marques (2006, p. 150): "O direito à informação assegurado no art. 6º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC nos arts. 12, 14, 18 e 20, nos arts. 30 e 31, nos arts. 46 e 54 ao fornecedor. Esse dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual, da publicidade, práticas comerciais ou oferta (arts. 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario, art. 51, I, IV, XIII, c/c art. 6º,III), especialmente no momento da cobrança de dívida (a contrario, art. 42, parágrafo único, c/c art. 6º, III), ainda mais em contratos cativos de longa duração, como os de planos de saúde, os contratos bancários, de financiamento, securitários e de cartão de crédito, pois, se não sabe dos riscos naquele momento, não pode decidir sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura, se continua; se não sabe quanto pagar ou se houve erro na cobrança ou se está discutindo quanto pagar, necessita a informação clara e correta sobre a dívida e suas parcelas. Nestes momentos informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação - é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação!) e boa-fé."

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades,

O descumprimento do dever de informação, assim como o dos demais deveres de conduta, é espécie de inadimplemento, e amplamente abordado pela jurisprudência brasileira, especialmente nas contendas que envolvem as relações de consumo¹⁹⁶.

Por derradeiro, são apresentados os deveres de lealdade. Age com lealdade aquele que, na pendência contratual, se abstém de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações nele consignadas, devendo ser presente em todas as etapas da relação obrigacional (CORDEIRO, 1984, p.607). É a lealdade o mais imediato dever decorrente do princípio da boa-fé, pelo qual se visualiza um mandamento de cooperação recíproca que implica às partes a não agir com de modo a atingir a dignidade do outro contratante (ROSENVALD, 2005, p. 106).

Entretanto, não apenas por meio do não-agir de maneira desleal configura a observância ao dever de cooperação. Em sua atuação positiva, o dever de cooperação inflige à parte credora, por exemplo, o dever de renegociar as dívidas da parte devedora, em vista à manutenção da obrigação contratual de forma equilibrada (MARQUES, 2006, p. 198).

quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹⁹⁶ A título de exemplo, o seguinte julgado: "CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. NULIDADE CONTRATUAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO BANCÁRIO. TAXAS E SERVIÇOS SEM AUTORIZAÇÃO DO CONSUMIDOR.DEVER DE INFORMAÇÃO. ARTIGO 6º, III, DO CDC. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA TRANSPARÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. I - Contratação de um serviço bancário pago, como a que foi investida a apelada no serviço próprio de conta corrente, quando teria a possibilidade de tê-lo à sua disposição de modo gratuito uma conta-benefício, mesmo que este não lhe proporcione outras vantagens, gera violação ao dever de informação e ao princípio da transparência previsto no art. 6º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, por parte da instituição financeira apelante, assim como ofensa à boa-fé objetiva, legalmente assegurada pelo nosso Código de Direito Cível, sem seu art. 422. II - Presentes os pressupostos da responsabilidade civil: conduta (desconto indevido), dano (inadequação financeira) e nexo causal, levando ao efetivo dano material e moral, e a necessidade de sua reparação, III - Repetição de indébito que se impõe pelos descontos de "TARIFA BANCÁRIA CESTA B. EXPRESSO" e "TARIFA BANCÁRIA" e demais tarifas que envolvam serviços bancários (conta corrente) no período de 22/04/2010 a 30/12/2011. IV - Quantum indenizatório pelos danos morais causados, porque dentro do que dispõe os ditames da razoabilidade e proporcionalidade, orientado por sua finalidade compensatória, atribuída a quem sofreu os abalos psíquicos, além de pedagógica, foram arbitrados de forma acertada na sentença, devendo estes ser mantidos no patamar de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). V - "A não apresentação pelas partes agravantes de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada leva ao desprovimento do agravo regimental" (BRASIL, 2015).

Na Argentina, o art. 1.011¹⁹⁷ do CC prescreve o dever de forma positivada em sua segunda parte, ordenando que as partes devem exercitar seus direitos conforme o dever de colaboração, respeitando a reciprocidade das obrigações do contrato consideradas em sua total duração.

O dever colateral de cooperação se revela mais exigente nos casos de contratos duradouros (LÔBO, 2005, *online*). É o caso, por exemplo, do contrato de seguro-saúde. Cumpre o dever anexo de cooperação nesta modalidade contratual o segurado que promove o pagamento mensal da parcela ajustada com a seguradora. Por seu lado, age de modo cooperativo a seguradora que se abstém de realizar condutas que criem empecilhos que dificultem ou frustrem a possibilidade de o segurado adimplir a obrigação. Ainda considerando esta espécime contratual, tem-se o inadimplemento do dever de lealdade a seguradora que estabelece cláusula permissiva de reajuste com base no índice de sinistralidade, ocasionando a majoração da mensalidade, vez que apenas considera o benefício próprio, abandonando a preocupação que deveria ter com a onerosidade excessiva do contrato para o segurado¹⁹⁸.

A solidariedade¹⁹⁹ decorrente da circularização do direito civil à órbita dos ditames constitucionais é o fundamento em que se respalda a exigência de condutas

¹⁹⁷ Art. 1.011- Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme a un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

¹⁹⁸ É o que se vê nas decisões dos Tribunais brasileiros, colacionando-se, a título de exemplo, o seguinte: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. REVISÃO DE CONTRATO. REAJUSTE ANUAL. PLANO COLETIVO. ÍNDICE DE SINISTRALIDADE. VARIAÇÃO SOMENTE EM FAVOR DA OPERADORA. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Súmula n. 469 do STJ. 2. Nos contratos coletivos não há percentual previamente fixado pela Agência Nacional de Saúde, mas apenas a obrigação de a operadora informar o reajuste aplicado no ano, o qual poderá ser livremente negociado com a contratante. Isto é o que se extrai do artigo 35-E, § 2º da Lei 9.656/98, da Resolução Normativa nº. 128/2006 da Direção Colegiada da ANS e da Instrução Normativa nº. 13/2006 da DIPRO/ANS. 3. Entretanto, ao estabelecer cláusula que permite reajuste com base no índice de sinistralidade, majorando a mensalidade apenas em benefício próprio, sem considerar a possibilidade de o contrato tornar-se igualmente oneroso à parte autora, acabou a ré por violar a boa-fé objetiva, um dos elementos essenciais do contrato de seguro, previsto no art. 422 da atual legislação civil, de sorte que se mostram abusivos os aumentos implementados decorrentes daquela. Negado provimento ao apelo (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

¹⁹⁹ A solidariedade, já abordada como uma das dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, no capítulo 1, também será objeto de análise no capítulo 3, momento em que será associada às implicações práticas da boa-fé objetiva nas relações negociais.

cooperativas nas relações privadas. O contrato não mais é visto como objeto pelo qual se formalizam as vontades ilimitadas dos negociantes como polos indissociáveis. E é a boa-fé o instrumento que faz brotar deveres de condutas aptos a associá-las de maneira leal, justa, honesta e saudável.

3 O PRÍNCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO DENSIFICADOR DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

Vários mecanismos legais existem para dar concretude à ideia de dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento do homem como ser individual e social. Um deles, a despeito de pouco debatido no ambiente do direito constitucional, é o da boa-fé contratual. Viu-se que o conceito tem múltiplas irradiações e que todas elas tratam de garantir um ideal de justiça na ambiência negocial. Ao mesmo passo foi observada a dignidade da pessoa humana no recorte de seus elementos mínimos.

Tenta-se, agora, demonstrar a boa-fé objetiva como mecanismo para a concretização da dignidade da pessoa humana na esfera privada. E isso será feito correlacionando os preceitos da boa-fé com as dimensões da dignidade da pessoa humana, quais sejam: a atitude ética, honesta e proba, mandamento nuclear do princípio da boa-fé, e suas funções interpretativa, impeditora do exercício abusivo de direitos subjetivos e a criadora dos deveres de proteção, lealdade e esclarecimento com os elementos da dignidade consistentes no valor intrínseco do ser humano, princípio da igualdade, princípio da liberdade e o princípio da solidariedade.

Isso só será possível após a constatação e análise de algumas premissas originadas da promulgação da Constituição de 1988, especialmente pelo fato de ela ter elegido como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana e como seu objetivo fundamental o princípio da solidariedade, a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Parte-se da análise da queda do muro que tornava os direitos públicos e os direitos privados incomunicáveis. Em seguida, é abordada a adequação da técnica legislativa utilizada à nova orientação do ordenamento civil, que gravita em torno da Constituição. Nela coexistem a técnica regulamentadora ou tópica e as cláusulas gerais, possibilitando elasticidade em sua interpretação e aplicação nos casos concretos.

Verifica-se também a alteração do próprio sujeito de direito, que, de abstrato, passa a ser entendido e respeitado em sua concretude, razão pela qual se determina a observação de suas qualidades individuais.

A apreciação da diluição das fronteiras entre o direito público e o direito privado e a oxigenação do ordenamento jurídico pelas cláusulas gerais tem

possibilitado a observação de intenso diálogo entre os princípios constitucionais e o Direito Civil sistematizado, razão pela qual se examinará a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Todos esses elementos apontam positivamente para a demonstração da relação existente entre a boa-fé e a dignidade humana. Comprova-se, portanto, o princípio da boa-fé objetiva atuando diretamente em todos os elementos essenciais à materialização da dignidade humana: valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade.

Assim, de início, informará que ela age consagrando o valor intrínseco da pessoa humana, ao preceituar a defesa do valor ético nas relações negociais, inclusive nas que possuem objetos existenciais.

Em continuidade, a boa-fé será apresentada como concretizante da dignidade humana quanto ao direito à igualdade substancial em sua função interpretativa (art. 113, CC), pela qual impõe o dever de se interpretar as cláusulas negociais de modo a compatibilizar a apreciação dos princípios do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo com os constitucionais.

Relaciona-se também a boa-fé com o elemento da liberdade, representando um limite material à autonomia privada nas relações negociais, impedindo, por exemplo, o exercício abusivo de direitos subjetivos (art. 187, CC).

Por fim, exalta o elemento da solidariedade, especialmente referindo aos seus deveres de conduta (art. 422, CC), determinando que os negociantes atuem de modo cooperativo. É o que, com base na análise de julgados dos tribunais brasileiros, demonstra este capítulo, comprovando que o princípio negocial da boa-fé objetiva é mecanismo apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais.

3.1 PREMISSAS PARA A COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE

As transformações jurídicas surgem na esteira das modificações pelas quais passa a sociedade. Os adventos tecnológicos e biotecnológicos geralmente são apontados como os grandes responsáveis por essas alterações.

Igualmente, as mudanças ideológicas que retificam premissas incutidas no ideário comum como corretas, acarretam modificações nas relações sociais e, conseqüentemente, no ambiente jurídico. Exemplos disso são demonstrados nos

recentes julgados dos tribunais: a defesa da igualdade substancial entre os gêneros; a família multiparental; o reconhecimento da união homoafetiva; a possibilidade da alteração do nome no registro civil do transexual.

Conceitos e institutos jurídicos que remetiam ao século XIX são desafiados a oferecer respostas em um mundo tecnologicamente avançado. Para dar conta deste desafio, os estudiosos das ciências jurídicas, sobretudo os civilistas, tiveram de elaborar reflexões, a fim de conceber modelos de preceitos e institutos jurídicos que deem conta das demandas dessa sociedade transmutada.

Pela ótica liberal, já aludida no estudo da dignidade da pessoa humana, pautada no individualismo fundado no patrimonialismo egoísta, imperava nas relações negociais a autonomia da vontade ilimitada, assegurando-se ampla liberdade contratual e afiançando-se a concretização dessa relação em razão do princípio da força obrigatória dos pactos (MARTINS-COSTA, 2002, p. 614-615).

A fim de que tais princípios vigorassem, racional defender a igualdade dos sujeitos abstratos em sua acepção formal, consolidando o entendimento de que todos os indivíduos são iguais perante a lei, bem como a liberdade em sua vertente negativa, exprimida pela ausência de intervenção do Estado nas relações negociais entabuladas entre os atores privados.

O tempo passa e os anseios se modificam. As consequências das mãos invisíveis do Estado em sua falta de atuação nas relações privadas, tais como a acentuação da desigualdade material entre os sujeitos, os abusos no exercício dos direitos de que eram titulares, ocasionadas pela ampla liberdade contratual, culminaram na imprescindível alteração do próprio modelo de Estado, dando origem ao Estado Social de Direito.

Nesse modelo, a liberdade de contratar - ou não - e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado cedeu espaço às limitações impostas pela dignidade da pessoa humana, pela função social e pela boa-fé objetiva, incorrendo na ideia de autonomia privada.

Diante desse contexto, discute-se a comprovação da hipótese de que o princípio negocial da boa-fé objetiva é instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais. Tal desafio justifica-se sobretudo em razão das alterações no âmbito jurídico implicadas pelas transformações sociais.

Os códigos oitocentistas, ainda que no momento de sua edificação tenham oferecido grandes avanços, claramente aptos a resolver as contendas sociais da

época, especialmente atendendo aos anseios da sociedade liberal-burguesa, diante das transformações sociais sobrevindas ao longo dos séculos, demonstraram algumas inadequações, tais como a utilização da técnica casuística, pela qual se regulamentam as relações sociais com a pretensão de completude; o muro intangível pelo qual se separa direito público do direito privado, impossibilitando o diálogo entre o Texto Constitucional e outras normas jurídicas, como as contidas no Código Civil, e a aceitação deste como a própria constituição do direito privado; a inapropriada localização do patrimônio como elemento central do ordenamento jurídico; a visualização do sujeito de direito como um sujeito abstrato detentor de liberdade negativa e igualdade formal, desconsiderando-se aspectos das suas características substanciais de individualidade de cada sujeito e aspectos sociais.

A primeira premissa que se impõe é a de que, com a adoção do Estado Democrático de Direito, que entrou em vigor juntamente com a Constituição de 1988, após mais de duas décadas de regime ditatorial, o patrimônio, elemento central do direito privado, cede lugar à pessoa humana concreta, da qual se irradiam direitos e deveres para que a sua dignidade seja protegida e promovida em todos os ambientes (SARLET, 2002, p. 69). As escolhas do legislador, ao eleger o direito à vida e à integridade física e psíquica²⁰⁰ como princípios fundamentais, confirma essa premissa.

Nessa esteira, por exemplo, os contratos deixam de serem unicamente instrumentos de trocas econômicas, passando, agora, também a prestarem-se como instrumentos aptos à materialização de valores existenciais do homem (FACHIN, 2012, p. 49). Trata-se de reposicionar o sujeito ao centro das relações jurídicas. Se a antiga codificação civil via no patrimônio o centro do direito privado, hoje, por influência do Texto de 1988, a pessoa é a destinatária da tutela jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, então, fundamento de todos os direitos da pessoa, sejam eles humanos, em se tratando daqueles relativos ao ambiente internacional; direitos fundamentais, denominados quando sediados na Constituição Federal; e da personalidade, aqueles positivados em rol exemplificativo no Código Civil, e é, também, objetivo central que determina o culto às práticas sociais que promovam a igualdade formal e substancial entre as pessoas,

²⁰⁰ CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

consolidando uma justiça formal e material, a liberdade de autodeterminação do indivíduo e a solidariedade, que é objetivo fundamental da República e irradia sua luz altruística para todo o ordenamento jurídico.

É evidente que a dignidade da pessoa humana, como fundamento de direitos e como principal objetivo a ser concretizado nas práticas sociais, não envolve apenas o direito público, revelado pela relação entre Estado e indivíduo, mas, de igual modo, abrange as práticas negociais efetivadas entre sujeitos individuais analisados em ambiente privado. Essa constatação demonstra o desmoronamento do muro que instituía a fronteira entre o direito público e o direito privado²⁰¹, culminando no fim da ideia de que ao primeiro caberia a tutela dos direitos fundamentais, especialmente com o objetivo de enaltecer as liberdades individuais, e ao segundo a regulamentação dos direitos patrimoniais (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 99).

Dessa forma, as fronteiras entre o direito público e o direito privado vêm se tornando cada vez mais porosas, a ponto de não se poder, em determinados casos, separar o interesse público do interesse privado. A constitucionalização do direito civil, ao lado da civilização do direito constitucional, verificadas na Europa a partir da II Conflagração Mundial, forjaram novos paradigmas, de tal sorte que figuras jurídicas, como a empresa, a propriedade e o contrato, passaram a ser lidas sob as lentes da Constituição.

E isso se comprova observando dois pontos: a defesa, pela Constituição, de objetos tradicionalmente localizados em ambiente privado, como família e propriedade e a edificação de um título contemplando os direitos da personalidade no Código Civil. Toda essa alteração deu origem à chamada constitucionalização do direito privado e também à defendida privatização do direito público²⁰², já muito discutida e aceita pelos estudiosos jurídicos.

²⁰¹ Sobre a diluição da fronteira entre o direito público e o direito privado, Gustavo Tepedino (2004, p. 19) comenta que “a interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. [...] Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual é o território do direito público e qual o território do direito privado.”

²⁰² Roberto Wagner Marquesi (2005, p. 2) cita como exemplos da privatização do direito público os seguintes casos: “o município que adquire veículos para recompor a frota de ambulâncias pratica um negócio jurídico com o particular, sob a disciplina do contrato de compra e venda (CC, arts. 481 e ss.). Outro exemplo significativo está no contrato de parceria público-privada previsto na Lei 9790/99, que cria as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Aqui, tem-se um caso em que o Estado contrata uma pessoa jurídica de direito privado, associação ou fundação

Eugênio Facchini Neto (2010, p. 65), ao examinar a constitucionalização do direito privado, afirma que tal fenômeno impõe a releitura²⁰³ do Direito Civil sob os preceitos axiológicos da Constituição Federal, provocando “um necessário compromisso do jurista com a eficácia jurídica e com a efetividade social dos direitos fundamentais”. Haverá, desse modo, uma comunicação entre os valores consubstanciados em princípios constitucionais e os valores ancorados no Código Civil, de modo que dessa comunicação seja fruto um direito civil constitucionalizado, com vistas à harmonização do conteúdo tradicionalmente egoísta das relações privadas com a solidarista estipulada pelo legislador constitucional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso I, CF).

O individualismo correlacionado ao patrimônio deixa de ser a única matéria de competência do direito privado, vez que a supremacia da nova ordem constitucional altera o eixo de equilíbrio das relações por ele reguladas e determina o abandono da visão orientadora que privilegiava a individualidade patrimonialista, dando lugar também aos interesses existenciais, com o principal intuito de preservar e de promover a dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, o sujeito de direito também não pode mais ser considerado como um sujeito abstrato, entendido como “perfil jurídico não definido a partir de suas condições concretas” (FACHIN, 2012, p. 101), mas sim como uma pessoa concreta que possui características individuais, necessidades, desejos, sonhos. Já não se pode aceitar a ideia de que as relações negociais significam apenas um sujeito X estabelecendo contrato de objeto patrimonial com o sujeito Y. A noção de pessoa concreta deve levar em consideração as qualidades dos sujeitos, a vulnerabilidade do consumidor, a necessidade de cuidado do Poder Público para com o trabalhador, o zelo para com as crianças, adolescentes e idosos, a dedicação de proteção aos deficientes, a necessária atenção aos indivíduos que não possuem recursos materiais para alcançarem ao mínimo existencial²⁰⁴.

constituída por particular, para a consecução de determinado escopo público (promoção da saúde, educação, patrimônio artístico, meio ambiente etc). Rege-se o negócio, preponderantemente, pela principiologia dos contratos presente no sistema privado.”

²⁰³ Pietro Perlingieri (2007, p. 285) é defensor da reconstrução do ordenamento jurídico, especialmente em razão da impossibilidade da separação dos interesses públicos dos privados, alertando que a releitura do ordenamento deverá levar em consideração a graduação ou hierarquia normativa dos interesses, atentando-se às suas peculiaridades objetivas e subjetivas, tanto em sua forma abstrata, quanto em sua forma concreta.

²⁰⁴ Daniel Sarmento (2016, p. 239-240), a respeito da teoria do mínimo existencial, relacionando-a com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim pondera: “O princípio da dignidade da pessoa humana compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicas da vida – o

As relações negociais envolvem sujeitos concretos que, além dos negócios jurídicos patrimoniais, realizam negócios jurídicos existenciais, afirmando-se como seres dignos, utilizando o direito privado como instrumento de promoção de sua dignidade²⁰⁵. Judith Martins-Costa (2010, p. 84), sobre o significado de sujeito, assim sintetiza: “pessoa humana que se define não apenas por sua abstrata liberdade de firmar vínculos jurídicos, mas por sua concreta e multidimensional vivência num espaço que é, concomitantemente, privado ou particular e público ou comum e em relação ao qual temos todos a atribuição de certas responsabilidades”.

A igualdade formal não basta. Imperiosa é a observação da igualdade em sua acepção substancial. A liberdade negativa não é suficiente. Necessária é a atuação do Estado e da sociedade na promoção da liberdade positiva, estabelecendo a possibilidade de que todos os indivíduos sejam livres para exercer a sua vida de maneira digna, o que pressupõe a existência de uma base mínima para que ele a exerça.

Fato é que, diante da constante mutação da sociedade e, conseqüentemente, das relações negociais realizadas entre seus membros, o legislador não se desobriga da atribuição de se adequar aos novos anseios sociais. No entanto, a pretensão de abarcar todas as hipóteses de relações sociais pelas quais as pessoas podem se autoafirmar como seres integralmente dignos é inatingível, razão pela qual a técnica legislativa casuística, em que prediz atender a todas as possibilidades de relações sociais, é inadequada, pois “com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular” (SCHREIBER, 2013, p. 123).

É então que surge a adoção da técnica legislativa que, ao lado da casuística, que não deixa de ser utilizada, contempla a adoção das cláusulas gerais, que são “normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem

direito ao mínimo existencial –, que, na nossa ordem constitucional, constitui um piso para a justiça social, mas não um teto para a atuação estatal voltada à promoção da igualdade material e dos direitos sociais. A garantia do mínimo existencial é pressuposto para o pleno exercício das liberdades civis e da democracia, mas se justifica por razões autônomas, que independem desses objetivos.”.

²⁰⁵ No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2012, p. 207): “[...] quando a Constituição Brasileira de 1998 tutela o direito à vida – e coloca em primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência.”.

valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas” (TEPEDINO, 2002, p. XIX). Dessa forma, oferece-se ao operador do direito a possibilidade de alargamento do seu conteúdo ao realizar a sua aplicação no caso concreto cuja apreciação a ele fora submetida.

A demonstração desses temas adquire especial importância com a positivação das cláusulas gerais de tutela da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal, e de consagração da boa-fé objetiva, no Código Civil. Ambas possuem como objetivo a concretização da pessoa humana como ser digno. E, se observadas, alcançam o que almejam.

A diluída fronteira entre o direito público e o direito privado importa na constatação do direito privado efetivando direitos fundamentais, de origem constitucional, e direitos existenciais²⁰⁶, fundados na tutela dos direitos da personalidade e, ao mesmo tempo, importa na efetivação dos direitos privados, à luz dos preceitos fundamentais, sobretudo na garantia e promoção da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, em verdadeiro diálogo. Isso porque “a dignidade humana continua a ser o ponto de partida, mas não como liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis por ela” (ANDRADE, 2010, p. 245).

Todos os direitos fundamentais significam, de alguma forma, manifestações do exercício e da realização do princípio da dignidade da pessoa humana. E, sob essa ótica, empreende-se o questionamento da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º²⁰⁷ da CF) nas relações privadas.

Os direitos fundamentais exigem a sua aplicabilidade e eficácia no âmbito do direito público, em razão de, nesse ambiente, a relação ter como participantes o

²⁰⁶ Sobre isso também comenta Gustavo Tepedino (2004, p. 10): “Não mais se limita o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimoniais ao cumprimento de deveres não patrimoniais.”

²⁰⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

indivíduo e o Estado, por meio de seus Poderes Públicos. Nessa relação, a eficácia dos direitos fundamentais denomina-se como vertical (SARLET, 2008, p. 392-400).

Mas não só o Estado é incumbido de efetivar os direitos fundamentais, até mesmo porque “a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre o público e o privado” (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 105). Toda a sociedade possui essa responsabilidade, inclusive quando negocia em âmbito privado, seja o objeto da negociação patrimonial, seja existencial, os direitos fundamentais deverão ser respeitados e dignificados. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais são normas de valor que devem irradiar-se para toda a ordem jurídica, alcançando, deste modo, também as relações privadas (SARLET, 2008, p. 392-400).

José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 274) defende a existência de dois aspectos essenciais e concorrentes da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O primeiro diz respeito à qualidade dos direitos fundamentais como princípios constitucionais, que, por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, atingem toda a ordem jurídica, razão pela qual se aplicam também às relações privadas; enquanto o segundo atende aos necessários cuidados dos direitos dos particulares não só em relação ao Estado, mas também de outros indivíduos e entidades particulares.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 395-404) também pondera sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abordando a problemática da vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O autor defende duas considerações acerca da denominada eficácia privada ou horizontal: havendo relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica, prevalecendo o princípio da liberdade e autonomia para ambas, admitir-se-á a eficácia direta dos direitos fundamentais apenas em caso de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade. No entanto, a segunda consideração às relações privadas em que figuram como partes marcadamente desiguais, um indivíduo que negocia com um detentor de poder econômico ou social, caso em que deverá se admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público (eficácia vertical).

Nelson Rosenthal (2005, p. 188), que também discute acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por sua vez, busca investigar se a

aplicação dos princípios constitucionais no âmbito negocial é direta ou indireta, chegando à conclusão de que os direitos fundamentais poderão alcançar o particular em sua atuação privada por três maneiras: a primeira será de forma indireta, que terá lugar no momento em que o legislador infraconstitucional, ao positivar uma regra de direito privado, nela materializar algum direito fundamental. Também indiretamente os direitos fundamentais alcançarão as relações privadas quando, por meio da atividade interpretativa do magistrado em relação às cláusulas gerais e à determinação do conteúdo dos conceitos indeterminados, preenchê-las com valores consubstanciados nos princípios constitucionais. A forma direta ocorrerá quando houver uma lacuna no direito privado e houver ofensa aos direitos fundamentais.

A utilização das cláusulas gerais e a aplicação dos princípios fundamentais no ambiente privado asseguram um papel de relevância para a discricionariedade judicial, vez que a atuação do magistrado será conduzida por valores fundamentais e, portanto, dignificará a pessoa humana, verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico brasileiro (SCHREIBER, 2013, p. 122-123).

Como pontos de intersecção entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, mencionam-se a possibilidade de responsabilização civil do sujeito que ofende a honra, intimidade ou a imagem de outrem (art. 5º, inciso X, CF), a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, CF), proteção da família (art. 226, CF), os direitos da personalidade (Capítulo II, CC), impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º, inciso XXVI, CF), dignidade da pessoa humana e a solidariedade social como princípios informadores da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF) (FACCHINI NETO, 2010, p. 56).

A dignidade da pessoa humana como vetor das relações sociais se manifesta na alteração do “ter” para o “ser” no fundamento do Direito Civil, visualizado, por exemplo, na noção de mitigação da liberdade do sujeito titular de uma propriedade, que, sob a ótica da promoção da dignidade humana, deve dar à ela uma função social. De igual modo, a família e o contrato também são relidos sob o feixe do princípio constitucional. A família recebe novas possibilidades de formação, diferentemente da tradicionalmente adotada, formada por mãe, pai e filhos. O contrato, semelhante ao direito de propriedade, deve possuir função social e deve, igualmente, observar os preceitos éticos do princípio da boa-fé objetiva (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 106).

A consequência da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas significa, em síntese, a possibilidade de que os particulares invoquem tais direitos tanto com o intuito de assegurar o exercício de sua liberdade de autodeterminação, quanto com o objetivo de defender, por outro lado, o direito de igualdade nas práticas negociais, podendo, na seara cível, solicitar a invalidação dos atos jurídicos que afrontem a esses preceitos constitucionais, culminando no dever de ressarcimento dos danos causados (ANDRADE, 2010, p. 253). Até mesmo porque é correta a afirmação de que os direitos fundamentais podem ser violados e ameaçados nas relações privadas (SARLET, 2010, p. 21).

A apreciação do Direito Civil, dessa forma, não comporta apenas a análise das relações privadas de maneira isolada. Ela invoca o exame das emanações constitucionais que irradiam do princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual deve ser interpretado em conformidade com a Constituição:

Se as fronteiras entre o público e o privado já não são mais tão nítidas, se o direito público e o privado manifestam tendências convergentes, se o direito constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado, enunciando princípios e consagrando valores que se aplicam também às relações entre os particulares – se tudo isso é verdade, como é, então parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema do litígio, ou que enunciam valores e objetivos que devem orientar toda e qualquer atividade estatal, especialmente a jurisdicional, mas também a atividade privada (como o fundamento e valor da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), os valores da liberdade, justiça social e solidariedade (artigo 3º, I), da igualdade também substancial (artigos 3º, III e 170, VII) (FACCHINI NETO, 2010, p. 62).

Tal assertiva impõe ao juiz o dever de, ao apreciar o caso concreto, mesmo decorrente de uma relação privada, tomar como norte a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, a fim de que se alcance o objetivo consolidado na Carta Constitucional, de uma sociedade justa e solidária.

Eugênio Facchini Neto (2010, p. 63) defende que a boa-fé objetiva se fundamenta no princípio da solidariedade. Entretanto, entende-se nesta pesquisa que a boa-fé objetiva tem raiz no princípio da dignidade da pessoa humana, vez que se relaciona com todos os seus elementos mínimos, dos quais a solidariedade faz parte.

É nesse contexto de intenso diálogo entre o Código Civil e a Constituição, possibilitado principalmente pela adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, que surge a boa-fé como princípio apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais, pois ela abre as portas do direito privado para receber os valores constitucionais que a tutela da dignidade da pessoa humana irradia para a sua materialização.

3.2 BOA-FÉ E DIGNIDADE: CONCRETIZANDO OS ELEMENTOS DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

O princípio negocial da boa-fé é a disposição normativa que revela a efetividade das relações realizadas no ambiente privado. Isso porque é por meio de sua função interpretativa, utilizada como concreção e interpretação dos contratos, reguladora do exercício de direitos subjetivos, impedindo atuação abusiva do sujeito deles detentor, e, também, integrativa ou criadora de deveres de conduta que a boa-fé instaura um novo modelo de relação obrigacional, fundada essencialmente em condutas honestas, transparentes, éticas, corretas: negociações que inspirem confiança às partes.

O negócio jurídico²⁰⁸ é instrumento pelo qual o ser humano tem possibilidade de se dignificar no ambiente privado. Seja ele patrimonial, como, por exemplo, na

²⁰⁸ O conceito de negócio jurídico merece algumas considerações para que se compreendam as relações negociais em que se afirma a boa-fé como instrumento concretizante da dignidade humana. Negócio jurídico é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, seus interesses nas relações com os outros. Ou seja, é um ato de autonomia privada ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo. Em que pese a definição comum da doutrina, de que o negócio é uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, trata-se de uma qualificação formal, frágil e incolor, inspirada apenas no dogma da vontade e que não apreende a essência, que está na autonomia, na auto regulação de interesses nas relações privadas como fato social. Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objeto do seu querer (BETTI, 1969, p 107-113). Ele pode ser definido sob duas estruturas: como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato; e como fato, isto é, como fato jurídico concreto. Como categoria, é a hipótese de fato jurídico que consiste em uma manifestação de vontade envolvida de certas circunstâncias que fazem com que socialmente essa manifestação seja dirigida à produção de efeitos jurídicos. É visto, pois, como declaração de vontade, onde a vida social atribui efeitos manifestados como queridos, isto é, efeitos constitutivos de direito. Por outro lado, sob o prisma concreto, o negócio jurídico corresponde, também em uma declaração de vontade, porém é o ordenamento jurídico que confere os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica (AZEVEDO, 1986, p. 19-20). Pontes de Miranda (1986, p. 16), na vigência do Código Civil de 1916, destacava que o conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. Naturalmente, para tal poder fático de escolha supõe-se certo autorregramento de vontade, dito

aquisição da moradia tanto almejada, seja existencial, como nos casos de fertilização *in vitro* ou na possibilidade de se colocar no papel e fazer valer as suas diretivas antecipadas de vontade (testamento vital²⁰⁹).

A boa-fé, que deve estar presente em todas as etapas da realização do negócio, tem o condão de dignificar as pessoas dos contratantes: tratativas éticas, no que concerne à transparência das cláusulas negociais e dos objetivos que se esperam do negócio, bem como daquilo que se poderá atingir com a sua consumação; condutas cooperativas e cuidadosas durante a realização do contrato, impedindo-se, por exemplo, o exercício abusivo dos direitos subjetivos e, ainda, o zelo entre os sujeitos negociantes, conduzindo a etapa pós negocial como uma relação de parceria cooperativista, fundada em ideais solidários – e não egoístas.

Presente em todas as etapas da realização do negócio jurídico, em conformidade com as demonstrações acima, os sujeitos terão sua dignidade concretizada em suas relações negociais.

Não haverá espaço para instrumentalização de nenhum dos sujeitos negociantes, eis que as relações privadas com raízes na boa-fé não admitem a adoção de condutas que levem em consideração o indivíduo em sua forma abstrata, sempre será considerado o sujeito concreto que possui, por sua qualidade de ser humano, valor intrínseco. As partes que figuram como contratantes possuem características individuais que devem ser apreciadas na realização do negócio,

“autonomia da vontade”, pela qual o agente determina as relações jurídicas em que há de figurar como termo. Hodiernamente, levando-se em consideração a formulação do conceito pelo Código Civil de 2002, vê-se que o legislador civil parte de dois elementos: o primeiro envolve uma vontade particular que é dirigida à produção de determinados efeitos, pela qual os sujeitos podem regular os seus próprios interesses; o segundo, por sua vez, consiste no reconhecimento desse poder dos sujeitos em regular os seus interesses, ou seja, o reconhecimento da autonomia privada (AMARAL, 2014, p. 372). Desta forma, verifica-se que o conceito de negócio jurídico sofreu certas modificações em vários aspectos, desde a letra da norma positivada aos princípios que regem o campo do direito privado, sobretudo contratual. As transformações e evoluções impactaram no campo prático das relações negociais, consubstanciadas nos negócios jurídicos, que passaram a funcionar sob a influência de princípios como operabilidade, eticidade e socialidade, valores preconizados na Lei Civil. Portanto, o negócio jurídico não pode mais ser interpretado pura e simplesmente levando-se em conta os elementos da vontade e da vinculação das partes ao negócio firmado, ou seja, não se pode interpretá-lo de acordo com os métodos tradicionais, fundados na pura aplicação da lei (subsunção do fato à norma), nesse caso, na lei do negócio. É necessária a conjugação de diversos elementos para a sua interpretação, juntando aos seus elementos princípios como o da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, tudo isso visando ao princípio máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana.

²⁰⁹ Acerca do tema, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton William Pona (AMARAL; PONA, online) expõe que “esse instrumento de vontade, válido em muitos países ao redor do globo, é batizado em sua origem norte-americana como sendo *living will*, testamento vital entre os nacionais. A adoção em terras brasileiras, entretanto, encontra impasses na interpretação que se dá ao direito à vida e aos limites da disposição da própria vontade”. Para leitura mais aprofundada sobre o tema, ver: Pona (2015).

conduzindo a negociação a um equilíbrio em que ambas possam exercer a sua dignidade de maneira concreta nessa contratação.

A igualdade será enaltecida. A boa-fé em seu dever anexo de cuidado, com a sua função interpretativa e com a observância do sujeito em sua concretude, materializará nos negócios jurídicos a igualdade substancial, pois atitudes éticas, probas e honestas não permitem a consolidação de cláusulas negociais nas quais a liberalidade da vontade das partes acarrete cláusulas abusivas a ponto de culminar em situação de desequilíbrio contratual.

Liberdades, igualmente, serão prestigiadas com a exaltação da boa-fé nas relações negociais: tanto em sua vertente negativa, traduzida pela impossibilidade de interferência na autodeterminação do sujeito; quanto em sua acepção positiva, fundada na necessidade de provimento, pelo Poder Público, de condições mínimas para que o sujeito consiga exercer as suas liberdades de escolha.

A boa-fé, com a sua função de proibição do exercício abusivo dos direitos subjetivos relativiza o princípio da autonomia do indivíduo. No entanto, a boa-fé corrobora para com a liberdade no regular exercício dos direitos subjetivos, eis que permite que a escolha do sujeito negociante seja feita com confiança em relação ao negócio jurídico entabulado, sem que haja nenhuma venda em seus olhos, que poderão, em razão da boa-fé, enxergar o negócio por inteiro, sem máculas.

O ser humano vive em sociedade. Condutas individualistas e egoístas não são mais aceitas em nenhum ambiente, inclusive no negocial. Essa visão egoísta perde sentido em razão da elevação da dignidade do homem como fundamento da República e da promoção do princípio da solidariedade como seu objetivo fundamental. Na realização do negócio jurídico no campo privado, a percepção de partes antagônicas igualmente perde força, sobretudo em razão da boa-fé objetiva, que determina a efetivação de condutas cooperativas, cuidadosas e transparentes pelos sujeitos negociantes em todas as etapas da negociação.

Tudo isso demonstra o princípio da boa-fé objetiva atuando nas relações negociais de modo a concretizar a dignidade daquele que negocia. Ela cuida do valor intrínseco do contratante, enaltece a igualdade substancial no negócio jurídico, limita e exalta a liberdade do sujeito concreto e, de maneira indubitável, consolida negociações solidárias, o que possibilita, em suma, o cumprimento de um dos objetivos fundamentais da República: a consumação de uma sociedade livre, justa e solidária.

3.2.1 Boa-fé e Valor Intrínseco

O princípio negocial da boa-fé objetiva dignifica o valor intrínseco da pessoa humana nas relações negociais.

A máxima kantiana²¹⁰ preceitua o respeito à pessoa como fim em si mesma, impedindo que ela seja utilizada simplesmente como meio para que alguém realize os seus objetivos pessoais. A regra independe da seara na qual o ser humano se desenvolverá como sujeito digno, razão por que se demonstra que também na esfera privada ele deverá ser tratado como possuidor de valor intrínseco.

Como visto, a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico determinou a releitura de seus institutos clássicos, notadamente os situados em ambiente privado, como a família, a propriedade e o contrato, compelindo-os a atender aos valores fundamentais estabelecidos no Texto Constitucional.

Nessa perspectiva, o Direito Civil passou a ser tratado como Direito Civil-Constitucional e diversas foram as menções à constitucionalização desse ramo do direito e também à sua humanização. O sujeito de direito sofreu extraordinária alteração com a irradiação do valor da dignidade do homem para o ordenamento jurídico, deixando para trás sua característica de sujeito abstrato, tornando-se concreto, uma pessoa digna de respeito por suas características individuais. Aliás, esse sujeito concreto tornou-se o próprio centro das relações sociais, em que se incluem as negociais, tomando o lugar que era, por herança da doutrina liberal-burguesa, do patrimônio.

A boa-fé, nas relações negociais, dignificará a pessoa humana por meio de sua função integrativa ou criadora de deveres de conduta, especialmente pelos deveres de proteção e lealdade, que determinam o respeito do valor intrínseco do ser humano nas relações obrigacionais.

O simples fato de o ser humano o ser, dá a ele o caráter de sujeito digno. Ele difere das coisas que possuem preço e que, por isso, podem ser instrumentalizadas e trocadas por outras de iguais características. Possui dignidade inerente, o que impede a sua simples utilização ao bel prazer do outro. Nas relações

²¹⁰ “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2011, p. 73).

negociais, os deveres de conduta de proteção e de cooperação obstam a eventualidade da utilização do homem como se objeto fosse, dignificando o seu valor intrínseco.

O valor intrínseco do ser humano, como visto, possui relação inerente com o direito fundamental à vida e à integridade física e psíquica. Em verdade, como já mencionado em linhas passadas, ele se posiciona na raiz de diversos direitos fundamentais, relacionando-se também com a liberdade, igualdade e solidariedade.

A pessoa entender-se-á como digna nas relações negociais no momento em que alcançar, por meio dos negócios jurídicos celebrados, a possibilidade do desenvolvimento e da satisfação dos interesses de sua personalidade, atingindo suas ambições genuínas. A cláusula geral da boa-fé, de presença obrigatória em todas as negociações realizadas, atuará como auxiliadora nessa dignificação.

O dever de proteção concretiza o valor intrínseco da pessoa humana ao impor aos contratantes a adoção de medidas que possam evitar que a outra perceba danos ao patrimônio ou à integridade física ou psíquica, ou seja, ações que impeçam ou minimizem a percepção de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Os deveres de proteção são os caminhos pelo qual a parte deve direcionar suas condutas em todas as etapas do negócio jurídico, exprimindo atitudes cuidadosas e a necessária estima que se deve ofertar ao seu semelhante²¹¹.

A dignidade da pessoa humana, em seu elemento do valor intrínseco, também será concretizada nas relações negociais por meio do dever de lealdade. Abstendo-se da realização de comportamentos que falseiam ou possam falsear o verdadeiro intuito do negócio jurídico ou que possam desequilibrar as prestações nele consignadas. Em conformidade com esse dever, possibilita-se a consagração

²¹¹ Como exemplo do desrespeito ao dever de proteção, o que culmina na lesão ao patrimônio ou à existência de outro, colaciona-se o seguinte julgado: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSUMIDOR. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ABUSO DE DIREITO. QUEBRA DA BOA FÉ CONTRATUAL. OFENSA À BOA FÉ. ART. 422, DO CCB/02. QUEBRA DE CONFIANÇA. DANO MORAL SUPORTADO. EXPRESSÕES INJURIOSAS A ENSEJAR REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA NO LOCAL DE TRABALHO ATRAVÉS DE PALAVRAS OFENSIVAS À HONRA SUBJETIVA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. CONSTRANGIMENTO E ANGÚSTIA ANORMAIS. TORMENTOS. FRUSTRAÇÃO. ABUSO DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. [...]. TEORIA DO DESESTÍMULO. VIOLAÇÃO DE DIREITO DA PERSONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, gerando a obrigação de repará-lo, ao teor dos artigos 186 e 927, do ccb/02. 2. Responsabilidade objetiva do prestador de serviços, consoante disposto no art. 14, do cdc - lei nº 8078/90. Fato do serviço. Teoria do risco da atividade. Art. 927, parágrafo único. [...] (DISTRITO FEDERAL, 2008).

do direito à vida e à integridade psicofísica, especialmente nos negócios jurídicos existenciais, pois tal atitude implica num mandamento de cooperação recíproca, compelindo as partes a agir apenas de modo que não atinja a dignidade do outro contratante.

O principal reflexo do dever de lealdade é a cooperação. E a sua presença será singularmente imprescindível nos casos de contratos duradouros. Aliás, é nos contratos com essa característica, de longa duração, que é possível visualizar a boa-fé concretizando a dignidade da pessoa humana em seu elemento do valor intrínseco.

A fim de demonstrar essa concretização na prática, será analisado o teor do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou o Recurso Especial 962.980, a respeito da possibilidade da aplicação da cláusula de carência num contrato de seguro-saúde, no qual a seguradora negava a cobertura securitária, no período carência, do segurado que, em eminente risco de morte, buscou tratamento emergencial.

Entretanto, antes de se adentrar no exame do julgado em apreço, abre-se espaço para algumas considerações a respeito da modalidade contratual que deu origem ao litígio consignado no acórdão: o contrato seguro-saúde, que possui extrema relevância para o ordenamento jurídico, principalmente em razão da importância do bem jurídico que é seu objeto: a vida, saúde, integridade física e psíquica, garantias fundamentais do ordenamento jurídico.

Ele preserva características específicas, tais como o fato de ser um contrato bilateral, comutativo, de risco (aleatório) e condicionado, vez que se condiciona ao acontecimento do sinistro (materialização do risco). Baseia-se no princípio do mutualismo, que possibilita estimar estatisticamente a quantidade de eventos (sinistros) que serão produzidos por determinado grupo de pessoas expostas aos mesmos riscos (CAVALIERI FILHO, 2008, p.419). Suas condições são estabelecidas e formalizadas na apólice, documento que garante a proteção do segurado exposto a acontecimentos incertos, chamados de risco, mediante o pagamento antecipado do prêmio ao segurado, caso ocorra sinistro, nos termos estipulados na apólice. Essa modalidade contratual se destina a garantir aos segurados e dependentes atendimento médico-hospitalar, nos termos estipulados no contrato, ou ainda reembolsar o segurado quanto às despesas com atendimento médico-hospitalar derivadas de eventos cobertos.

Tem natureza jurídica de contrato de seguro, regulado pelo Decreto Lei 73 de 21 de Novembro de 1966²¹² (que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências) juntamente com a Lei n.º 9.656, de 1998 (que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde) e o Código Civil no art. 757²¹³ e seguintes.

O contrato de seguro-saúde tem natureza consumerista, conforme determina o art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor²¹⁴, que impõe a aplicação do diploma em relação a essa modalidade contratual.

Ele exige, como todos os negócios jurídicos, a presença da cooperação imposta pelo dever de lealdade da boa-fé objetiva. Por ser um negócio de longa duração, as atitudes cooperativas devem estar presentes de maneira mais acentuada. Seu objeto, como mencionado, envolve o bem mais precioso do ordenamento jurídico: a pessoa humana em sua integridade física e psíquica. Daí a sua escolha para a demonstração da boa-fé objetiva concretizando esse elemento da dignidade da pessoa humana.

Focaliza-se, agora, o comentado acórdão, assim ementado:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA (BRASIL, 2012).

²¹² Decreto Lei 73 de 21 de Novembro de 1966, art. 129. Fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar. Art. 130. A garantia do seguro-saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico hospitalar ao segurado.

²¹³ Lei 10.406/2002, art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

²¹⁴ Lei 8.078/90, art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

No caso em questão, houve a contratação de um seguro-saúde por parte dos pais de um adolescente de 13 anos. O prazo de carência para o dispêndio de qualquer valor pela seguradora, estipulado na apólice, era de 180 dias a partir da contratação. No entanto, passados três meses do início do seguro-saúde, “acometido por súbito comprometimento da coordenação motora, sentindo dores na cabeça e na região da coluna, diminuição do nível de consciência e “olhar perdido”” (BRASIL, 2012, p. 2), o adolescente foi levado ao Pronto Socorro, momento em que fora diagnosticada a existência de tumor cerebral – câncer maligno –, o que colocou o paciente em eminente risco de morte. Em situação emergencial, o jovem ficou internado e logo foi marcada cirurgia para a retirada do tumor.

A seguradora eximiu-se de cobrir qualquer custo referente às intervenções necessárias para o tratamento, alegando, em síntese, a inexecutabilidade do prazo de carência para a cobertura securitária.

O deslinde do caso em apreço foi dado por meio do acórdão que contempla, de maneira pormenorizada, a relação entre a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana, no qual o valor intrínseco foi tutelado em razão da fundamentalidade do direito à vida, compreendido como o direito à integridade psicofísica e à saúde. E seu fundamento foi a necessária lealdade e cooperação e proteção que deve ser dispensada àquele com quem contrata.

A boa-fé, utilizada em sua função de integração das obrigações acertadas, revela-se como mandamento de otimização²¹⁵ das atitudes dos sujeitos contratantes, eis que exige comportamentos corretos, protetivos e leais ao longo da contratação, inclusive nas etapas pré e pós-contratuais. Na modalidade contratual examinada, cujo objeto envolve a incolumidade do ser humano, atitudes otimizadas exalam valores de cooperação e cuidado, a fim de evitar a sujeição de danos ao outro, e eleva, dessa forma, a negociação a ponto de dignificar a pessoa humana, até mesmo porque, caso não sejam observadas tais condutas, pode-se tornar “inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida” (BRASIL, 2012, p. 14).

A vida é condição para o exercício de todos os demais direitos: fundamentais, oriundos das relações privadas, altruísticos, egoísticos. O exercício de qualquer direito pressupõe a existência da vida humana.

²¹⁵ Expressão construída por Robert Alexy (2006, p. 99) na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

O valor da vida humana, relatou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar (BRASIL, 2001), “sobrepaja ao relevo comercial”. Isso remete à irradiação dos valores constitucionais nas relações privadas. As movimentações sociais e econômicas acarretam transformações no mundo jurídico. Por isso, vê-se um ambiente privado permeado de valores solidários e humanizantes. Não são aceitas atitudes egoístas e individualistas, nas quais se almeja somente a elevação do patrimônio. Buscam-se atitudes que possam dignificar o centro do ordenamento jurídico: a pessoa humana. São esperadas ações cooperativas, nas quais as partes tenham consciência da interdependência existente entre elas, o que significa a perseguição do mesmo fim.

3.2.2 Boa-fé e Igualdade

A igualdade, elemento necessário para a construção da dignidade da pessoa humana em seu sentido mínimo, será concretizada pelo princípio da boa-fé nas relações negociais.

Propiciar a observância e a promoção do direito à igualdade, tanto em sua acepção formal, quanto substancial, é de competência originária constitucional. Tanto é que tal princípio fundamental, como já citado, é mencionado duas vezes no *caput* do art. 5º da Constituição, primeiro em alusão à formal e depois em alusão à material. No entanto, a proibição de concessão de privilégios ou de benefícios a apenas alguns indivíduos de iguais características no gozo de qualquer direito ou na exoneração do cumprimento de quaisquer de seus deveres, bem como a imposição de tratamento discriminatório em razão de cor, religião, etnia, opção sexual, sexo, etc., com o movimento de impulsão da irradiação dos valores constitucionais ao restante do ordenamento, deixa de ser matéria exclusiva da Constituição e invade também o ambiente privado e as suas relações negociais.

A já abordada alteração do sujeito de direito abstrato para a sua acepção como sujeito concreto ofereceu impacto nas relações negociais e na estrutura da igualdade. Isso porque a noção de abstração do indivíduo propiciava a consolidação da noção de isonomia formal, que antes da Constituição de 1988 figurava como conquista elementar ao lado da autonomia da vontade. Sem características individuais, os contratantes eram colocados em pé de igualdade e podiam exercer amplamente suas liberdades de contratação.

Não existe dúvida de que a ideia de abstração do sujeito é algo irreal. Todo indivíduo possui características próprias que devem ser observadas, especialmente nas relações que desempenha com outros sujeitos, devendo ser tutelada, portanto, a igualdade substancial.

Viu-se que as relações privadas, por coexistirem em harmonia com as diretrizes constitucionais, não aceitam que se contemple apenas a obtenção ou troca de patrimônio. Os contratantes são pessoas que possuem qualidades próprias e que, se forem levadas em consideração na realização do negócio, poderão ser dignificadas no elemento igualdade do princípio da dignidade da pessoa humana.

A boa-fé objetiva, por meio da função de limitação do exercício abusivo de direitos subjetivos, especialmente na categoria que impede a desleal constituição de direitos, e da função de criação de deveres de conduta, principalmente em relação ao dever de esclarecimento, concretizará o elemento igualdade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao romper a confiança do outro, adquirindo contra ele um direito, significa uma constituição desleal de direitos. Materializada no *tu quoque*, essa categoria funda-se na ideia de que não se pode permitir que a parte contratante solicite o adimplemento da outra sem que tenha adimplido a sua própria prestação consignada na obrigação contratual. Ao efetuar a cobrança, estaria desequilibrando a negociação, acarretando uma substancial desigualdade. A exceção do contrato não cumprido e a exceção do contrato mal cumprido, figuras originadas do *tu quoque*, asseguram que a igualdade substancial seja reestabelecida.

O *tu quoque* tem aplicação nos contratos onerosos e está presente no art. 476 do Código Civil, graças ao qual “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Clara está a conexão com o princípio da igualdade, pois o negócio jurídico deve guardar o sinalagma.

Exemplo está num contrato de compra e venda. Se o vendedor entrega um produto que não corresponde ao adquirido, não estará o comprador obrigado ao preço.

Também não se admitirá, em razão do princípio da igualdade substancial atuando nas relações privadas por meio da boa-fé, que o sujeito aja de forma discriminatória em suas contratações. O dever de proteção, irradiado da função integrativa do princípio negocial, traduz-se pelo indispensável cuidado e estima que

a parte deve conceder ao seu semelhante. Aqui se remete à ideia preconizada na máxima kantiana (KANT, 2011, p. 73), que ordena ao ser humano o tratamento digno tanto de si quanto do seu semelhante. As pessoas são igualmente dignas, não importando cor, sexo, etnia, idade, opção sexual. Simplesmente por serem seres humanos, possuem dignidade inerente, e como dignos devem ser tratados.

Por isso se diz que o contrato é uma relação de cuidado, e não de subordinação. Um exemplo está nos consultórios médicos. Não pode o médico privilegiar pacientes particulares em detrimento de pacientes do SUS, quando uns e outros estiverem no consultório. Não é por pagar a consulta que o paciente particular será atendido primeiro.

O dever de esclarecimento também concretizará o elemento igualdade nas relações negociais. Uma parte possui uma informação de que a outra parte necessita. Elas estão em posições desiguais.

Os contratantes, ao exporem, mutuamente, todas as condições que permeiam a contratação, desde sua tratativa, perpassando a negociação, até a etapa pós-negocial, poderão alcançar o modelo de igualdade substancial que se irradia da Constituição para as relações privadas. Negociações transparentes permitem a real noção dos benefícios e dos prejuízos que dela possam advir. Cientes dos conteúdos das cláusulas contratuais, sem que nelas haja máculas e artimanhas construídas ou camufladas por alguma das partes, submetendo a outra a tomadas de atitudes de maneira equivocada, ensejam o valor da igualdade, no que concerne à decisão de contrair ou não tal obrigação.

Um exemplo está no contrato de compra e venda de automóvel que sofreu acidente e foi por isso reparado. Se o vendedor oculta essa informação, estará faltando ao dever de esclarecimento. Outro exemplo se encontra no Direito de Família, no qual se tem o caso do noivo que oculta à noiva devota o fato de ter sido padre. Soubesse ela dessa circunstância, não se casaria.

Em outra vertente do princípio da igualdade o dever de esclarecimento também age possibilitando sua materialização. Tratar desigualmente os desiguais configura a própria noção de igualdade material (FACHIN, 2012, p. 283). É dessa forma que o dever de esclarecimento é tratado pelo Código de Defesa do Consumidor, o código dos desiguais: positivado nos arts. 30 e 31, ele tem o condão de reestabelecer, pelo tratamento desigual, posta a qualidade do consumidor como sujeito vulnerável na negociação, a igualdade substancial dos contratantes, impondo

ao fornecedor o dever de informar de forma ostensiva todas as características de seus produtos ou serviços, inclusive apresentando os riscos que possam oferecer à saúde e segurança dos consumidores.

A boa-fé objetiva, sem dúvidas, concretiza o elemento da igualdade da dignidade por meio do dever de esclarecimento. A fim de demonstrar esse acontecimento na prática, colaciona-se o julgado abaixo ementado, no qual os deveres de informação e transparência, originados da função de criação de deveres de conduta da boa-fé objetiva, foram apontados como instrumento que promove a igualdade substancial entre os contratantes.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPERVULNERÁVEL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONFECÇÃO NO MÉTODO BRAILLE . NECESSIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO PLENA E ADEQUADA. EFEITOS DA SENTENÇA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS STRICTO SENSU . SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA (BRASIL, 2016).

Como mencionado, o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor, com o intuito de garantir a igualdade material entre as partes. Como mecanismo imprescindível para o alcance dessa isonomia, figura entre os direitos básicos do consumidor, elencados no art. 6º, o dever de conduta de informação, o qual obriga o fornecedor assegurar ao consumidor informações claras, precisas e ostensivas acerca de todos os aspectos do produto ou serviço que oferece.

No caso em questão, foi ajuizada uma ação coletiva em defesa dos interesses de uma coletividade de deficientes visuais, apontando a necessidade da observação do dever de informação e transparência dos prestadores de serviços bancários, solicitando, em síntese, a utilização do método *Braille* durante todo o ajuste bancário, com o objetivo de fornecer ao consumidor hipervulnerável o exercício, em igualdade de condições, os seus direitos básicos.

Assevera-se, assim, que a contemplação do dever de conduta de esclarecimento derivado da boa-fé objetiva, com a utilização do método *Braille* nas

etapas pré-contratual, na eventual conclusão do contrato, no próprio contrato e no momento pós-contratual da relação que envolve o consumidor com deficiência visual, propicia a concretização da dignidade da pessoa humana em seu elemento da igualdade substancial, tratando desigualmente os desiguais.

Presentes proteção e transparência e ausente a possibilidade de uma constituição desleal de direitos nas relações negociais, a boa-fé atuará de modo a conduzir relações igualitárias, concretizando a dignidade da pessoa humana.

Já foi dito que a pessoa passou a ser o centro do ordenamento jurídico e que a sua dignidade tornou-se o princípio que fundamenta a ordem constitucional e transcende o dever de sua proteção e promoção para todos os demais ramos do direito. À vista disso, as relações privadas devem caminhar em direção a adequarem-se à nova realidade civil-constitucional, obrigando a releitura de seus institutos tradicionais. A adequação se dará por meio das atitudes dos contratantes ao observarem o princípio da boa-fé objetiva, nas vestes de cláusulas gerais, propiciando, por meio de suas funções, a infiltração na esfera privada dos princípios constitucionais.

A dignidade da pessoa humana visa à preservação do valor intrínseco do ser humano, do qual fazem parte o direito à vida, à integridade física e psíquica, da igualdade, da liberdade e da solidariedade. A boa-fé concretiza cada um deles na esfera negocial.

3.2.3 Boa-fé e Liberdade

O elemento liberdade da dignidade da pessoa humana será concretizado pelo princípio da boa-fé nas relações negociais.

Foram apresentados os conceitos e estudos clássicos a respeito da liberdade no item 1.3.3 dessa pesquisa, momento em que ficaram expostas as acepções liberdade dos antigos, qualificada como a liberdade de atuação na vida política, e a dos modernos, demonstrada como o direito a não interferência na liberdade do homem por parte de nenhum outro ou do Estado, esta especialmente protegida pelos direitos fundamentais positivados na Constituição. Com ideia semelhante, mas diferente denominação, foram exibidas a liberdade positiva e a negativa, sendo a primeira a liberdade política e a segunda o direito a não ingerência

na esfera privada de cada homem. Denominadas por autores contemporâneos como autonomia pública e autonomia privada.

A liberdade dos antigos, liberdade positiva ou a autonomia pública, por não promover a comprovação da hipótese levantada nesse trabalho, não foi objeto de contemplação esmiuçada. Debruçou-se esforço, então, sobre a análise da liberdade dos modernos, negativa ou autonomia privada.

Ao realizar o delineamento da liberdade, constatou-se que ela contempla dois aspectos: um mais amplo, no qual ela poderá sofrer constrições externas, denominado também como *freedom*; e o seu núcleo, que se traduz como parte da liberdade que não poderá sofrer nenhuma restrição, a *liberty*, conforme ensinado por Ronald Dworkin (2009, p. 471).

Tratando-se de um trabalho no qual dialogam Direito Civil e Direito Constitucional, a liberdade, agora analisada com o objetivo de propiciar a comprovação de que o princípio negocial a concretiza nas relações negociais, teve seus conceitos transmutados para a sua abordagem no ambiente privado.

A evolução dos institutos jurídicos também alcançou a ideia de liberdade na esfera negocial. A autonomia, num primeiro momento, era a livre atuação do indivíduo, o exercício da liberdade de contratar sem interferência do Estado, denominada autonomia da vontade. Aqui o indivíduo, ainda abstrato, operava como bem quisesse, não havia a distinção entre *freedom* e *liberty*: a ausência de interferência era total.

A sociedade se altera e, em consequência, determina também a alteração do Direito. Nem sempre ele acompanha a velocidade dos passos das alterações sociais, que caminham rápido. Os passos do Direito são lentos, mas constantes.

Alterou-se a ideia de autonomia livre e desimpedida vontade para a autonomia privada, na qual sujeitos concretos atuam de forma limitada por normas de ordem pública e objetivos fundamentais do ordenamento jurídico. Vale dizer: a individualidade e a autonomia privada estão recepcionadas e consagradas pela Texto de 1988 sempre que forem instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana e de exercício de direitos fundamentais.

Não é correto, no entanto, afirmar que a liberdade na esfera negocial sofreu tamanha restrição que não se encontra espaço para atuação do indivíduo e a manifestação de sua vontade em ambiente privado. Comprova-se isso chamando novamente as noções de *freedom* e *liberty*. A autonomia privada seria a *freedom*,

espaço mais amplo da liberdade que poderá sofrer restrições, enquanto a *liberty* consistiria na ideia de autodeterminação do sujeito concreto, instrumento pelo qual se lhe possibilita, hodiernamente, a busca pela tutela de situações jurídicas por meio das quais realizará uma existência digna.

A questão que se responderá agora determina a comprovação da boa-fé objetiva como instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais, no que tange ao seu elemento liberdade.

A boa-fé atuará no sentido de promover a renovação da autonomia da pessoa na esfera privada, especialmente por meio de suas funções de limitação ao exercício dos direitos subjetivos, impedindo o abuso, e na criadora de deveres de conduta, pelos deveres de proteção, esclarecimento e lealdade.

Concretizando a liberdade por meio da função de limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos, consubstanciada no art. 187 do Código Civil, a boa-fé, na verdade, apresenta-se como verdadeira mitigadora da liberdade e não meio de sua concretização. Ela agirá consolidando a ideia de *freedom*, gerenciando o espaço de liberdade da pessoa que pode sofrer restrições a fim de que se possibilitem relações privadas corretas, honestas e confiáveis, nas quais não haverá espaço para o exercício abusivo dos direitos subjetivos de que os sujeitos são titulares.

Isso porque a limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos, notadamente pela categoria que coíbe o desleal exercício do direito, possibilita o ajuste dos interesses privados aos influxos dos valores constitucionais.

O *Duty to mitigate the loss* se apresenta como uma das abusividades no exercício do direito subjetivo da parte credora que se mantém inerte, postergando o ajuizamento da demanda, em face do inadimplemento do devedor, com o único intuito de lucrar com os encargos dele decorrentes.

Ante o processo de filtragem constitucional do direito privado ou de sua repersonalização, tornou-se obsoleta a fórmula de que ao credor assiste simplesmente o poder de exigir a obrigação, cabendo somente ao devedor a obrigação do adimplemento.

Hodiernamente, a obrigação deve ser vista como um processo em que ambas as partes possuem direitos e deveres, sendo a boa-fé objetiva o sol que deve irradiar todas as fases contratuais, fundamentando a aplicação do *duty to mitigate*

the loss. Demonstra-se a sua aplicação no direito brasileiro pelo julgado abaixo ementado:

Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a per da aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido (BRASIL, 2010).

No julgado em comento, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a doutrina de mitigação dos prejuízos porque o promitente-comprador do imóvel ficou inadimplente em 1994 e abandonou a *res* em setembro de 2001. O credor se manteve inerte de 1994 a 17 de outubro de 2002, quando demandou contra o devedor.

A boa-fé objetiva, nesse sentido, demonstra-se apta a concretizar a liberdade. Restringindo a inércia do credor na realização da cobrança do adimplemento do devedor, impõe-se a ordem de que ele não o faça com o objetivo de aumentar o seu proveito infligindo danos ao outro.

É claro que não se aniquila a autonomia do sujeito no exercício de seu direito subjetivo. O que se postula, em verdade, é que, ao exercer sua autonomia, o sujeito aja em acordo com as diretrizes da boa-fé, no campo negocial, e com as possibilidades de observação dos valores constitucionais que por meio dela escoam.

Os deveres de conduta que se irradiam da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva também concretizam a dignidade da pessoa humana, moldando a liberdade nas relações negociais.

O sujeito poderá atuar livremente nas relações obrigacionais quando observar o dever de proteção em todas as etapas da negociação, agindo cuidadosamente a fim de não acarretar ao outro a percepção de danos patrimoniais e, especialmente, extrapatrimoniais.

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República determinou que não apenas às questões patrimoniais se dessem guarida, mas também às existenciais do homem que passou a ser o centro do ordenamento jurídico. Ressurge, com essa realocação, a preocupação com a autonomia desse sujeito concreto, autor de seu destino. Nas relações negociais, o sujeito poderá trilhar os seus caminhos por meio dos negócios jurídicos patrimoniais e dos negócios jurídicos existenciais.

A liberdade renasce com a consagração da dignidade da pessoa humana e, quando se tratar do núcleo pelo qual o ser humano se afirme livre para desenvolver suas escolhas e traçar sua existência como bem entender ser dignificante, não haverá espaço para intervenções alheias. Trata-se da já mencionada *liberty*. E a boa-fé objetiva concretizará esse espaço nuclear de liberdade por meio de seu dever de conduta de proteção.

Nos negócios jurídicos patrimoniais, consistentes naqueles cujos objetos possuem valor pecuniário, o dever de proteção impõe a contemplação de cuidados para que não sobrevenham danos patrimoniais e extrapatrimoniais para a outra parte. A título de exemplo pode-se citar a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, infligindo danos à privacidade pela ausência do dever de cuidado pela parte que efetuou o cadastro.

Nos negócios jurídicos existenciais, cuja relação jurídica é formada por situações subjetivas existenciais e “a tutela da pessoa passa a ser realizada, em especial, por meio de proteção de seu centro de interesses” (PONA, 2015, p. 192), como mencionado, é que se encontra o núcleo da liberdade que não poderá sofrer intervenções de terceiros nem do Estado. O livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação, a possibilidade para a criação, modificação ou extinção de situações no campo da subjetividade, serão solidificados de maneira eficaz se observarem o dever de cuidado irradiado pela boa-fé nessas relações negociais.

Exemplos dessa espécie de negócio jurídico são o testamento vital, cujo objeto consiste em dispor sobre os procedimentos a que a pessoa deseja ou não ser submetida quando portadora de uma doença ameaçadora da vida e a circulação contratual de embriões e células tronco, com intuito de reprodução e regeneração humana, na qual os interessados definem antecipadamente as características e o destino do nascituro, doação de sêmen, entre outras peculiaridades da biotecnologia atinentes à existência humana²¹⁶.

Observando o dever de cuidado, de forma a não tomar atitudes que possam acarretar danos ao outro, assegurar-se-ão ao homem, nessas negociações, os chamados direitos da personalidade, como a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, a liberdade quanto à disposição do corpo, entre outras garantias asseguradas pela Constituição de 1988.

É o que se pode verificar no contrato de doação de sêmen, normalmente denominado “instrumento de doação voluntária de sêmen”, no qual o homem se dispõe, de forma gratuita, a doar seu sêmen para a fertilização assistida em mulheres em idade reprodutiva ao banco de doação. O ato realizado pelo doador, de dispor de parte do próprio corpo graciosamente, com o intuito de possibilitar a fertilização de mulheres que sequer conhece, o faz, em sua percepção, digno.

O dever de cuidado deverá se fazer presente nesse negócio jurídico existencial, por meio do qual o homem dignifica sua liberdade, a fim de que não sobrevenham danos a quaisquer das partes.

Outro dever que se presta, nas relações negociais, ao enaltecimento da liberdade como elemento da dignidade humana é o de esclarecimento.

Apenas diante de todas as informações correlatas ao negócio, o sujeito poderá agir livremente de modo a efetivar ou não a relação obrigacional. Pode-se visualizar esse dever com a menção à espécie acima comentada. Nos instrumentos de doação voluntária de sêmen, geralmente, existem cláusulas nas quais o doador

²¹⁶ Francisco Amaral (2014, p. 323), em maiores detalhes, analisa que “têm também grande importância as intervenções ou manifestações destinadas a alterar-lhes as condições normais da existência. Essas intervenções compreendem as práticas científicas próprias da chamada engenharia genética, *lato sensu*, as ações sobre o DNA humano (análise molecular do genoma humano e a utilização dos genes humanos), as ações sobre células humanas ou sobre embriões (processo de fecundação *in vitro* e congelamento, manipulação e experimentação), e ações sobre os indivíduos (a transferência de genes, transplante de órgãos humanos, a reprodução assistida, a esterilização e controle da natalidade, e ainda a eutanásia, os tratamentos médicos e a proibição ou recusa de transfusão de sangue por motivo religioso, caso em que o direito à vida deve ser prioritário)”.

informa não ser portador de nenhuma enfermidade conhecida e hereditária, bem como não ser usuário de drogas injetáveis ou até mesmo de ter praticado relações sexuais promiscuas em determinado período de tempo.

Vislumbra-se que, ante a indicação pelo doador de ser inverídico qualquer um desses atos, o banco de sêmen, com informações aclaradas, não aceitaria a doação, agindo em sua liberdade.

Daí porque a liberdade perpassou a ideia de autonomia da vontade e autonomia privada, concebendo-se hoje, a ideia de autodeterminação, como reflexo de uma autonomia privada voltada ao poder decisório do homem quanto às condições de sua própria existência.

Em razão da presença de atitudes límpidas e de cláusulas que contemplem todas as implicações que do negócio possam advir, de modo transparente, os contratantes poderão atuar de maneira livre, contratando ou não, modificando ou não as cláusulas contratuais, até que o contrato esteja adequado ao fim que ambas as partes almejam, dignificando-as por meio de suas escolhas: concretizando a liberdade.

A observação da confiança que a boa-fé inspira nas relações privadas possibilita que o sujeito atue em sua liberdade de maneira real, pois não haverá espaço para enganações e intenções camufladas, diversas das ostentadas nas cláusulas contratuais, bem como promoverá o alcance dos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico: uma sociedade livre, justa e solidária.

3.2.4 Boa-Fé e Solidariedade

A solidariedade, elemento essencial para a o alcance da dignidade da pessoa humana, será concretizada pelo princípio da boa-fé objetiva nas relações negociais.

Terceiro pilar da Revolução Francesa, ao lado da liberdade e da igualdade, a solidariedade permaneceu ofuscada pela força e atuação das outras duas conquistas (ROSENVALD, 2005, p. 77). Os anseios liberal-burgueses não deram espaço para as ações fraternais idealizadas no bordão da Revolução, especialmente porque o que almejavam, naquele momento, era justamente o oposto: por meio de uma igualdade formal, estabeleciam a força de sua liberdade visando à materialização, em contratos, de suas intenções egoísticas, sem que houvesse

qualquer preocupação com as consequências que deles poderiam surgir, atingindo a outra parte e terceiros.

A força obrigatória dos pactos era princípio elementar das negociações. Os sujeitos abstratos entabulavam contratos como bem queriam e, ante a possibilidade de desigualdade material existente entre os sujeitos contratantes, era comum que os interesses de um se sobrepusessem aos do outro, acarretando até mesmo a sua aniquilação.

Negociações injustas eram realizadas. Não havia espaço para o sujeito concreto, o contrato fazia lei entre as partes. Logo, a dignidade da pessoa humana comportava espaço para apenas dois de seus elementos essenciais, sem lugar, no entanto, para as adjetivações que a dignidade impõe: existiam apenas a liberdade sem fronteiras e a igualdade formal.

A dignidade da pessoa humana se manifesta quando todos os seus elementos coexistem harmonicamente nas relações sociais.

O valor intrínseco da pessoa humana só será manifestado quando o sujeito for reconhecido em sua concretude, por suas características individuais. A igualdade só alcançará o patamar idealizado pelo princípio da dignidade humana quando, ao lado de sua vertente formal, se estabelecer na acepção substancial, buscando-se observar as características do sujeito concreto e adequar as relações de modo que se atenuem os desequilíbrios existentes entre as partes. Os sujeitos serão livres para se autodeterminar, desde que no exercício dessa autonomia não provoque danos a outrem.

A solidariedade perpassa todos esses elementos, pois atitudes cooperativas, protetivas, recíprocas e cuidadosas para com o sujeito concreto determinam o modo como o ser humano exercitará sua liberdade, respeitando o valor do outro, igualmente digno.

Foi com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito que a solidariedade passou a figurar, ao lado da liberdade e igualdade, como protagonista do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 alçou-a a objetivo fundamental da República, almejando a materialização de uma sociedade livre, justa e solidária.

A boa-fé objetiva é a porta pela qual a solidariedade invade as relações negociais.

Isso determinou que a visão individualista cristalizada nas relações privadas fosse abandonada. A boa-fé, por meio de suas funções, permitirá a concretização da dignidade da pessoa humana em seu elemento solidariedade, especialmente pela limitação do exercício abusivo de direitos subjetivos e pelos deveres de esclarecimento, proteção e lealdade.

Daniel Ustároz (2012, p. 241) expõe algumas ideias adotadas pela doutrina solidarista: a) o contrato como instrumento de um ideal de justiça; b) utilização de remédios que impeçam ou atenuem o desequilíbrio contratual; c) a necessidade de se motivar a ruptura dos contratos; d) o dever de minimizar os danos sobrevindos do inadimplemento de outrem; e) a ausência de cláusulas abusivas; f) a valorização das normas de ordem pública; g) o enaltecimento do dever de informação; h) a busca pelo ajuste dos interesses das partes por meio da conciliação; i) a previsibilidade de condutas como meio de tutela dos contratantes, entre outras projeções.

A maioria dessas ideias será materializada nas relações negociais a partir da observação do princípio da boa-fé objetiva.

A função da boa-fé, que limita o exercício abusivo de direitos subjetivos, determina a necessidade de se apresentar os motivos pelos quais o contrato será rompido, bem como impedirá que isso ocorra sem que essa motivação seja plausível, o que determina, por exemplo, o nascimento da teoria da conservação do contrato²¹⁷, e, igualmente, justifica a teoria do adimplemento substancial, pela qual, caso o devedor tenha cumprido parte substancial do contrato, imporá o reconhecimento desse cumprimento, com vistas a preservar o vínculo contratual²¹⁸.

Do mesmo modo, limitando o exercício dos direitos subjetivos de maneira abusiva, ordena ao credor o dever de mitigar a própria perda, minimizando os danos decorridos do inadimplemento de seu devedor²¹⁹, bem como rechaça a existência de cláusulas abusivas nos contratos, especialmente nos consumeristas e securitários.

²¹⁷ CC. Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

²¹⁸ Por óbvio, não se sonega ao credor o direito de ajuizar ação de cobrança para que seja satisfeita a parte faltante do crédito devido.

²¹⁹ Cita-se como exemplo da aplicação dessa função da boa-fé objetiva com relação ao dever de lealdade e ao princípio da solidariedade o julgado do Tribunal de São Paulo, assim ementado: "A "Teoria dos Prejuízos Evitáveis" ("duty to mitigate the loss") tem aplicação na hipótese em discussão, já que o conceito atual de obrigação contém, necessariamente, o dever de cooperação e lealdade no curso de toda a existência da relação jurídica, sendo uma expressão desses deveres de cooperação e lealdade o agir diligente de uma das partes para evitar o agravamento

O dever de conduta de lealdade, que se manifesta por meio de atitudes cooperativas e solidárias, possibilita o ideário de uma justiça material, impedindo o desequilíbrio contratual. Uma projeção desse dever determina, por exemplo, o dever de renegociação da dívida, reequilibrando o contrato às circunstâncias que ensejaram o inadimplemento do devedor.

A cooperação irradiada do dever de lealdade deve estar consubstanciada nas atitudes de ambas as partes da relação contratual. Um exemplo pelo qual se evidencia esse dever está na impossibilidade de que, num contrato de seguro-saúde, a seguradora, que se manteve inerte quanto aos reajustes do contrato durante anos, modifique abruptamente as condições do seguro, sob pena de que, se não aceitas as novas condições, seja desfeito o vínculo contratual, acarretando ao segurado surpresa e a quebra da confiança de que o contrato continuaria adequado aos ajustes iniciais, que não foram, por muito tempo, alterados:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZOS PELA SEGURADORA, MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE NOVO CÁLCULO ATUARIAL. NOTIFICAÇÃO, DIRIGIDA AO CONSUMIDOR, DA INTENÇÃO DA SEGURADORA DE NÃO RENOVAR O CONTRATO, OFERECENDO-SE A ELE DIVERSAS OPÇÕES DE NOVOS SEGUROS, TODAS MAIS ONEROSAS. CONTRATOS RELACIONAIS. DIREITOS E DEVERES ANEXOS. LEALDADE, COOPERAÇÃO, PROTEÇÃO DA SEGURANÇA E BOA FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA. (BRASIL, 2011)

O julgado colacionado expõe a apreciação do dever de cooperação materializando o princípio da solidariedade nas relações privadas. As partes devem agir de modo cooperativo, entendendo-se como colaboradoras para a consecução do objetivo do contrato: a manutenção do negócio da forma menos onerosa para ambos os contratantes.

A seguradora não deve arcar com os prejuízos decorrentes da falta de ajuste contratual sozinha pela eternidade, porém, não pode, de hora para outra, impor esse

da prestação da outra. Apelação provida para afastar a extinção do processo, sem resolução do mérito, julgando-se procedentes os embargos à execução (SÃO PAULO, 2016).

reajuste tão oneroso ao assegurado, transferindo-lhe todo o ônus. Por isso a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, cristalizou no julgado o entendimento de que a seguradora deveria ver o consumidor como seu colaborador, parceiro, e por essa razão, não poderá surpreendê-lo, quebrando a confiança estabelecida no contrato, reajustando o valor a ser adimplido de maneira abrupta. Devendo, de modo cooperativo, reequilibrar o negócio de maneira suave e gradual, mitigando os prejuízos de todos.

Por sua vez, o dever de esclarecimento determina o enaltecimento de cláusulas transparentes, impondo que a parte aja de maneira honesta, informando à outra todas as circunstâncias que permeiam o negócio jurídico. Exemplo da concretização da solidariedade por meio desse dever tem guarida no art. 769 do CC, pelo qual, nos contratos de seguro, “o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.”.

A proteção também é dever de conduta. Irradiada da boa-fé objetiva, compeliará que os contratantes adotem medidas necessárias a fim de evitar que a outra parte sofra danos em seu patrimônio ou na sua pessoa. Aqui a solidariedade será alcançada quando, ao agir, a parte cuide dos interesses da outra, da mesma forma com que cuida dos seus, que aja com reciprocidade e altruísmo. O cuidado impedirá, por exemplo, que se cadastre indevidamente o nome do devedor no rol de inadimplentes, evitando-lhe a percepção de danos extrapatrimoniais. Como se verificou no caso que deu origem ao julgado abaixo ementado:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ART. 206, § 3.º, V, DO CC/2002.

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC. 2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da actio

nata, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências. 3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. 4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no art. 205, do mencionado Diploma. 5. Recurso especial não provido (BRASIL, 2011).

Atitudes cuidadosas simples poderiam ter sido tomadas a fim de que se evitasse o dano a que fora submetido o sujeito que teve seu nome inscrito indevidamente no cadastro de inadimplentes como, por exemplo, um cuidado responsável no que tange ao controle dos débitos de seus devedores ou até mesmo uma simples notificação extrajudicial solicitando esclarecimento sobre o pagamento da dívida em questão.

As partes contratantes devem cooperar para que a obrigação seja cumprida da melhor maneira possível, de maneira menos onerosa para elas. Devem agir de modo solidário entre si, visando ao cumprimento da obrigação em sua integralidade, e não apenas seus interesses de forma antagônica. Apenas a cooperação e a proteção mútua elevará a relação negocial ao patamar de relações livres, justas e solidárias, pois “a necessidade de cooperação com o parceiro e a proteção de sua integridade físico-psíquica e patrimonial remanescem para além da execução do teor do contrato.” (ROSENVALD, 2005, p. 100-101).

O compartilhamento do desejo de que o vínculo contratual seja realizado da maneira honesta e eficiente pelas partes invoca que se adequem aos interesses individuais os interesses solidários. É intangível a ideia de que as relações privadas servirão apenas para propiciar atitudes solidárias, cooperativas, cuidadosas, protetivas, chegando-se ao ideal visualizado pelos objetivos fundamentais da Constituição. Mas é inegável e inaceitável que apenas os interesses individuais e egoístas sejam materializados nos contratos, sem que se preocupe com o outro e com as consequências que tal contratação poderá gerar aos terceiros. Tanto é que a propriedade e o contrato devem exercer sua função social, conforme reconhece

Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil²²⁰.

A solidariedade é elemento essencial para que se alcance a dignidade da pessoa humana. A sociedade contemporânea espera que as negociações que seus membros realizem sejam leais e confiáveis. Daí porque a cooperação e o respeito para com o outro são condutas necessárias nas relações negociais saudáveis.

A boa-fé objetiva, observada como o molde das condutas realizadas no ambiente privado, verdadeiro filtro pelo qual, quando observadas as suas funções e irradiações, transforma a negociação em um instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana.

²²⁰I Jornada de Direito Civil - Enunciado 23. "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinar normas de conceitos jurídicos indeterminados impõe desafio àquele que o faz.

A problemática da presente pesquisa, não bastasse o enfrentamento do conteúdo científico do princípio da dignidade da pessoa humana – que justamente por sua categoria normativa já denota exímia abstração, contemplou também o exame do princípio da boa-fé objetiva, de idêntica vagueza em relação ao que se pode denominar por seu conceito e consequente aplicação na *práxis* negocial.

De tão comum a utilização de ambas as normas ao bel prazer por alguns operadores do direito, especialmente pelos magistrados, cujas interpretações costumam ter maior relevância, eis que interferem empiricamente no destino dos sujeitos que buscam tutela jurisdicional, não é novidade o fato de sofrerem críticas negativas acerca de provável banalização, tolhendo-lhes, por isso, as relevâncias inerentes.

Foi a resistência à trivialização do princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva que fez brotar o interesse em delineá-los minuciosamente, lapidando-os, principalmente com o intuito de responder ao problema: a boa-fé objetiva, princípio negocial, é capaz de densificar a dignidade da pessoa humana, de sede constitucional, nas relações negociais?

A hipótese apresentada consistiu em demonstrar o princípio negocial como instrumento apto a concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais, atuando por meio de suas funções, alcançando cada um dos elementos da dignidade.

Para comprovar a hipótese, primeiramente foi necessária a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana. Percorrer o histórico do que se entende hodiernamente por dignidade foi escolhido como passo inicial para essa análise. Os marcos históricos da religião, do movimento iluminista, sobretudo pelo expoente kantiano e o período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial foram mencionados como elementares para a construção dos sentidos da dignidade.

O vislumbre de como a dignidade é abordada nas leis estrangeiras também foi objeto de estudo neste trabalho, em que foram apresentados o seu tratamento nas constituições da Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, que antecederam à

Constituição brasileira na contemplação da dignidade humana como princípio constitucional.

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, consoante o que informa o art. 1º, inciso III, do Texto Constitucional. Sob esse diagnóstico e desejo do legislador constituinte foram impostas alterações em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Os valores que orientam as relações sociais foram transmutados e o centro dessas relações passou a ser o ser humano, com todas características singulares que os distinguem dos outros seres e das coisas.

Necessária se fez a construção do sentido que a dignidade humana possui na contemporaneidade, a fim de delimitar seu conteúdo e utilização como fundamento para os mais variados fins. Aqui a delimitação foi construída com o escopo de identificar os elementos imprescindíveis à rotulação do ser humano como digno para, em seguida, demonstrar a possibilidade de cada um deles sendo edificado pela boa-fé objetiva nas relações negociais.

Com base na releitura e análise crítica de obras de doutrinadores que se debruçaram sobre a dignidade com o mesmo propósito, o recorte apresentado contemplou como elementos mínimos da dignidade da pessoa humana os subprincípios do valor intrínseco, da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

Não haverá dignidade sem que estejam presentes harmonicamente todos os seus elementos.

No caso tratado por este trabalho, cujo recorte do objeto foi demarcado às relações negociais, importou a necessidade de se verificar por qual meio a pessoa humana poderia ser dignificada em tais relações.

Adentrou-se, então, à análise do princípio da boa-fé objetiva. Seu caminho histórico também foi o passo inicial para sua inspeção. Igualmente, apresentou seu reconhecimento em leis civis estrangeiras, tais como a alemã, espanhola, portuguesa, italiana, chilena e argentina.

Em sede de considerações iniciais sobre a boa-fé, observou-se que tal princípio possui duas faces: a objetiva e a subjetiva. A vertente subjetiva consiste na crença interna do sujeito como ser ético. A partir daí a análise da boa-fé foi restringida à acepção objetiva, eis que apenas a partir da obrigatoriedade de se adotar condutas éticas em todas as etapas das relações obrigacionais seria possível a efetivação de uma obrigação honesta, cooperativa e solidária.

Nesse contexto, desenvolveu-se ao longo deste estudo uma análise entre a dignidade humana e a boa-fé objetiva, buscando estabelecer a segunda como instrumento de efetivação da primeira nas relações negociais.

Se, à primeira vista, salta aos olhos aparente oposição em relação aos fins dos princípios, notadamente em razão de estar enraizado o entendimento de que as relações negociais, em que a boa-fé é inserida, se prestam a atitudes egoístas, com a constitucionalização do direito privado, que irradiou as luzes dos princípios fundamentais a todo o ordenamento, nota-se a cláusula geral da boa-fé objetiva como porta de entrada dessa luz.

Os valores constitucionais invadiram o direito negocial. Ao lado da dignidade humana – e como elemento dela – a solidariedade tornou-se objetivo da República, atribuindo a todas as relações o dever de efetivá-la. Ao mesmo tempo, importou na desconstrução da imagem egoísta do negócio jurídico, especialmente do contrato, que passou a ser considerado como instrumento de cooperação entre as partes.

A noção do sujeito de direito também sofreu modificação. Antes abstrato, o sujeito passou a ter suas qualidades individuais notadas, culminando na necessidade de também se modificar a ideia de igualdade, atrelando-se ao princípio isonômico, ao lado da vertente formal, a vertente material. Identicamente, sob a luz e diretrizes constitucionais iluminando o ambiente privado, a liberdade passou de livre e ilimitada para a ideia de autonomia privada e de autodeterminação, amoldando-se esses conceitos aos preconizados por Ronald Dworkin como *freedom* e *liberty*, respectivamente.

Viu-se, com isso, todos os elementos da dignidade humana caminhando pela seara negocial. O sujeito, detentor de valor intrínseco, negocia com outro sujeito, de igual valor, exercendo sua liberdade contratual de modo solidário. Apenas atuando de boa-fé, determinada como essencial às negociações pelo Código Civil nos artigos 113, 187 e 422, essa conjectura se materializará.

Dessa forma, nas relações negociais, a boa-fé objetiva demonstrou-se apta ao alcance da materialização da dignidade humana, necessitando, para tanto, de que sejam praticados os preceitos estipulados em suas funções de interpretação do negócio jurídico, de limitação ao exercício dos direitos subjetivos, impedindo o abuso, e de criação dos deveres de conduta, categorizados como de cuidado, esclarecimento e lealdade.

Ilustrando essa atuação, o trabalho arquitetou exemplos em que as funções da boa-fé objetiva se relacionam com o valor intrínseco do ser humano, com a igualdade, com a liberdade e com a solidariedade, bem como apresentou julgados que comprovaram a hipótese levantada como solução da problemática.

Os deveres de proteção e de lealdade foram identificados como promovedores do valor intrínseco do ser humano, pois, à medida que estipulam condutas que afastam a possibilidade de acarretar danos à pessoa ou ao patrimônio do outro de modo cooperativo, protegem a pessoa contratante.

Como exemplo da boa-fé concretizando o elemento da igualdade, afirmou-se como instrumentos aptos a função de impedimento do exercício abusivo dos direitos subjetivos, na espécie *tu quoque*, preceituando que a exceção do contrato mal ou não cumprido tem o condão de reestabelecer a igualdade no contrato, bem como os deveres de proteção e de esclarecimento: o primeiro com a função de evitar a discriminação do sujeito em razão de cor, sexo ou qualquer característica física ou psíquica, e o segundo colocando os contratantes em pé de igualdade quanto às informações que permeiam a contratação.

Liberdade e as suas mais variadas espécies são elementos da dignidade humana. No ambiente negocial, ela será cristalizada pela performance da boa-fé na função que limita o exercício abusivo dos direitos subjetivos, sobretudo pela modalidade *duty to mitigate the loss*, censurando a liberdade do credor no que tange ao aumento do dever obrigacional do devedor, e na função de criação de deveres de conduta, principalmente pelo dever de proteção, em que a liberdade será elevada para que o sujeito atue negocialmente a fim de promover sua existencialidade, seja por via dos negócios jurídicos patrimoniais, seja por meio dos negócios jurídicos existenciais.

No caso da solidariedade, demonstrou-se como exemplos de sua promoção nas relações negociais pela boa-fé objetiva com a vedação ao abuso do direito subjetivo, proibindo a adoção de cláusulas abusivas nos contratos, e com a observância dos deveres de lealdade, esclarecimento e proteção, pois, ao determinarem atitudes cooperativas, transparentes e cuidadosas, prescrevem o molde solidário ansiado como objetivo da República.

Espera-se que, ao longo do tempo, a boa-fé atue cada vez mais dignificando o homem, eis que apenas dando concretude à sua dignidade, por meio de todas as suas dimensões – valor intrínseco, igualdade, liberdade e solidariedade –, será

possível o alcance do desenvolvimento do indivíduo, isoladamente, e do indivíduo como ser social, solidificando um desenvolvimento pleno, chegando-se ao ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality, **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Fragmentos da autonomia e respeito à pessoa: um referencial de múltiplas fontes. In: ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. (Org.). **Estudos em direito negocial: Relações privadas e direitos humanos**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

_____; _____. Entre autonomia provada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2013, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 179-207.

_____. A estandarização das relações de consumo: faces da contratualidade adesiva nas perspectivas das teorias clássica e contemporânea. In: KEMPFER, Marlene; ARAÚJO, Miguel Etinger (Org). **Estudos em direito negocial & relações de consumo**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

_____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana**: valor-fonte da origem jurídica. São Paulo: Cautela, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3.

AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 227-269, out./dez. 2005.

AZEVEDO, Álvares Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva. **Revista Notadez**, Porto Alegre, n. 308. jun. 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização da dignidade da pessoa humana. I **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr., 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. dez. 2010. mimeo.

_____. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução de Rosaura Achenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 845779. Relator: Luis Roberto Barroso. Brasília, 13 de novembro de 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>>. Acesso em: 10 de jan. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.276.311. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21061195/recurso-especial-resp-1276311-rs-2008-0236376-7-stj/relatorio-e-voto-21061197?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 de jan. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental n. 581046/RS. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153552694/agravo-em-recurso-especial-aresp-581046-rs-2014-0234079-1>>. Acesso em: 10 de jan. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1073595. Relator: Nancy Andrichi. Brasília, 29 de abril de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19103096/recurso-especial-resp-1073595-mg-2008-0150187-7/inteiro-teor-19103097>>. Acesso em: 20 de fev. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 758518/PR. Relator: Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJRS. Brasília, 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19140313/recurso-especial-resp-758518-pr-2005-0096775-4/inteiro-teor-19140314>>. Acesso em: 11 de fev. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.349.188. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18302095/ag-1349188>>. Acesso em: 11 de fev. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 222.339/PB. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/stj_plano_saude_carencia.pdf>. Acesso em: 13 de mar. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 962.980. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2012-03-13;962980-1186632>>. Acesso em: 05 de mar. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1297044. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2015-08-20;1297044-1471290>>. Acesso em: 11 de jan. de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 758518/PR. Relator: Vasco della Giustina. Brasília, 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19140313/recurso-especial-resp-758518-pr-2005-0096775-4/inteiro-teor-19140314>>. Acesso em: 17 de abr. de 2017.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.8, n.2, p.63-90, mai/ago.2013. DOI: 10.5433/1980-511X.2013v8n2p63.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONDE DE MIRÂNDOLA E CONCÓRDIA, Giovanni Pico. **A dignidade do homem**. Trad. Luiz Feracine. 2. ed. Campo Grande: Solivros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. v.1.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

CORBIN, Arthur; PERILLO, Joseph. **Corbin on contracts**: damages. Newark: Lexis Nexis, 2005. v. 11.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça**. Apelação n. 43439320078070011. Relator: Iracema Miranda e Silva. Distrito Federal, 04 de dezembro de 2008.

Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2415471/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20080110149985-df>>. Acesso em 13 de jan. de 2017.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**. Barcelona: Ariel, 1998.

_____. **Justice for hedgehogs**. Boston: Boston University Law Review, Apr. 17, 2009. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/dworkin_k.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2017.

ESPÍNOLA, Eduardo. Dos fatos jurídicos. Das nulidades. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas**. Salvador: Juspodivim, 2013.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de proteção. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 28, supl., 1994. Separata.

FRADERA, Vera M. J. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** Revista Trimestral do Direito Civil. V. 5, no. 19, jul-set.2004, pp. 110-118.

FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, 2º sem. 1989

_____. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. São Paulo: Papyrus, 1992.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1971.

GOMES, Sérgio Alves. Exigências dos direitos humanos como núcleo ético-jurídico e político da democracia. In: ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. (Org.). **Estudos em direito negocial**: Relações privadas e direitos humanos. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der philosophie des rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernández Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. 2002. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valerio Rohden. São Paulo: Nova Cultural, 2011.

KEMPFER, Marlene. A tributação e direitos fundamentais que realizam os valores da liberdade, igualdade e solidariedade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 9, p. 21-74, 2005.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picaeva. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LEVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

LEWICK, Bruno. Panorama da Boa-fé Objetiva. In: Gustavo Tepedino (Coord.), **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARANHÃO. **Tribunal de Justiça**. Apelação n. 0527922014 MA 0007631. Relator: Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe. São Luís do Maranhão, 20 de julho de 2015.

Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224969489/apelacao-apl-527922014-ma-0007631-7920118100058/inteiro-teor-224969498>>. Acesso em: 22 de mai. de 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Fronteiras entre o direito público e o direito privado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7788/fronteiras-entre-o-direito-publico-e-o-direito-privado/2>>. Acesso em 5 fev. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado: parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. t. 4.

MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** elementos de antropologia filosófica. São Paulo: Edições Paulinas, 1982.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OTERO, Paulo. Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **35º aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012. v.1, p.37-55.

PECES-BARBA, Gregório. Introdução. In: BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Barcelona: Paidós, 1993. p. 47.

PEREIRA, Caio Maio da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. **Crítica**: Revista de Filosofia, Londrina, v. 12, n. 32, p. 229-264, out. 2005.

_____. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, Marília, v. 34, n 1, p. 43-66, 2011.

RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Tradução de Carlos Henrique de Oliveira Blecher e Leandro Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Elsevier, 2011.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação n. 70067292987. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 5 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70067292987&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 11 de abr. de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação n. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 29 de julho de 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/214933950/apelacao-civel-ac-70064498553-rs>>. Acesso em: 14 de mar. de 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Porto Alegre, 2001. Texto apresentado no Fórum Social Mundial

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação n. 0006411-65.2013.8.26.0176. Relator: Lino Machado. São Paulo, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387746197/apelacao-apl-64116520138260176-sp-0006411-6520138260176>>. Acesso em: 13 de mar. de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação n. 0022279-12.2012.8.26.0114. Relator: Donagá Morandini. São Paulo, 27 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423024900/apelacao-apl-222791220128260114-sp-0022279-1220128260114/inteiro-teor-423024918?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 de mar. de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2005 Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf>. Acesso em: 10 de fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94 abr./jun. 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

_____. Direitos humanos e relações privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In **A parte geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

USTÁRROZ, Daniel. O solidarismo no direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Costumes**. Disponível em:
<http://www.silviovenosa.com.br/_libs/dwns/15.pdf>. Acesso em 16 set. 2016

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

WIEACKER, Franz. ***El principio general de la buena fe***. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1976.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade**. 2006. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.