UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO HORA NETO

A FORÇA NORMATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

SALVADOR - BA
2021

JOÃO HORA NETO

A FORÇA NORMATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, semestre 2021.2, através da modalidade de Doutorado Interinstitucional (Dinter), para obtenção do título de Doutor em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

SALVADOR – BA

2021

Dados internacionais de catalogação-na-publicação

H811 Hora Neto, João
A força normativa da boa-fé objetiva / João Hora Neto. - 2021.
273 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.
Tese (doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021.

1. Boa-fé (Direito). 2. Princípios gerais do direito. 3. Direito Civil. 4. Contratos. I. Pamplona Filho, Rodolfo Mário Veiga. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD - 346.013

Biblioteca Teixeira de Freitas, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia

JOÃO HORA NETO

A FORÇA NORMATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.
Tese aprovada no dia 20/10/2021, no Departamento de Direito da UFBA, cidade de Salvador/Bahia.

Banca examinadora:

_____

Presidente: Professor Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho; Departamento de Direito da UFBA

_____

Membro: Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior.; Departamento de Direito da UFBA

_____

Membro: Professor Doutor Julio Cesar de Sá da Rocha; Departamento de Direito da UFBA

_____

Membro: Professor Doutor Flávio Murilo Tartuce Silva; Departamento de Direito da Faculdade Baiana de Direito

_____

Membro: Professor Doutor Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior; Departamento de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Aos meus pais, Fernando e Martha, especialmente ao meu pai pelo incentivo precoce às leituras ‘machadianas’, o bruxo do Cosme Velho...; à minha esposa, Carla, pelo apoio desmedido e pelos comentários primeiros à tese; às minhas queridas filhas, Maria Tereza e Maria Fernanda, pelo só fato de existirem e por alimentarem minha alma do ‘sal’ da Vida; e aos meus alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe, de antes e de sempre, pela aprendizagem recíproca!

"Naturalmente, os homens não são nem reis, nem nobres, nem cortesãos, nem ricos; todos nasceram nus e pobres, todos sujeitos às misérias da vida, às tristezas, aos males, às necessidades, às dores de toda espécie; enfim, são todos condenados à morte." – Jean-Jacques Rousseau

"Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida." – Carlos Maximiliano

RESUMO

Não obstante gestada na contratualística romana (*bona fides*), a presente tese indaga se a boa-fé objetiva tem uma vocação expansionista/força normativa capaz de alcançar outros ramos do direito privado e, também, do direito público, bem como se tem uma natureza jurídica de princípio, adequadamente aplicado à luz da legalidade civil constitucional. O objetivo geral é investigar se há uma vocação expansionista, bem como se a boa-fé objetiva é uma norma-regra ou uma norma-princípio e se sua aplicação prática se acha conforme as premissas do direito civil constitucional. A metodologia empregada foi a pesquisa documental/bibliográfica, nacional e estrangeira, com coleta de dados através de material bibliográfico, mediante investigação doutrinária, jurisprudencial e textos legais, além de uma abordagem dogmática, via interpretação lógica, gramatical e sistemática, de acordo com os raciocínios dedutivo, indutivo e dialético. Conforme os oito capítulos expostos, evidenciou-se que a constitucionalização do direito civil exige uma releitura à luz das suas estritas premissas, diante da aplicação imprecisa de diversas cláusulas gerais e, dentre elas, a boa-fé objetiva. Anotou-se o expresso acolhimento da boa-fé objetiva no Código Civil, avistável por sua tríplice função, bem como demonstrou-se sua ligação com o contrato desde o direito romano, e, na modernidade, sua estreita ligação com a sua concepção moderna, de perfil constitucionalizado, através dos contratos civilístico, empresarial e de consumo. Observou-se que a boa-fé objetiva é uma norma de ordem pública (mandamento de lealdade/conduta/honestidade) que impõe 'deveres de consideração/de conduta' decorrentes da concepção moderna de obrigação (dinâmica, cooperada, solidária) e que independem da vontade dos contratantes e não se vinculam a determinado tipo contratual. Também se observou sua incidência em qualquer fase contratual (pré, durante e pós), inclusive em outros ramos do direito privado. À vista da superação da *summa divisio* e considerando que o sistema jurídico pátrio adota um modelo normativo aberto, permeado de cláusulas gerais, demonstrou-se a incidência da boa-fé objetiva também em sede de direito público, por ser um princípio ético-jurídico e uma categoria jurídica transdisciplinar, cujo desiderato é alcançar a máxima realização de um valor constitucional. Examinou-se a transformação da responsabilidade civil na sociedade pós-moderna ('sociedade de risco'), à vista da mitigação dos seus pressupostos clássicos (culpa, nexo e dano) e apontou-se uma quarta fase evolutiva da responsabilidade civil estatal, ou seja, o Estado como garantidor dos direitos fundamentais, razão por que a omissão específica estatal deve ser reconhecida à luz de novéis princípios, e, dentre os quais, a boa-fé objetiva. Atestou-se que dita omissão específica se constitui em uma infração ao dever de diligência do Estado Constitucional, violando, assim, os 'deveres de consideração' atinentes à boa-fé objetiva, que também têm raiz na principiologia constitucional (moralidade, eficiência, segurança, legalidade etc.). Argumentou-se que a boa-fé objetiva é uma norma-princípio (mandamento de otimização) e não uma norma-regra, sendo passível de restrição, mediante o teste da proporcionalidade, cujo resultado gera o seu conteúdo essencial, assim presente em sede de direito privado e de direito público. Anotou-se que o sistema jurídico pátrio não segue a Escola do Direito Livre, o que faz rechaçar a cultura do decisionismo judicial vigente. Ao cabo, concluiu-se que a boa-fé objetiva, inobstante originária do direito contratual romano, detém uma força normativa a atingir os demais ramos do direito (privado e público), sendo uma norma-princípio que gera um conteúdo essencial e que, diante da sua imprecisa aplicação prática, deve ser operacionalizada à luz da legalidade civil constitucional, atinente à segurança jurídica, com base na autoridade do argumento e não no argumento de autoridade (arbitrário, sentimental e ideológico).

Palavras-chave: boa-fé objetiva – vocação expansionista/força normativa – norma-princípio – aplicação inadequada – legalidade civil constitucional.

ABSTRACT

Despite gestating in Roman contractualism (bona fides), this thesis asks whether objective good faith has an expansionist vocation/normative force capable of reaching other branches of private law and, also, public law, as well as whether it has a nature principle, properly applied in the light of constitutional civil legality. The general objective is to investigate whether there is an expansionist vocation, as well as whether objective good faith is a norm-rule or a principle-norm and whether its practical application is in accordance with the premises of constitutional civil law. The methodology used was documentary/bibliographic research, national and foreign, with data collection through bibliographic material, through doctrinal, jurisprudential and legal texts investigation, in addition to a dogmatic approach, by logical, grammatical and systematic interpretation, in accordance with the deductive, inductive and dialectical reasoning. According to the eight chapters exposed, it became evident that the constitutionalization of civil law requires a re-reading in the light of its strict premises, given the imprecise application of several general clauses and, among them, objective good faith. The express acceptance of objective good faith in the Civil Code was noted, visible for its triple function, as well as its connection with the contract since Roman law, and, in modernity, its close connection with its modern conception, was noted, with a constitutionalized profile, through civil, business and consumer contracts. It was observed that objective good faith is a rule of public order (loyalty/conduct/honesty) that imposes 'duties of consideration/conduct' arising from the modern conception of obligation (dynamic, cooperative, solidary) and that are independent the will of the contracting parties and are not bound by a particular type of contract. Its incidence was also observed in any contractual phase (pre, during and post), including in other branches of private law. In view of the overcoming of the *summa divisio* and considering that the Brazilian legal system adopts an open normative model, permeated by general clauses, the incidence of objective good faith was also demonstrated in terms of public law, as it is an ethical-legal principle and a transdisciplinary legal category, whose aim is to achieve the maximum realization of a constitutional value. The transformation of civil liability in postmodern society ('risk society') was examined in view of the mitigation of its classic assumptions (guilt, nexus and damage) and a fourth evolutionary phase of state civil liability was pointed out, that is, the State as guarantor of fundamental rights, which is why the specific state omission must be recognized in the light of new principles, and, among which, objective good faith. It was attested that such specific omission constitutes an infringement of the duty of diligence of the Constitutional State, thus violating the 'duties of consideration' relating to objective good faith, which is also rooted in constitutional principle (morality, efficiency, security, legality etc.). It was argued that objective good faith is a principle-norm (optimization command) and not a norm-rule, being subject to restriction, through the proportionality test, the result of which generates its essential content, thus present in the private law and public law. It was noted that the Brazilian legal system does not follow the Free Law School, which rejects the culture of judicial decisionism in force. Finally, it was concluded that objective good faith, regardless of Roman contractual law, has a normative force to reach the other branches of law (private and public), being a principle-norm that generates an essential content and that, in view of of its imprecise practical application, it must be operationalized in the light of constitutional civil legality, regarding legal certainty, based on the authority of the argument and not on the argument of authority (arbitrary, sentimental and ideological).

Keywords: objective good faith - expansionist vocation / normative force - principle-norm - inadequate application - constitutional civil legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11
CAPÍTULO 1: A LEGALIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL..... 21
1.1 O direito civil e a legalidade constitucional.....21
1.2 Breve histórico do Código Civil de 1916.....22
1.3 Premissas do direito civil constitucional.....25
1.4 Direito civil constitucional e o Código Civil de 2002.....27
1.5 Despatrimonialização *versus* repersonalização (o ter e o ser) 32
1.6 Releitura crítica da metodologia do direito civil constitucional.....34
CAPÍTULO 2: A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DA BOA-FÉ OBJETIVA..38
2.1 Contextualização histórica da boa-fé objetiva 38
2.2 Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.....43
2.3 Boa-fé objetiva como princípio..... 46
2.4 A cláusula geral da boa-fé objetiva.....47
2.5 Funções da boa-fé objetiva.....49
2.6 Obrigação como processo.....56
CAPÍTULO 3: INCIDÊNCIA CIVILÍSTICA E FIGURAS PARCELARES DA BOA- FÉ OBJETIVA 61
3.1 A nova realidade contratual.....61
3.2 Fase pré, durante e pós-negocial.....63
3.3 Figuras parcelares (deveres anexos) 68
3.3.1 *Venire contra factum proprium*.....69
3.3.2 *Supressio.*..... 73
3.3.3 *Surrectio* 74
3.3.4 *Tu quoque*.....76
3.3.5 *Duty to mitigate the loss*.....78
3.3.6 *Exceptio doli*.....83
3.3.7 *Cláusula de stoppel*.....85
3.3.8 Adimplemento substancial (*substancial performance*) 87
3.3.9 Violação positiva do contrato.....89
CAPÍTULO 4: A TEORIA CONTRATUAL E A BOA-FÉ OBJETIVA.....93
4.1 O contrato civilístico, o empresarial e o de consumo: o diálogo das fontes.....93

4.2 Relevância da classificação contratual.....96
4.3 A classificação tradicional do contrato.....97
4.4 A classificação moderna do contrato.....101
4.4.1 Cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos.....103
4.4.2 Contrato relacional.....105
4.4.3 Contrato cativo de longa duração.....106
4.4.4 Contratos conexos ou redes contratuais.....108
4.4.5 Contrato eletrônico.....110
4.4.6 Contrato empresarial e contrato existencial.....113
4.4.7 Contrato sob paradigma da essencialidade.....117
CAPÍTULO 5: VOCAÇÃO EXPANSIONISTA DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO PRIVADO.....120
5.1 Boa-fé objetiva e o direito de família.....120
5.1.1 A dívida alimentar e o adimplemento substancial.....122
5.1.2 Omissão da paternidade biológica, *venire contra factum proprium* e o abuso de direito.....124
5.2 Boa-fé objetiva e o direito das sucessões.....126
5.3 Boa-fé objetiva e o direito das coisas.....129
5.4 Boa-fé objetiva e o direito empresarial.....132
5.5 Boa-fé objetiva e o direito do trabalho.....136
5.6 Boa-fé objetiva e o direito do consumidor.....138
5.6.1 Aspectos da relação jurídica de consumo.....138
5.6.2 Variações sobre os contratos civilístico, empresarial e de consumo.....141
5.6.3 O grande alcance normativo do contrato de consumo.....143
5.6.4 A expansão do contrato e a aplicação jurisprudencial da boa-fé objetiva.....149
CAPÍTULO 6: VOCAÇÃO EXPANSIONISTA DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO PÚBLICO 162
6.1 Boa-fé objetiva e o direito processual.....164
6.2 Boa-fé objetiva e o direito financeiro.....168
6.3 Boa-fé objetiva e o direito tributário.....170
6.4 Boa-fé objetiva e o direito previdenciário.....173
6.5 Boa-fé objetiva e o direito administrativo.....175
6.6 Boa-fé objetiva e direito ambiental.....178

CAPÍTULO 7: AS OMISSÕES ESTATAIS ESPECÍFICAS NA SOCIEDADE DE RISCO E A BOA-FÉ OBJETIVA 184
7.1 O século XXI e a objetivação da responsabilidade civil.....184
7.2 Princípios da responsabilidade civil.....186
7.3 Funções da responsabilidade civil.....190
7.4 Sociedade de risco de Ulrich Beck.....194
7.5 Mitigação dos pressupostos da responsabilidade civil na sociedade de risco.....195
7.6 Responsabilidade civil do Estado e suas omissões.....198
7.7 As omissões estatais específicas e a boa-fé objetiva.....202
7.7.1 A questão da bala perdida.....204
7.7.2 A questão da morte de detento em rebelião em presídio.....205
7.7.3 A questão do suicídio cometido por paciente internado em hospital público.....206
7.7.4 A questão do acidente de aluno decorrente de afogamento em horário escolar por queda em bueiro no pátio da escola municipal 207
7.7.5 A questão da paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte..... 207
7.7.6 A questão da falta de manutenção das vias públicas.....208
7.7.7 A questão do motorista embriagado que provoca acidente, após ter sido parado numa *blitz* rodoviária.....209
7.7.8 A questão dos movimentos multitudinários, motins populares, tumultos ou quebra-quebras.....210
7.7.9 A questão do incêndio da boate *Kiss*.....211
7.7.10 A questão do desmoronamento das barragens de Brumadinho e Mariana.....212
CAPÍTULO 8: O CONTEÚDO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DECISIONISMO JUDICIAL.....215
8.1 A estrutura das normas de direitos fundamentais.....215
8.2 Restrições a direitos fundamentais.....218
8.3 Parâmetros de controle das medidas restritivas e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....221
8.4 O princípio da boa-fé objetiva enquanto mandamento de conduta, de lealdade ou de honestidade.....223
8.5 O conteúdo essencial do princípio da boa-fé objetiva e o direito privado.....228
8.5.1 Exemplo em sede de contrato empresarial.....231

8.5.2 Exemplo em sede de contrato existencial.....232
8.6 O conteúdo essencial do princípio da boa-fé objetiva e o direito público.....232
8.6.1 Exemplo em sede de direito administrativo.....234
8.6.2 Exemplo em sede de direito processual.....237
8.7 A escola do direito livre, o decisionismo judicial e a boa-fé objetiva.....240
8.8 Segurança jurídica e a força normativa da boa-fé objetiva.....244
CONCLUSÕES.....250
REFERÊNCIAS.....258

INTRODUÇÃO

A pesquisa discute, como tema geral, o instituto da boa-fé objetiva.

E, de forma delimitada, como questão-problema, indaga-se se a boa-fé objetiva tem uma vocação expansionista – força normativa – que vai além do direito contratual (*bona fides* romana), seu *habitat* natural, e chega a atingir outros ramos do direito, privado e público. Indaga-se ainda se a boa-fé objetiva tem uma natureza jurídica de norma-regra ou de norma-princípio e se a sua aplicação prática vem se dando à luz da legalidade civil-constitucional.

Para tanto, levanta algumas hipóteses ou questões orientadoras centrais, a saber:

A boa-fé objetiva protegeria as legítimas expectativas do cidadão contratante e não contratante; preservaria o dever de lealdade, de confiança, nas relações jurídicas privadas e públicas; fomentaria o dever de cooperação na sociedade desigual e complexa, em crescente judicialização dos conflitos; restringiria o exercício abusivo de direitos, inclusive em sede de responsabilidade civil extracontratual; fomentaria o dever de diligência do Poder Público, mormente em face das omissões específicas estatais; conferiria eficácia horizontal aos direitos e garantias fundamentais no atual estágio do Estado Constitucional; em sendo uma norma-princípio, geraria um conteúdo essencial em sede de direito privado e direito público; modernizaria a aplicação jurisprudencial a partir de parâmetros precisos, à luz da legalidade civil constitucional.

A justificativa da pesquisa é evidente, à vista da sua atualidade e importância.

Basicamente, sua razão primeira decorre da abertura do sistema jurídico civil após o declínio dos dogmas do Estado Liberal, na passagem histórica para o Estado Social, a partir do advento de diversas leis especiais (microssistemas jurídicos) derivadas do chamado Dirigismo Estatal, mediante as suas facetas – dirigismo judicial, legislativo e executivo.

O auge dessa abertura – 'fragmentação civilística' – dá-se com a Constituição Federal de 1988, uma vez que diversos institutos de direito civil (a propriedade, a herança, a livre iniciativa, o consumo, o casamento/união estável) foram ali inseridos, revelando o fenecimento da vetusta dicotomia direito público/direito privado.

Também se some a isso o advento do Código Civil de 2002, que alberga diversas cláusulas gerais, de importância crucial na sociedade moderna (conflituosa, desigual, complexa), pois significam uma técnica legislativa que expressa um conteúdo normativo aberto, fluido, impreciso, permitindo ao julgador valer-se até de institutos não jurídicos em prol da justiça do caso concreto.

E dentre essas cláusulas gerais, destaca-se a boa-fé objetiva, que é uma norma vinculada

ao princípio da eticidade do Código Civil e que tem ligação com a principiologia constitucional, mormente porque, na modernidade, a relação obrigacional deve ser entendida como um 'processo' cooperado, plural, solidário, polarizado por uma finalidade que é alcançar o resultado útil e efetivo do contrato, em prol das legítimas expectativas dos contratantes.

Aponta-se que há um novo paradigma em curso – 'a obrigação como processo' – delineado como uma relação jurídica complexa, dinâmica e solidária, pautado na confiança recíproca dos entes envolvidos, pouco importando se sujeitos de direito privados ou públicos.

Percebe-se que a boa-fé objetiva se esparge pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo considerado um macroprincípio civilístico de largo alcance normativo, o que mais ainda justifica a pesquisa, mormente na sociedade pós-moderna, de relações jurídicas preponderantemente assimétricas, complexas e até digitais, a impor que a lealdade e a cooperação permeiem a obrigação desde antes da contratação e até após a sua execução.

Anota-se que a boa-fé objetiva detém uma tríplice função – função hermenêutica, função criadora de deveres anexos ou acessórios e função restritiva do exercício abusivo de direitos – o que parece justificar a sua incidência para outros ramos do Direito, mormente à vista da superação da *summa divisio.*

Informa-se que, em sendo o sistema jurídico pátrio permeado de cláusulas gerais, constata-se que se acha em curso a cultura do decisionismo judicial, razão por que se justifica o aprofundamento dogmático na operacionalização da boa-fé objetiva, conforme os ditames da legalidade civil-constitucional e da segurança jurídica.

A pesquisa tem como revisão bibliográfica/fundamentação teórica ou marco teórico a Escola do Direito Civil Constitucional, a partir das lições de Pietro Perlingieri, que tanto inspirou a doutrina nacional, na esteira da chamada 'eficácia horizontal dos direitos fundamentais', que significa a aplicação direta e imediata da normativa constitucional às relações privadas, a fim de efetivar os direitos fundamentais da pessoa humana (valor supremo da Carta Magna), condição imperiosa para se alcançar a Justiça Contratual, mormente no contexto de uma sociedade desigual em que vivemos.

Para tanto, sustenta o jurista italiano que há premissas teóricas precisas que necessitam ser observadas – a natureza normativa da Constituição; a unidade e complexidade do ordenamento jurídico e o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos – a fim de que se promova o adequado juízo de discricionariedade, que não se confunde com o juízo de arbitrariedade.

Fundada em larga pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o estudo discorre sobre a cláusula geral da boa-fé objetiva de forma amiúde, sendo apontada como uma norma

pública/cogente e de maior sedimentação dogmática dentre os demais princípios da contratualística moderna (função social do contrato e equilíbrio contratual).

Com base em vasta bibliografia (clássica e moderna, nacional e estrangeira) busca-se investigar os meandros da boa-fé objetiva, a fim de analisar sobre a sua eficácia concreta e seu alcance jurídico – vocação expansionista/força normativa – em sedes de direito privado e/ou direito público, bem como se aplicável em sede de responsabilidade civil estatal frente às omissões específicas no âmbito do Estado Constitucional e, ainda, perquirir se há uma natureza principiológica.

Diante da conflituosidade do mundo moderno, cuja prática rotineira é a obtenção do lucro fácil e exorbitante, desapegado às legítimas expectativas dos cidadãos/consumidores em geral, inseridos nas searas pública e/ou privada, a pesquisa se alia a uma plêiade de juristas filiados à construção de uma 'mentalidade constitucionalística', sem olvidar, contudo, a análise e o enfrentamento de posições contrárias.

A finalidade básica da pesquisa (objetivo geral) é investigar a vocação expansionista ou a força normativa da boa-fé objetiva em sede do direito privado e do direito público e, ainda, estudar a boa-fé objetiva enquanto uma norma-regra ou uma norma-princípio e analisar sua aplicação prática se conforme as premissas do direito civil constitucional.

Relativamente aos objetivos específicos, a pesquisa busca: a) Referenciar o estudo à Escola do Direito Civil Constitucional; b) Traçar um panorama dogmático e contemporâneo da boa-fé objetiva; c) Demonstrar sua incidência civilística e descrever as figuras parcelares que lhe são ínsitas; d) Reportar a teoria contratual e destacar a moderna classificação do contrato em relação à boa-objetiva; e) Investigar a boa-fé objetiva em sede de direito privado e de direito público; f) Analisar a boa-fé objetiva na sociedade de risco frente às omissões estatais específicas no âmbito do Estado Constitucional; g) Estudar a boa-fé objetiva enquanto norma-regra ou norma-princípio e apontar um conteúdo essencial em sede de direito privado e público; i) Analisar a operacionalização prática da boa-fé objetiva à luz da legalidade civil-constitucional.

A metodologia empregada adotará quatro aspectos metodológicos básicos.

O primeiro deles, dar-se-á via pesquisas documental, bibliográfica, histórica, destacando-se, contudo, a pesquisa documental-bibliográfica, nacional e estrangeira. O segundo, que os dados serão coletados através do material bibliográfico (livros, revistas especializadas, *sites* jurídicos), mediante pesquisa doutrinária, jurisprudencial e textos legais, nacional e estrangeira. O terceiro, que será empreendida uma abordagem qualitativa dos dados obtidos, através de interpretação sistemática e crítica dos conteúdos, sob o enfoque do direito

civil constitucional. O quarto, que a forma de raciocínio será a dedutiva, a indutiva, a dialética e a sistêmica.

A pesquisa está estruturada em oito capítulos.

No primeiro capítulo discorre-se sobre a legalidade civil constitucional.

De início, apresenta-se um panorama histórico do direito civil pátrio, desde os postulados da Escola da Exegese que influenciaram o Código Civil de 1916, de perfil liberal, individualista e voluntarista.

Refere-se à abertura do sistema jurídico civil na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com o advento de diversos microssistemas jurídicos (leis especiais) derivados do Dirigismo Estatal, de grande alcance social, cuja abertura atinge seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que passa a reger diversos institutos civilísticos, não mais sob o viés patrimonialista e, sim, personalista, doravante fundado na tutela da pessoa humana como valor-mor do ordenamento jurídico pátrio.

Elucida-se a longa tramitação do Código Civil de 2002, com seus princípios estruturantes – eticidade, socialidade e operabilidade – além da previsão de cláusulas gerais, a permitir uma atividade judicial mais criadora para a solução da casuística.

Observa-se a influência da doutrina italiana (Pietro Perlingieri) para o direito civil constitucional pátrio, à luz da metodologia fundada em três premissas básicas – natureza normativa da Constituição; unidade e complexidade do ordenamento jurídico e o desenvolvimento de uma teoria da interpretação, de fins aplicativos – bem como alerta-se sobre a necessidade de uma releitura na sua aplicação, diante da sua imprecisão prática.

No capítulo segundo passa-se a expor a compreensão contemporânea da boa-fé objetiva.

Infere-se que a boa-fé tem no Direito um caráter universal, por ser uma criação humana, que remonta à expressão romana *fides* (confiança).

Faz-se uma contextualização histórica da boa-fé objetiva, ligada à expressão *bona fides*, cujo adjetivo *bona* implica em constranger a quem prometeu manter a sua promessa conforme o espírito do contrato, a lealdade da palavra empenhada, além de reportar-se a *bonae fidei iudicia* como instrumento técnico que permitia ao julgador decidir sem o apego ao formalismo estrito, mas com base na conduta ética dos envolvidos, tornando-se uma fonte de exigibilidade judicial de deveres, sendo apontado como um preliminar ponto de contato com a boa-fé objetiva.

Apresenta-se um escorço histórico da boa-fé objetiva no direito ocidental e registra-se a sua consagração máxima como parâmetro corretivo das normas legais, consoante regra expressa no Código Civil alemão (§ 242, *BGB*), cuja cláusula geral é tida como um instrumento

norteador de conduta das partes, que deve ser pautada pela lealdade/confiança/cooperação, em consideração para com os interesses do *alter* em busca do fim colimado na obrigação.

Discorre-se sobre um apanhado dogmático da boa-fé objetiva no direito pátrio, positivada no Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º), mas sem grande alcance prático, depois expressamente sufragada como um dos princípios consumeristas no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, 51, IV) e como um dos princípios sociais do contrato no Código Civil (arts. 113, 187 e 422), vinculada ao princípio geral da eticidade do Código Civil.

Aparta-se as duas acepções da boa-fé – subjetiva e objetiva – com seus respectivos conceitos e distinções, aduzindo-se que a primeira é um elemento constitutivo para a aplicação de uma norma, enquanto a boa-fé objetiva é tida como um macroprincípio do direito civil, ou seja, uma cláusula geral que prevê um modelo de conduta social, um arquétipo ou *standard* jurídico que vincula a todos que participam da obrigação.

Ressalta-se que a boa-fé objetiva é materializada via técnica legislativa da cláusula geral, que prevê um conteúdo normativo aberto, impreciso e múltiplo, à disposição do julgador para a concretização da ordem pública constitucional, mediante a criação da norma para o caso concreto.

Explica-se a sua tríplice função – função hermenêutica (art. 113, CC), função corretora (art. 187, CC) e função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) – e adverte-se que na sociedade pós-moderna (complexa, desigual e globalizada) a boa-fé objetiva é compreendida como uma obrigação como processo, por ser uma relação jurídica solidária, dinâmica e cooperada, a exigir das partes uma série de atividades/condutas em prol das suas legítimas expectativas, que não nasce da vontade das partes e não se acha atrelada às prestações principais.

No terceiro capítulo passa-se a analisar a incidência civilística e as figuras parcelares da boa-fé objetiva.

Ratifica-se a histórica ligação da boa-fé objetiva e o contrato, que remonta, etimologicamente, ao Direito Romano, e faz-se a distinção entre as concepções contratuais clássica e moderna, observando-se, quanto à primeira, a primazia do dogma da autonomia privada, do princípio do *pacta sunt servanda* e da contratação paritária e, quanto à segunda, ínsita à sociedade pós-moderna, a prevalência do solidarismo contratual e da contratação em massa, em prol de um contrato constitucionalizado.

Diante da imprecisa redação do art. 422 do Código Civil, e a despeito de alguma controvérsia doutrinária, ressalta-se que a cláusula da boa-fé objetiva tem incidência nas três fases contratuais (pré, durante e pós), inclusive com a possibilidade de responsabilização civil

por violação dos deveres da boa-fé objetiva, anotando-se, ainda, que referida responsabilização tem a natureza contratual e não extracontratual ou aquiliana.

Também passa-se a explanar as suas figuras parcelares ou deveres anexos (*venire contra factum proprium; supressio; surrectio; tu quoque; duty to mitigate the loss; exceptio doli; cláusula de stoppel*; adimplemento substancial (*substancial performance*); violação positiva do contrato), que são subprincípios vinculados à sua terceira função – a função corretora ou delimitadora do exercício abusivo de direitos (art. 187, CC) – que tem como lastro normativo a tutela da confiança e é considerada a mais recorrente na jurisprudência pátria.

No capítulo quarto faz-se um estudo sobre a teoria contratual e a boa-fé objetiva.

Ressalta-se a importância da classificação contratual e faz-se a distinção entre a classificação tradicional e moderna do contrato, referindo-se, quanto à primeira, seu paradigma voluntarista, monolítico e abstrato do contrato, vinculado ao Estado Liberal e, quanto à segunda, seu perfil fragmentário, normatizado, constitucionalizado, à luz do dirigismo contratual.

Pontua-se que na sociedade hodierna há três categorias contratuais bem distintas, os contratos – civilístico, empresarial e de consumo – de natureza jurídica díspar e de caracteres próprios, com incidência do direito civil comum ou geral para o contrato civil e, do direito especial, para os contratos empresarial e consumerista, sendo todos operacionalizáveis à luz da teoria do 'diálogo das fontes'.

Conceitua-se os contratos civil, empresarial e de consumo, observando-se que sob o gênero contrato de consumo há uma gama de novos tipos contratuais, a saber: as cláusulas contratuais gerais; o contrato cativo de longa duração, o contrato existencial, o contrato sob o paradigma da essencialidade, e, em larga escala, o contrato eletrônico e o contrato conexo.

Sem embargo da importante distinção entre contrato paritário e de adesão oriunda da classificação tradicional do contrato, ainda presente e necessária, aponta-se uma nova dicotomia contratual para o século XXI, à luz da doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, ou seja, o contrato empresarial e o contrato existencial, ressaltando-se que a principal distinção entre eles é a intenção ou não do lucro, além de possuírem características próprias à luz da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

No quinto capítulo, passa-se a investigar a vocação expansionista da boa-fé objetiva e o direito privado.

Analisa-se o alcance da boa-fé objetiva além do direito contratual e a possibilidade de atingir outros ramos do direito privado, a fim de descortinar sua força normativa.

Observa-se que a boa-fé objetiva é uma norma de ordem pública, que impõe 'deveres de consideração/deveres de conduta' que decorrem da concepção moderna de obrigação

(dinâmica, cooperada, solidária) e que independem da vontade dos contratantes e não se vinculam a determinado tipo contratual, diferentemente dos deveres principais (prestações principais), que necessariamente são emanados da vontade das partes.

Na sociedade pós-moderna, aponta-se a boa-fé objetiva como um mandamento de honestidade, de lealdade e de conduta, haja vista a obrigação é um processo ou um sistema de totalidade no sentido de que a obrigação ocorra de modo mais satisfatório para o credor e menos oneroso para o devedor, uma vez que não se encontram mais em posição antagônica e estática e, sim, cooperada e dinâmica.

Elucida-se e exemplifica-se a incidência da boa-fé objetiva em outros ramos do direito privado (direito de família, direito das sucessões, direito das coisas, direito empresarial, direito do trabalho), consoante diversas situações fáticas examinadas e julgados trazidos à colação, merecendo destaque sua larga incidência em sede de direito do consumidor, além de aplicável nas fases pré e pós-contratual.

No capítulo sexto, discute-se a vocação expansionista da boa-fé objetiva em sede de direito público.

Em face da superação da vetusta *summa divisio*, constata-se que o sistema jurídico contemporâneo tem preferência pelo modelo normativo aberto, caracterizado pela adoção de cláusulas gerais, que é um modelo da 'não casuística' e que confere mobilidade ao sistema jurídico, sendo mais consentâneo com o mundo moderno – de ingente conflituosidade – o que é próprio de uma sociedade de risco.

Observa-se que o sistema jurídico pátrio é permeado de cláusulas gerais e, dentre elas, a boa-fé objetiva, considerado um princípio ético-jurídico, cujo desiderato é atingir a máxima realização de um valor constitucional, de sorte que, com respaldo em sólida doutrina, elucida-se que não se restringe apenas ao direito privado, mas também se expande para o direito público, por ser uma categoria jurídica transversal ou transdisciplinar e como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Demonstra-se a ocorrência de cláusulas gerais em diversos ramos do direito público e, dentre elas, argumenta-se pela incidência da boa-fé objetiva a exigir que o Poder Público (Estado) também aja com lealdade e honestidade com seus administrados, em prol das suas legítimas expectativas e em respeito aos princípios da moralidade administrativa, da segurança, da dignidade humana, da solidariedade, da igualdade, da livre iniciativa, dentre outros.

Para tanto, traz-se a lume exemplos da boa-fé objetiva em sede de direito público, a evidenciar a efetividade de todas as suas funções – função hermenêutica (art. 113, CC), função corretora (art. 187, CC) e função criadora de deveres anexos (art. 422, CC) – com incidência

em vários ramos do direito público (direito processual, direito financeiro, direito tributário, direito previdenciário, direito administrativo e direito ambiental), conforme as diversas casuísticas expostas.

No sétimo capítulo, passa-se a examinar as omissões estatais específicas na sociedade de risco e a boa-fé objetiva.

Retrata-se um panorama de transformação da responsabilidade civil, a partir do seu clássico perfil subjetivista, atrelado a Teoria da Culpa e, na sociedade contemporânea, com notória tendência pela objetivação, fundada na Teoria do Risco, decorrente das inúmeras cláusulas gerais que lhe são inerentes, o que denota a predominância da responsabilidade civil objetiva.

Afora seus próprios princípios, demonstra-se que a cláusula geral da responsabilidade civil tem um perfil multifuncional e que detém três funções distintas – função reparatória, função punitiva e função precaucional – de relevância na sociedade pós-moderna, também denominada de 'sociedade de risco', marcadamente desigual, complexa e massificada, caracterizada pela globalização de riscos civilizatórios e em permanente estado de insegurança e incerteza.

Mormente na 'sociedade de risco', faz-se referência à mitigação dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil (dano, nexo e culpa) e aponta-se que há uma quarta fase evolutiva da responsabilidade civil – o Estado como garantidor dos direitos fundamentais – com especial destaque para a omissão específica estatal, relacionada com a responsabilidade civil objetiva e ocorrente quando o Estado tiver na condição de garante (ou de guardião) da pessoa ou da coisa, ou melhor, quando tiver o dever especial/individualizado de agir e não o faz.

Argumenta-se que, na sociedade pós-industrial do século XXI, o Estado Constitucional acha-se vinculado a efetivação dos direitos fundamentais, mediante escolhas administrativas legítimas em prol de uma boa administração pública, que é um direito fundamental dos cidadãos-administrados, bem como ressalta-se que a responsabilidade civil estatal não deve ser aplicada conforme os princípios já conhecidos, mas, sim, à luz dos novéis princípios, como, por exemplo, o princípio da vulnerabilidade, diante da assimetria fática-jurídica entre o Estado e o cidadão-administrado, além do princípio da boa-fé objetiva.

Observa-se a estrita vinculação entre a omissão específica estatal e a boa-fé objetiva, pois dita omissão significa uma infração ao dever de diligência pelo Estado Constitucional e que tem pertinência com os 'deveres de consideração' (art. 422, CC), afora os consectários do abuso de direito (art. 187, CC), que dizem respeito às funções da boa-fé objetiva.

Aponta-se que a omissão específica estatal viola os princípios constitucionais (moralidade, eficiência, legalidade, segurança etc.) e, por via reflexa, o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a ineficiência do serviço público fica muito aquém do mínimo esperado pela coletividade, conforme as diversas situações fáticas demonstradas.

No capítulo oitavo, pesquisa-se o conteúdo essencial do princípio da boa-fé objetiva e o decisionismo judicial.

A princípio, discorre-se acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais, suas restrições e seus parâmetros de controle.

De forma amiúde, faz-se diversas distinções entre norma-princípio e norma-regra, ambas espécies da categoria geral (norma jurídica), reporta-se sobre a possibilidade de a norma-princípio ser restringível e sobre os parâmetros de controle das medidas restritivas, mediante o teste da proporcionalidade, cujo resultado gera o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Explicita-se que a boa-fé subjetiva é uma norma-regra, por ser tão apenas um elemento constitutivo para aplicação de uma norma, enquanto a boa-fé objetiva é uma norma-princípio, um ‘mandamento de otimização’, conforme diversas razões enumeradas, por ser considerada uma norma de conduta, um mandamento de lealdade ou de honestidade não apenas atrelado ao princípio da eticidade do Código Civil, mas também com estrita vinculação à principiologia constitucional.

Destaca-se que a boa-fé objetiva é uma norma cogente, imperativa ou de ordem pública que visa a máxima realização de um valor constitucional e que materializa, no plano infraconstitucional, toda a principiologia constitucional reportada (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, livre iniciativa, moralidade pública, eficiência pública, segurança jurídica), sujeitando-se a restrições mediante o teste da proporcionalidade, pela regra da proporcionalidade com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – para fins de alcançar seu conteúdo essencial.

Demonstra-se o conteúdo essencial da boa-fé objetiva em sede de direito privado, com exemplos relacionados aos contratos empresarial e existencial, e em sede de direito público, conforme exemplos relativos às searas administrativa e processual.

Ressalta-se que o sistema jurídico pátrio não segue a Escola da Livre Indagação ou a Escola do Direito Livre e que, por conseguinte, rechaça a cultura do decisionismo judicial tão largamente em voga, diante da aplicação desmesurada de diversas cláusulas gerais (dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva etc.), o que faz gerar confusão entre o que seja o juízo discricionário e o juízo arbitrário.

Menciona-se ainda, a despeito da força normativa da boa-fé objetiva e da sua natureza principiológica, sua inadequada aplicação prática na sociedade pós-moderna, de crescente judicialização e profusão de leis, à vista da cultura do decisionismo judicial em voga no país.

Propugna-se, ao cabo, que a operacionalização da cláusula geral da boa-fé objetiva ocorra à luz da legalidade civil constitucional, em consonância com a segurança jurídica, que é um ideal normativo de 'primeira grandeza' e um princípio implícito que permeia todo o ordenamento jurídico, a fim de que sua concretude seja ditada pela autoridade do argumento e não no argumento de autoridade (*ab auctoritate*), por ser este marcadamente irracional, ideológico e sentimental.

CAPÍTULO 1. A LEGALIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL

1.1 O direito civil e a legalidade constitucional

In primis, impõe-se elucidar o conceito do que seja direito civil constitucional diante da profusão de entendimentos, principalmente decorrente da sua grande difusão e popularidade, ao ponto mesmo de ter se tornado um modismo jurídico – não obstante, em larga escala, fora dos parâmetros legais. Para elucidá-lo, convém ressaltar alguns conceitos recorrentes na doutrina, deveras explicativos.

Na dicção de Pietro Perlingieri, cuida-se o direito civil constitucional da "releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República."[1]

Em igual sintonia, Paulo Luiz Netto Lôbo registra que "A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)."[2]

Também acerca da expressão constitucionalização do direito civil, em face da superação da clássica dicotomia direito público/direito privado, diversos institutos civilísticos ingressaram na Constituição Federal, de sorte que, "Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional."[3]

Ou, ainda, segundo lição de Anderson Schreiber, trata-se de uma metodologia que busca superar "a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir de diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico."[4]

Basicamente, pois, o direito civil constitucional significa a releitura permanente do Código Civil à luz da Constituição Federal e não o inverso.

No Brasil, a expressão direito civil constitucional é creditada a dois civilistas pioneiros que difundiram, ainda na década de 1990, a doutrina civil pautada na legalidade constitucional, iluminada pelas lições do jurista Pietro Perlingieri, mediante a publicação de dois textos até hoje referenciados, a saber, 'Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito

1 PERLINGIERI, Pietro**. Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional**.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.
2 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil –** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.
3 AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 3.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 151.
4 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

civil'[5] (Gustavo Tepedino) e 'A caminho de um direito civil constitucional'[6] (Maria Celina Bodin de Moraes).

No mundo acadêmico pátrio, existem duas escolas que desenvolvem há anos a doutrina civil constitucional, são elas: a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR), estando esta metodologia difundida às largas na doutrina, bem como aplicada pelos tribunais do país, em que pese a sua aplicação ocorra, em larga escala, ao arrepio de suas premissas teóricas básicas.

Registre-se, ainda, que foi o processo de redemocratização política que possibilitou o advento da Carta Magna de 1988 e essa, por seu turno, incorporou diversos institutos civilísticos, gestando o fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil, mormente porque o Código Civil de 1916, ainda vigente à época, se achava distante dos anseios da sociedade brasileira hodierna, com diversos artigos de lei completamente desatualizados.

Assim, desde então (1988), a aplicação do direito civil à luz da Constituição Federal é uma metodologia imperiosa e permanente, fundada em três princípios constitucionais estruturantes, a saber – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); o princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF) – cuja adoção se impõe, outrossim, em razão dos novos marcos na historicidade do direito, decorrentes das "profundas mudanças epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea."[7]

A metodologia do direito civil constitucional representa o pano de fundo (marco teórico) da presente pesquisa, por ser uma realidade inconteste, ainda que submetida a uma constante vigilância, não apenas para uma análise de suas consequências práticas, mas também para possíveis críticas, conforme vaticina Luiz Edson Fachin.[8]

1.2 Breve histórico do Código Civil de 1916

5 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-22.
6 MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional**.** *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 259-274, v.1.
7 WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.
8 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 314.

Para uma adequada explicação da constitucionalização do direito civil resta imperiosa uma análise histórica do direito civil pátrio, a partir do Século XIX, ainda que em apertada síntese.

Nesse diapasão, é sabido que o Código Civil de 1916 é fruto de doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão, o chamado Código da Burguesia (1804), que inspirou diversas codificações do Século XIX. Produto de um sistema jurídico fechado, hermético e monolítico, muito próprio do Positivismo Jurídico, o Código Civil de Beviláqua era tido como a Constituição do direito privado, influenciado pelos postulados da Escola da Exegese, segundo a qual o juiz era apenas um escravo da lei, ou, segundo as palavras de Montesquieu, o juiz deveria ser apenas a boca da lei (*bouche de la loi*).

Havia, pois, uma completa apartação/afastamento entre o direito público e o direito privado, uma vez que o Código Civil de 1916 assumia o monopólio único e exclusivo das relações privadas, fundado no fetichismo da lei, haja vista que esta regulava toda a vida social, de maneira completa, genérica e neutra.

Sem dúvida, o Código Civil de 1916 foi gestado no seio de uma sociedade agrária e pré-industrial, o que significa que retratou um mundo de estabilidade e segurança, a chamada 'era da segurança', bem em sintonia com o individualismo oitocentista, em que reinavam, por exemplo, os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da abstenção, retratando assim a ideologia dominante do Estado burguês ou liberal.

Contudo, essa era de segurança e estabilidade começa a ruir na Europa a partir da segunda metade do Século XIX e, no Brasil, teve reflexos com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, a partir dos anos 20 (1920). Desde então, pois, iniciou-se o processo de abertura do sistema jurídico civil, precisamente na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, este marcadamente intervencionista e comprometido com o ideal de Justiça Social.

Assim, a fragmentação civilística decorre de uma plêiade de acontecimentos históricos e movimentos sociais, de variados matizes, como por exemplo, a explosão demográfica, a industrialização, a massificação das relações contratuais, a desordenação dos centros urbanos, as doutrinas socialistas, as encíclicas sociais da Igreja, o dirigismo contratual, entre outros, o que provocou o declínio dos dogmas do Estado liberal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces da civilística clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista.

Nesse contexto, na doutrina clássica, fundada no vetusto postulado *qui dit contractuel dit juste* (Alfred Fouillée), observa-se que a liberdade de contratar é apenas teórica, uma vez que persiste uma igualdade de direito e uma desigualdade de fato, o que faz nascer a

preocupação com o primado do social sobre o individual, do qual decorre a socialização e a publicização do direito dos contratos.

Tal fenômeno é conhecido como Dirigismo Contratual, que é um sistema de defesas e garantias para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais, de sorte que essa intervenção do Estado passa a ser exercida pelo juiz e pelo legislador, quer seja pelo poder judicial de revisar o contrato, quer seja pela edição de leis contratuais imperativas e não apenas interpretativas.[9]

A partir dos anos 30, inicia-se a chamada descodificação ou fragmentação do direito civil, ou seja, a edição de diversas leis especiais/extravagantes/emergenciais, também denominadas de microssistemas jurídicos, que passaram a regular institutos civilísticos antes previstos no Código Civil de 1916, gerando para este a perda de seu caráter de exclusividade, enquanto centro único e emanador do direito privado – o chamado monossistema.

Decerto que, nesse contexto, o Código Civil perdeu, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado, por força do Dirigismo Estatal, pois este passou a ditar um novel polissistema civilístico, com o advento de diversas leis especiais, com forte cunho social e protecionista em relação à parte contratante mais fraca. Já o Código Civil continuou a reger o direito civil comum ou residual, de forma genérica, posto que, em essência, passou "a reger unicamente os casos não regulados nas leis especiais, tendo perdido a sua função de direito comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares."[10]

Nesse sentido, vale ressaltar, a título de ilustração, a edição de uma gama de leis especiais a partir da década de 1930, a saber: a legislação trabalhista (CLT), o Dec. lei 58/37, a Lei de Condomínios (Lei 4.591/64), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79), o Estatuto da Mulher Casada, entre outras, chegando-se ao apogeu da fragmentação civilística com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Constata-se, pois, que vários institutos civilísticos (propriedade, herança, família, consumidor) migraram para o Texto Constitucional, de tal modo que, a partir disso, surgiram diversas leis setoriais disciplinadoras de universos legislativos específicos, como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/90), a Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90), dentre outros.

---

9 BESSONE, Darcy. **Do contrato – teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 41-50.
10 GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47.

A constitucionalização do direito civil se consuma com o advento da Constituição Federal de 1988, observando-se que, à época, ainda vigia o Código Civil de 1916, já largamente ultrapassado em face dos novos reclamos da sociedade brasileira.

Anote-se, ainda, que a doutrina do civil constitucional se funda em três princípios estruturantes – dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade – que largamente influenciou o Código Civil de 2002, sendo este um diploma legal permeado de cláusulas gerais.

1.3 Premissas do direito civil constitucional

Na contemporaneidade, a metodologia civil constitucional tem sido aplicada em larga escala, de forma pouco técnica, transformando-se até num modismo jurídico ou numa espécie de panaceia empregável a tudo e para tudo.

Como toda metodologia, o direito civil constitucional guarnece premissas teóricas precisas, para bem delimitar seus contornos, a fim de evitar sua aplicação a esmo e à solta, ensejando confusão com outra (s) metodologia (s) jurídica (s). Necessário, pois, fixar os seus parâmetros.

Para tanto, Pietro Perlingieri sustenta que três são os pressupostos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo sobre as codificações, ou seja: a) a natureza normativa da Constituição; b) a unidade e complexidade do ordenamento jurídico; c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos.[11]

Acerca do primeiro – a natureza normativa da Constituição – significa dizer que a normativa constitucional se aplica direta e/ou indiretamente às relações privadas, ou, melhor explicando, representa uma visão bem distinta daquela empregada pela doutrina civilística clássica, isto é, a de que a Carta Magna tinha um conteúdo programático, dirigida apenas ao legislador incumbido de produzir a lei ordinária para, através desta, fazer valer a norma constitucional.

Assim, segundo tal visão tradicional, mesmo em caso de lacunas legais (art. 4º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB), a norma constitucional somente se aplicaria em caso último, por meio da invocação dos princípios gerais de direito que, por certo, jamais se confundem com os princípios constitucionais, até porque estes se situam no ápice do

11 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589-593.

ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, nunca podem ter um mero papel subsidiário ou periférico.[12]

Não há dúvida de que a aplicação do texto constitucional, como último expediente para colmatação legal, confundindo-o com um princípio geral do direito, resulta numa interpretação equivocada e até teratológica.

Para melhor aclarar, é notória a distinção entre tais princípios, haja vista que, enquanto os princípios gerais são diretrizes para a colmatação de lacunas legais e são fontes subsidiárias do direito, segundo Maria Helena Diniz,[13]também são "postulados de direito natural, verdades jurídicas universais, perenes e imutáveis, representando o que há de constante no direito, constituindo, por isso, o fundamento do direito positivo".

Já os princípios constitucionais, diferentemente, derivam da força normativa da Constituição, posto que "graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social" [14] e que essa força normativa só é alcançada com a realização dessa pretensão de eficácia, a chamada 'vontade da Constituição',[15] a fim de que a Constituição não se torne tão apenas uma 'folha de papel',[16] conforme vaticínio de Ferdinand Lassalle.

Em relação ao segundo pressuposto – a unidade e complexidade do ordenamento jurídico – impõe-se consignar que o sistema jurídico é único e unitário, mesmo que permeado de diversas fontes e múltiplas normas, normas essas até especializadas.

A despeito da avalanche de microssistemas jurídicos – leis especiais/extravagantes – que passaram a regular o direito civil especial, vale ressaltar que o direito civil constitucional se opõe a essa fragmentação, uma vez que busca a reunificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo que a lei especial deve ser interpretada e aplicada não em conformidade com a sua lógica própria, mas, sim, em conformidade com os valores supremos da Constituição, a vontade da Constituição,[17] na dicção de Konrad Hesse.

A unidade do ordenamento jurídico não é comprometida por sua complexidade, pois a Constituição funciona como o centro unificador do sistema e as leis especiais, em igual sintonia,

---

12 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.
13 DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.
14 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.
15 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.
16 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 61.
17 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27.

também são irradiadas/atingidas por sua principiologia, conforme bem explicita Pietro Perlingieri:[18]"A unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade encontra o seu momento unificador no ordenamento que concorre a produzir".

Já o terceiro pressuposto – interpretação com fins aplicativos – revela que, diferentemente da dogmática da Escola da Exegese, em que o juiz era a boca da lei (*bouche de la loi*), o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete ao texto estrito da lei, pois lhe confere um poder discricionário e criativo vinculado à realização dos valores constitucionais.

Por conseguinte, cabe ao exegeta realizar a interpretação em sintonia com a unidade sistemática do ordenamento, iluminada pelos valores constitucionais e não atrelado aos interesses pessoais ou de grupos, posto que "as observações do preâmbulo da Carta são o norte da ação do intérprete e que as regras de direitos fundamentais são de vigência e de aplicação imediatas, por força de texto expresso."[19]

Dessarte, em sede de hermenêutica, o positivismo legalista deve ser rechaçado, haja vista que "o direito não está vinculado à letra da lei, mas à norma",[20]com a ressalva de que o intérprete deve exercer seu legítimo juízo de discricionariedade, mas sem descambar para o arbítrio, sua ideologia ou sentimento pessoal.

O juízo de discricionariedade, que é legítimo, jamais pode se confundir com o juízo de arbitrariedade ou irracional, uma vez que este implica numa decisão *contra legem* ou *praeter legem,* resultando, ao cabo, numa decisão teratológica ou desmotivada.

Assim, no contexto da metodologia do direito civil constitucional, o juízo de discricionariedade deve ser exercido no âmbito da legalidade constitucional, para fins de conciliar a conveniente flexibilidade metodológica com a necessária previsibilidade e segurança.[21]

1.4 Direito civil constitucional e o código civil de 2002

18 PERLINGIERI, Pietro**. Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional**.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-8.
19 BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.
20 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.
21 KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42.

Como assinalado, o apogeu da abertura do sistema jurídico-civilista se consumou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, de matriz essencialmente principiológica e que se tornou o centro do ordenamento jurídico pátrio, merecendo destaque a adoção da cláusula geral da tutela da pessoa humana, considerada o valor-fonte do ordenamento jurídico.

Historicamente, o advento da Carta Magna deriva do processo de redemocratização brasileira, após longo período de ditadura militar, o que confirma a lição de que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder.[22]

Inserida naquele contexto, desde então a dicotomia direito público *versus* direito privado se acha esvaziada ou sem sentido, posto que a sociedade hodierna – complexa, plural e despersonalizada – já não mais comporta a clássica divisão de que a Constituição seria a lei do Estado e o direito privado a lei da sociedade civil.

Modernamente, é tarefa quase impossível apontar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente e isolado do interesse público, bem como o inverso, o que implica em dizer que no Brasil ocorreu a publicização do direito privado e, por via reflexa, a privatização das normas públicas, fragilizando o vetusto axioma romano da *summa divisio.*[23]

Ressalte-se que, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda se achava em vigor o Código Civil de 1916, eminentemente individualista, liberal, conservador, patrimonialista e de perfil oitocentista, muito embora já fragmentado diante das inúmeras leis especiais vigentes, que regulavam o direito civil especial e ele (o Código) regulava o direito civil comum.

Anote-se que o Código Civil de 1916 vigeu por mais de 80 (oitenta) anos, sendo que, com o advento da Carta Magna (1988) e antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, já existia no país uma rumorosa e incipiente aplicação do direito civil constitucional, quer seja pela novel doutrina, quer seja pela jurisprudência.

Naquela quadra histórica – registre-se – já tramitava no Congresso Nacional o Anteprojeto do Novo Código Civil, cuja comissão fora nomeada no ano de 1969, sob a presidência de Miguel Reale, que apresentou um primeiro Texto em 1972 e que, após longa tramitação congressual, somente em janeiro de 2002 veio a cabo o Novo Código Civil, que entrou em vigor um ano após, em 11 de janeiro de 2003.

Portanto, o Projeto do Novo Código Civil tramitou no Congresso por mais de 30 (trinta) anos, não tendo havido, de fato, uma participação popular efetiva, conforme os anseios da

22 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 50.
23 PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 42.

sociedade brasileira do Século XXI, o que o tornou um tanto desatualizado e em certo sentido lacunoso.

O Código Civil de 2002, também denominado de Código de Miguel Reale, que é autor da Teoria Tridimensional do Direito (Fato, Valor e Norma), é produto do culturalismo jurídico, que traduz uma "corrente de pensamento que aponta a cultura como paradigma central das ciências e da filosofia." [24]

Melhor explicando o culturalismo jurídico, assim elucida Miguel Reale:

> Como se vê, a concepção do direito como experiência histórico-cultural abre perspectivas renovadoras para a Ciência Jurídica, inclusive porque nos dá consciência de que o direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar. É como experiência histórica que se explica e se modela a experiência jurídica, revelando-se como fenômeno universal essencialmente ligado à atividade perene do espírito.....
> Eis aí por que motivo a concepção culturalista do direito deve ser *concepção humanista* do direito. Partimos dessa ideia, a nosso ver básica, de que a *pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores*. [25]

Destarte, aponta-se que o Código Civil de 2002 está impregnado de ideais culturalistas, tais como 'ética da situação', 'Direito como concreção', 'Direito como experiência' – valores esses que resultaram na gestação de um Código Civil que funciona como 'eixo central' do sistema de direito privado, mas que adota a linguagem das cláusulas gerais, permitindo uma atividade judicial mais criadora.[26]

O Código Civil em vigor guarnece três diretrizes fundamentais, a saber: eticidade, operabilidade e socialidade.

O princípio da eticidade, que se relaciona com a noção de lealdade e cooperação, está previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, na percepção de que o Direito é uma técnica a serviço de uma ética, de sorte que, entre o cotejo do direito-técnica e o direito-ética, deve prevalecer a força do Direito sobre o Direito-força.

---

24 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil**.** *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

25 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215-217.

26 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"**.** *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-121.

Já o princípio da socialidade "reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana",[27] a fim de superar o caráter individualista e egoísta do Código de Beviláqua, passando a valorizar a palavra 'nós' em detrimento da palavra 'eu', valendo-se destacar, a título de exemplo, os princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII, CF c/c art. 1.228, CC), da função social do contrato (art. 421, CC), todos voltados ao alcance do bem comum, há muito previsto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

E, por último, o princípio da operabilidade, que visa a afastar o exagerado tecnicismo jurídico do Código revogado, isto é, suas ambiguidades ou bizantinices, facilitando a operabilidade, concretude ou efetividade dos institutos, doravante previstos com maior simplicidade, como é o caso, por exemplo, do tratamento conferido à prescrição e à decadência (arts. 189 a 211, CC). Referido princípio objetiva alcançar a 'ética da situação', isto é, busca conferir ao interessado o efetivo bem da vida pleiteado, de forma concreta, viável e efetiva e não meramente formal ou abstrata.

Pois bem.

Naturalmente, com o advento do Novo Código Civil, vigente desde 11 de janeiro de 2003, surgiram críticas a respeito, valendo-se observar que uma parcela da doutrina sustentava a desnecessidade do direito civil constitucional, entendendo-o aplicável apenas para o caso de envelhecimento das regras civilísticas do Código Civil revogado.

A outro giro, em sentido oposto, outra parcela doutrinária imputava severas críticas ao novel Código, apontando lacunosidade ou desatualização, sob a alegação de desconhecer a normativa constitucional já em vigor (Constituição Federal), a farta legislação especial (microssistemas jurídicos) e a jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década.

Todavia, o fato histórico e inconteste é que o Código Civil de 2002 adveio distante dos anseios da sociedade brasileira do terceiro milênio, fato esse justificado à vista da longuíssima tramitação congressual por mais de três décadas.

De fato, a consequente desatualização do Código Civil de 2002 foi questionada por parcela da doutrina à época, sob o argumento de ser conservador no campo do direito de família, por não trazer, por exemplo, regramento acerca da união homoafetiva, bem como por ter previsto a prisão civil do depositário infiel (art. 652, CC), o que levou o Supremo Tribunal

27 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

Federal a se manifestar em sentido contrário em ambos os casos, ao estender a união estável aos homossexuais, por interpretação constitucional (art. 1.723, CC), além de impedir a prisão civil do depositário, por violação do Pacto de San José da Costa Rica.

Também outro tema criticável foi o fato de o Código Civil ter autorizado o tratamento compulsório, vedando-o apenas em caso de risco de vida (art. 15, CC), estando isso em desacordo com a dignidade da pessoa humana, o que faz evidenciar a sua diminuta axiologia constitucional, ainda que tenha adotado importantes cláusulas gerais capazes de realizar a 'ética da situação',[28]na dicção de Judith Martins-Costa.

Nesse toar, também digno de nota é a doutrina elucidativa de Gerson Luiz Carlos Branco, que, em tom mais moderado, assim conclui:

> De fato, o novo Código é arrojado e ao mesmo tempo tímido na função de conformação da realidade. É arrojado porque estabelece as bases a partir das quais o direito poder evoluir, mudar e se adaptar às novas realidades. Essa possibilidade de mudança está na estrutura aberta e flexível, nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais vão manter o novo Código jovem independentemente das transformações futuras da sociedade.
> Porém, o Código de 2002 é tímido porque não inova em suas regras, somente consolidando modelos jurídicos que a doutrina e jurisprudência já haviam recepcionado. [29]

E acerca desse impasse, a respeito da timidez ou avanço dogmático do Código Civil de 2002, percebe-se que o seu advento de modo algum elide ou atenua o papel da Constituição Federal, muito ao contrário. Mais do que nunca, persiste a necessidade de uma releitura do Código Civil de 2002 à luz da normativa constitucional, objetivando a máxima realização dos valores constitucionais insertos às relações privadas, quer seja por incidência direta ou indireta do Texto Constitucional.

Em suma: ou porque o Código Civil seja atualizado ou porque seja retrógrado, impõe-se a permanente e imperiosa metodologia do direito civil constitucional, no sentido da interpretação do texto civilístico em prol da maximização da normativa axiológica constitucional, não se admitindo, em pleno Século XXI, a chamada subversão hermenêutica, isto é, a aplicação da Constituição à luz do Código Civil.

---

28 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"**.** *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-168.

29 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil**.** *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

1.5 Despatrimonialização *versus* repersonalização (o ter e o ser)

O processo de constitucionalização do direito civil importa numa mudança radical de paradigma, isto é, a percepção de que a solidariedade social deve prevalecer sobre a liberdade individual, devendo ser observado, por exemplo, que o patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social para se tornar num instrumento de realização da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, eminentemente principiológica, não previu expressamente a adoção do sistema capitalista de produção, como assim fizeram outras Constituições, mas acolheu o direito de propriedade – o cerne do regime capitalista – atrelado à função social (art. 5º, XXII e XXIII, CF), além do que, no preâmbulo e no capítulo relativo à atividade econômica, previu também valores de cunho existencial, a saber: a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI, CF), a busca do pleno emprego (arts. 6º e 170, VIII, CF), a redução das desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III e 170, VII, CF), a sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF).

Basicamente, a Carta Magna despatrimonializou os institutos civilísticos clássicos, mas não refutou a livre iniciativa e a propriedade privada, desde que o mercado ou a prática capitalista esteja vinculada à realização de valores sociais, posto que "a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo."[30]

À luz da mentalidade civil-constitucional, a pessoa humana merece proteção não pelo que 'tem', mas pelo que 'é', razão pela qual a segurança patrimonial não deve suplantar a proteção do indivíduo homem, devendo ser afastada a concepção clássica do direito privado, segundo a qual "a pessoa humana é valorizada pelo que tem e não por sua dignidade como tal."[31]

O contexto hodierno prediz que o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio.

Modernamente, diferentemente do paradigma antigo, no qual o Código Civil era concebido como a Constituição da vida privada, a compreensão atual é que os valores individualistas não servem mais como fundamento axiológico para o direito civil, haja vista que a normativa privada deve ser aplicada sob o manto da legalidade constitucional.

---

30 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 305-306.
31 MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 95.

Impõe-se a efetivação da força normativa da Constituição, como preleciona Konrad Hesse,[32]razão por que a dogmática civilística deve se afastar da jurisprudência dos conceitos em direção à jurisprudência dos valores/interesses, mediante a aplicação direta e imediata da normativa constitucional sobre as relações interprivadas, cuja aplicação também pode ocorrer de forma indireta:

> Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e socioeconômicas […]. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores. [33]

Curial observar que, enquanto a jurisprudência dos conceitos tende a limitar o juiz à subsunção lógica da matéria de fato nos conceitos jurídicos e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, sob o primado da lógica, a jurisprudência dos interesses, diferentemente, tende a privilegiar o primado da indagação da vida e da valoração da vida.[34]

Induvidoso que uma nova dogmática do direito privado se impõe, à luz da legalidade constitucional, sob o enfoque de que a pessoa humana é o centro do ordenamento jurídico, ensejando o fenômeno da repersonalização do direito civil, fundado na cláusula geral da dignidade humana (art. 1º, III, CF), valor supremo da Carta Magna, haja vista que a dignidade é um valor ontológico e não contingente, atinente a todo ser humano e que não admite restrições, pois cada ser humano possui um valor intrínseco simplesmente por ser humano.[35]

Nesse contexto, os institutos civilísticos merecem ser funcionalizados, a fim de bem aclarar a distinção entre as situações jurídicas patrimoniais e existenciais, ou seja, no sentido de

---

32 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9-12.
33 PERLINGIERI, Pietro**. Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional**.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.
34 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 64.
35 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 104-105.

bem distinguir a estrutura de um instituto civilístico (como funciona) da sua respectiva função (para que serve).

Assim, a metodologia civil constitucional objetiva funcionalizar os institutos, isto é, visa a conferir predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, sem olvidar, contudo, do interesse particular (o ter), mas conferindo prevalência aos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, ou seja, (o ser).

Em síntese, pois, funcionalizar o instituto significa compreender que o 'ser' deve prevalecer sobre o 'ter', de sorte que uma situação jurídica existencial, que se funda na dignidade da pessoa humana (valor central da Carta Magna) deve ter primazia sobre uma situação jurídica patrimonial (livre iniciativa econômica), cabendo ao intérprete, no caso concreto, proceder à devida distinção mediante adequada ponderação dos interesses em conflito.[36]

1.6 Releitura crítica da metodologia do direito civil constitucional

O Direito, produto cultural da humanidade, em essência visa a segurança jurídica em prol da promoção do ser humano.

Frise-se que "O Direito é ciência de raciocínio; curvando-se ante a razão, não perante o prestígio profissional de quem quer que seja",[37] posto que o argumento de autoridade (*ab auctoritate*), que prestigiava os autores, deve ser relativizado em busca da autoridade do argumento, fundado na razão, no mérito e na pesquisa plural.

Apaixonar-se não é argumentar,[38]eis um aforismo.

Como antes abordado, a metodologia do direito civil constitucional tem premissas teóricas fundamentais,[39]que devem ser observadas com rigor, sob pena da banalização ou frouxidão dessa metodologia.

Na experiência pátria, corriqueiramente, vê-se a aplicação equivocada do direito civil constitucional, quer seja porque o conflito posto é decidido de forma simplista, com base apenas em único artigo de lei derivado de mera norma infralegal (portaria, provimento, resolução, nota técnica etc.) ou fundado em um microssistema jurídico (lei especial), olvidando-se, por

36 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 769.
37 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272.
38 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 277.
39 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 592-597.

conseguinte, da premissa de que a unidade do ordenamento jurídico não exclui a pluralidade e heterogeneidade das fontes.

A outro giro, com igual frequência, vê-se a aplicação desmesurada de cláusulas gerais com base na ideologia pessoal e até arbitrária do julgador, na esteira da chamada jurisprudência sentimental referida por Carlos Maximiliano,[40]o que provoca a confusão ou paradoxo sobre o significado do juízo discricionário e do juízo arbitrário.

Nessa seara, por exemplo, basta lembrar o uso recorrente da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como fundamento legal para uma miríade de casos, como se fosse uma panaceia jurídica, além do uso oportunista e pouco técnico das cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do abuso de direito, da atividade de risco, dentre outras.

Na praxe judicial, igualmente, observa-se o uso inadequado da cláusula geral da boa-fé objetiva, mormente porque a locução boa-fé é de difícil conceituação, por se tratar de um sintagma, uma expressão semanticamente vaga ou aberta e/ou em razão da jurisprudência sentimental tão em moda, mas de notória colisão com a metodologia do direito civil constitucional.

Uma releitura crítica se faz necessária, a partir da prevalência de uma interpretação deontológica (jurisprudência dos valores) sobre uma interpretação teleológica da (jurisprudência dos conceitos), produto da Escola Pandectística e que sustentava uma aplicação neutra e formal do Direito.

Ressalte-se que a Escola das Pandectas, responsável pela elaboração de alguns conceitos jurídicos e princípios da ciência jurídica, se caracterizava pela abstração e desprezava o exame de outros dados culturais que pudessem influir no direito, considerando que o direito deveria ser apenas a sistematização de conceitos. Em essência, a Escola das Pandectas primava pelo chamado agnosticismo cultural, regido por um método que se desdobrava em três fases: abstração, construção e sistematização.[41]

Todavia, a partir da primeira metade do Século XX inicia-se uma reação à jurisprudência dos conceitos, caracterizada pelo formalismo, a fim aproximar mais a lei da realidade social, tornando o direito mais operacional, pragmatista e instrumental, surgindo assim a jurisprudência de valores, que defende que o direito é um sistema de valores que também deve

40 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83-86.
41 GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p.244-247.

ser considerado na formulação da norma jurídica, posto que o direito deve ser compreendido como um sistema de princípios, mediante a adoção de cláusulas gerais.[42]

Modernamente, a despeito da prevalência da jurisprudência dos valores, impõe-se a observância de balizas metodológicas, a fim de evitar o ideologismo judicial, haja vista que, no mundo dos fatos, contata-se uma dissintonia acerca da adequada mentalidade civil constitucional.

Na praxe judicial, impõe-se que o intérprete/julgador não fique limitado apenas ao texto da lei, devendo observar o ordenamento com um todo, mediante ponderada e razoável argumentação jurídica para a solução do caso concreto, sem resvalar, contudo, para o arbítrio judicial, para o subjetivismo extremado, para o chamado 'panprinciologismo' ou para a 'cultura do decisionismo', conforme lúcida explanação de Daniel Sarmento:

> Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador consegue fazer tudo o que quiser. [43]

Nesse sentido, resta meridiano e escorreito que se deve evitar o excesso de subjetivismo, máxime a ideologia pessoal do juiz ou intérprete, a quem cabe suprir as lacunas do ordenamento jurídico com base em cláusulas gerais, para fins de aperfeiçoar a lei, mas não pode "ignorar o direito positivo, para criar regras judiciais diversas ou contrárias às dispostas pelo legislador. Não cabe, em suma, à Justiça, transformar-se em fonte primária da norma jurídica, colocando-se acima do Poder Legislativo."[44]

Induvidoso que o juízo discricionário é legítimo; todavia, o seu exercício deve respeitar o princípio da legalidade, não estando este afeto apenas à letra fria da lei, mas sim à norma, inserida no ordenamento unitário e plural.

---

42 GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p.248-249.
43 SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: estudos de direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2006, p. 199.
44 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 144.

A justiça do caso concreto é a justiça na legalidade constitucional, isto é, fundada na equidade, sendo essa uma das acepções da razoabilidade, que significa um postulado ou uma metanorma.[45]

Impõe-se, assim, uma releitura crítica do direito civil constitucional, cabendo ao civilista moderno fazer a adequada simbiose (equilíbrio) entre o legalismo estrito e o subjetivismo jurídico,[46] não permitindo que a metodologia do direito civil constitucional desbande para a ausência de método, sob a falácia da informalidade e liberdade extrema do julgador, ao arrepio até do direito posto, gerando notória insegurança jurídica.

45 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 163-195.
46 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016, p. 22.

CAPÍTULO 2. A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 Contextualização histórica da boa-fé objetiva

Infere-se que a influência da boa-fé no Direito tem um caráter universal, sendo considerada a alma das relações jurídicas.

O tema da boa-fé é complexo, com parcos estudos sobre sua historicidade na literatura nacional.

No direito comparado, a obra-referência é a do Professor António Menezes Cordeiro, intitulada 'Da Boa Fé no Direito Civil', que de início já elucida a falta de estudo global sobre o assunto, vez que tão apenas analisado nos Direitos romano clássico, canônico e germânico em separado e sem qualquer conexão, com apenas registros de estudos parcelares.[47]

A origem histórica da boa-fé é primacial, inclusive para descortinar um certo 'esquecimento' histórico da boa-fé na sua acepção objetiva.

Nascida no Direito civil, a boa-fé se apresenta desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, afora sua incidência nas obrigações (contratos), posse (benfeitorias/frutos), direitos reais, direito de família (casamento putativo), abuso de direito, dentre outros, o que evidencia o seu vasto alcance e sua importância prática.

Historicamente, desde a sua origem no Direito Romano, a noção de boa-fé guarnece diversos significados, razão por que não há um conceito comum e preciso a seu respeito, sendo compreendida como um patamar *jus* cultural a revelar um modo de decidir próprio de certa ordem sociojurídica, como assim elucida António Menezes Cordeiro:[48] "A natureza juscultural da boa-fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos".

A boa-fé remonta à fundação de Roma, vinculada ao termo *fides* (confiança), que tinha pertinência com a 'Clientela', instituto que estruturava a sociedade romana clássica, pois se constituía na promessa de proteção do patrício (cidadão romano) em relação ao plebeu, enquanto esse devia obediência àquele. Grosso modo, a 'Clientela' era uma espécie de vassalagem, na qual indivíduos ou famílias (*cliens*) (súditos) eram reduzidos ou se sujeitavam espontaneamente à dependência de um *gens (gentiles)*, que lhe prometia proteção e assistência.

A *fides* primitiva significava a garantia/respeito à palavra dada, que resultou em três significados diversos, a saber – a *fides*-sacra, a *fides*-facto e a *fides*-ética – sendo a primeira

47 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 41.
48 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 18.

(*fides*-sacra) constante da Lei das XII Tábuas; a segunda (*fides*-facto) associada à noção de garantia, promessa, Clientela e, por último, a *fides*-ética derivada da garantia com o sentido de uma conotação moral, de um dever, sendo essas as três vertentes da *fides* arcaica.[49]

Ao longo do tempo, também a *fides* teve outras significações, como, por exemplo, *fides*-poder, que caracterizava a posição do *pater*, que detinha o poder de dirigir a *gens*, não assistindo ao *cliens* nenhum direito de pretensão contra o patrão; a *fides*-promessa, relacionada a um ato de promessa de garantia e sujeição, ligada ao formalismo exterior da promessa, mas que depois assumiu outras significações além do instituto da 'Clientela', pertinentes a institutos promissórios.

Ocorre que a evolução conturbada da *fides,* aplicada em situações diversas e até contraditórias, gerou perda de força significativa, por falta de expressão jurídica técnica, e que, em face disso, a *fides* teve apenas uma conotação mística capaz de provocar meras reações afetivas nas pessoas, que se generalizou por uma utilização comum, exagerada e desgastada, depois apropriada na política de dominação romana.[50]

Posteriormente, deu-se a transformação da *fides* em *bona fides*, cujo adjetivo *bona* implica em constranger a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra fria do contrato, mas segundo o espírito deste, enaltecendo, portanto, a lealdade à palavra dada por parte de quem é titular da *fides*. Inserida no ambiente das relações creditícias do tráfico comercial, a partir da confiança na conduta do outro, a *bona fides* passou a deter um conteúdo semântico próprio e distinto de suas acepções meramente éticas.

A partir da concepção da *bona fides,* passa-se para a chamada *bonae fidei iudicia*, isto é, um "instrumento técnico que conferia ao juiz a prerrogativa de decidir de acordo com a hipótese concreta, sendo também fonte de exigibilidade judicial de deveres",[51] tornando a *bona fides* um mecanismo produtor de deveres judicialmente exigidos.

O instituto da *bonae fidei iudicia* tinha um alcance universal, aplicando-se a *cives e peregrini*, permitindo ao pretor romano uma maior liberdade no julgamento, desapegado do exagerado formalismo contratual, mas em consonância com o efetivamente prometido pelas partes, a fim de se obter a solução material do litígio e não apenas a formal.

A *bonae fidei iudicia*, ou ação de boa-fé, era uma ação que conferia poder ao juiz (*iudex)* para apreciar os fatos mais livremente, julgando *ex fide bona* (de acordo com a boa-fé), tendo

49 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 54-55.
50 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 69.
51 AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos:** A boa fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

por objeto não apenas relações fundadas na confiança, mas também outras em que predominava a transferência de valor econômico. Como exemplos, citam-se as ações que envolviam mandato, tutela, sociedade, fidúcia, compra e venda e locação.

Mediante a *bonae fidei judicia*, o juiz podia aprofundar as questões de fundo da controvérsia, sem apego ao formalismo estrito, objetivando alcançar a solução material da querela, havendo, portanto, um preliminar ponto de contato entre a *bonae fidei judicia* e a boa-fé objetiva.

Nesse diapasão, pertinente a lição de Clóvis V. do Couto e Silva:

> A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives,* através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o árbitro do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.[52]

Ocorre que, diante o uso indiscriminado da *bona fides*, a sua noção sofreu generalizações e corrosões, o que implicou na perda do seu caráter objetivo, gerando o processo de diluição horizontal e vertical do conceito de boa-fé.

De referência ao fenômeno da 'diluição horizontal', é explicada quando a expressão que qualifica um instituto jurídico concreto passa a designar um diferente instituto. Por exemplo, quando do surgimento da usucapião no direito romano, que tornou a *bona fides* um dos requisitos para sua obtenção, sob a acepção subjetiva (boa-fé subjetiva), isto é, a situação de consciência subjetiva de uma pessoa na crença de determinada situação jurídica, diferente, pois, do significado inicial da *fides,* como comportamento ético objetivo. Outro exemplo da diluição horizontal da boa-fé, também ocorre nos institutos do casamento e da acessão, no mesmo sentido do *bonae fidei possessio*, de ignorância de vícios.

De referência ao fenômeno da 'diluição vertical', é explicada quando a expressão que qualifica um instituto jurídico concreto comunica-se a um princípio de direito e passa a traduzi-lo. Por exemplo, quando a noção de *bona fides* passa a se confundir com a equidade (princípio jurídico), permitindo ao juiz flexibilizar a norma jurídica para a solução do caso concreto, tendo a equidade sido ampliada pelo Direito Canônico, quando da recepção do direito romano na

52 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 32.

Europa. Também ocorre a 'diluição vertical' quando o juiz confunda a boa-fé com o seu próprio sentimento de justiça e não segundo uma ordem concreta.

A diluição da boa-fé, derivada dessa complexa série de fatores, prova o enfraquecimento da sua acepção técnica e objetiva, e, por conseguinte, sua relevante força expansiva.[53]

O Direito Canônico tratou a boa-fé como ausência de pecado, fruto da doutrina cristã, sendo que, largamente influenciado pelo Direito Romano, igualmente não discorreu sobre o conceito de boa-fé.

Acerca da boa-fé canônica, sua característica mais relevante foi ter realizado a unificação conceitual da boa-fé, seguindo o fenômeno da sua diluição horizontal, que somente era entendida na sua acepção subjetiva, ou seja, buscada no interior/consciência da pessoa e não no exterior – na sua conduta – uma vez que a acepção objetiva da boa-fé foi olvidada.

Assim, a noção da *bona fidei iudicia*, que valorizava o aspecto ético das partes, isto é, as respectivas condutas (boa-fé objetiva), foi esquecida pelo Direito Canônico, apesar da contribuição dada no tocante ao casamento putativo, para fins da manutenção do conúbio, quando um dos cônjuges estivesse de boa-fé (boa-fé subjetiva).

O Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), que deu sustentação à Escola da Exegese, acolheu a boa-fé em ambas as acepções (subjetiva e objetiva), mas deu primazia à primeira (art. 550) e largamente se afastou da segunda, isto é, da noção de lealdade de comportamento do primitivo direito romano, tendo consagrado a boa-fé objetiva em apenas um único artigo (art. 1.134, III), conforme observa Karina Nunes Fritz.[54]

Definitivamente, o Código de Napoleão, que influenciou diversos outros códigos, como, por exemplo, o nosso Código Civil de 1916, não acolheu a boa-fé objetiva, ou seja, nada se referiu à boa-fé como norma de conduta.

Produto da Escola Pandectística, a boa-fé germânica foi positivada no Código Civil Alemão (*BGB*, 1900) em ambas as acepções (subjetiva e objetiva), sendo esta última acolhida mediante o uso de cláusulas gerais (§§ 242 e 826), cuja importância foi realçada pela reforma do Direito das Obrigações (2001), atrelada ao princípio da confiança, após longo e rico trabalho jurisprudencial.

As ideias de lealdade/crença/confiança e reciprocidade de deveres foram fomentadas pelos juízes alemães à época, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, que confirmaram

53 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.80.
54 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

a boa-fé objetiva como uma regra de conduta leal e honesta a ser adotada pelas partes no comércio jurídico. Ademais, à vista da norma expressa do § 242 (*BGB*), aclamado como a consagração máxima da boa-fé objetiva, esta passou a orientar todo o ordenamento jurídico alemão como "parâmetro corretivo das normas legais, justificando o afastamento de uma regra quando essa conduza a um resultado inconciliável com a ideia de lealdade."[55]

Induvidosamente, foi o Direito Alemão quem assentou a boa-fé objetiva como instrumento norteador de conduta das partes, que deve ser regrada pela lealdade, confiança, cooperação, mormente na consideração para com os interesses do *alter* em busca do fim colimado na obrigação.

No Direito Português, por exemplo, registre-se que o Código Civil de Seabra (1867), que vigorou por 100 (cem) anos, acolheu a boa-fé apenas sob a acepção subjetiva, mas o atual Código Civil de 1966, denominado Código Vaz Serra, revisado em 1977, adota um modelo híbrido, pois admite ambas as espécies, figurando a boa-fé subjetiva como regra (arts. 243º, 291º, 612º), mas também prevê a boa-fé objetiva (arts. 227º, 239º, 334º e 762º), como a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito e a modificação do contrato por alteração das circunstâncias.[56]

Já no Direito Italiano, embora não exista uma norma geral para a tutela da boa-fé, há inúmeras disposições que a prestigiam (Código da Navegação, Lei Cambiária, Lei sobre Cheques, Lei Falimentar, entre outras), valendo-se destacar a expressa menção à boa-fé objetiva constante no Código Civil Italiano (arts. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375), cuja incidência ocorre não só na execução do contrato, mas também na sua formação, como meio de integração, além de servir como cânone interpretativo.[57]

No Direito Brasileiro, foi o Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) quem primeiro previu a boa-fé objetiva como um princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que, na prática, a doutrina e a jurisprudência não aproveitaram o seu potencial como fonte de direitos e obrigações, à vista do forte liberalismo da época, que repercutia no dogma do voluntarismo contratual.

Já o Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, alicerçado no paradigma do individualismo e produto de uma sociedade colonial, previu apenas a boa-fé sob a acepção

55 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96.
56 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 121.
57 SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva:** o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58-60.

subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/íntimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, conforme expresso regramento em sede da Parte Geral (arts. 109, 112), em Direito de Família (arts. 221, 255), em Direito das Coisas (arts. 490, 500, 510, 511, 514, 516, 549, 550, 551, 612, 619, 622), em Direito das Obrigações (arts. 933, 935, 968, 1.002, 1.072, 1.073), em Direito dos Contratos (1.272, 1.318, 1.321, 1.382, 1.477 e 1.507), dentre outros.

A despeito de ter sido prevista inicialmente no Código Comercial de 1850, mas sem qualquer consequência prática, a boa-fé objetiva foi positivada no Código de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 4º, III e 51, IV), erigida à categoria de um dos princípios consumeristas, que autoriza a declaração de nulidade de cláusulas contratuais contrárias aos preceitos éticos, bem como repudia as práticas abusivas (CDC, art. 39).

Não obstante com enorme atraso em relação ao Direito Alemão, a boa-fé objetiva, também denominada de mandamento da honestidade, foi adotada expressamente no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422), vinculada ao princípio geral da eticidade do Código de Reale, além de possuir liame com o princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo da Constituição Federal, assim como, no Direito Alemão, a boa-fé objetiva tem raiz constitucional no personalismo ético (Constituição Alemã, art. 1º), em respeito à pessoa e à sua dignidade.[58]

2.2 Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

Pacificamente, informa a doutrina que a boa-fé se divide em duas acepções ou subcategorias, quais sejam: subjetiva e objetiva.

Para uma melhor compreensão de ambas, impõe-se, primeiramente, fazer-se a respectiva conceituação.

Define-se a boa-fé subjetiva, também denominada de psicológica, como um estado psicológico de um sujeito que age (por meio de um comportamento), ou encontra-se em uma determinada posição jurídica, ignorando lesão (efetiva ou potencial) a um interesse alheio juridicamente protegido.

58 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105.

Com clareza, António Menezes Cordeiro a conceitua como a "não-consciência do injusto, apesar de uma falha no direito" [59] e, em igual teor, Rodolfo Pamplona Filho a define como "uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do que vício que a inquina."[60]

Já a boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé ética, conceitua-se como um modelo de conduta exigível em conformidade com imperativos éticos, isto é, uma norma de correção para o qual o estado psicológico do sujeito é irrelevante. Não decorre de qualquer tipo de crença ou estado de consciência, mas de um dever efetivo de conduta fundado nos padrões de lealdade, honestidade, probidade, a ser seguido por todos os membros de determinada sociedade e, inclusive, em consideração às legítimas expectativas do outro contratante.

Nesse desiderato, a boa-fé objetiva é explicada como um dever recíproco de conduta, lastreado na solidariedade e cooperação entre os contratantes, em respeito às suas legítimas expectativas para alcance do fim colimado no contrato.

Acerca da sua compreensão, Claudia Lima Marques assim a define:

> Inicialmente é necessário afirmar que a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedor *A* ou *B*, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada...Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação "refletida", uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar leão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. [61]

Também, com precisão, Judith Martins-Costa assim a elucida:

> A chamada boa-fé objetiva configura, diferentemente, uma norma jurídica. A expressão *boa-fé objetiva* (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: *(i)* um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (*ii*) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento

59 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 411.
60 PAMPLONA FILHO, Rodolfo**.** Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 37.
61 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 207.

> (*standard* direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (*iii*) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um 'estado ideal de coisas'.[62]

No que pertine à necessária distinção – inclusive para fins práticos – cabe observar que a primeira (boa-fé subjetiva) não é um princípio e sim um elemento constitutivo para a aplicação de uma norma, sujeita, portanto, a configuração da culpa *lato sensu* para fins de condenação do lesador em perdas e danos. Historicamente, deriva do direito romano primitivo, vinculada ao termo *fides*, depois recepcionado pelo direito canônico, sendo largamente operada até os dias atuais, como, por exemplo, se acha prevista em diversas passagens do Código Civil de 2002 (arts. 113, 128, 164, 309, 637, 689, 1.214, 1.219, 1.222, 1.238, 1.239, 1.561, 1.827), dentre outros. Em sua antinomia, há a má-fé, isto é, a intenção de lesar outrem, que deve ser suficientemente provada, quer seja por conduta dolosa ou culposa (imprudência, negligência ou imperícia).

Distintamente, a boa-fé objetiva é um princípio – uma norma de conduta – que remonta ao direito romano (*bona fides)*, sendo, após, expressamente inserida no código civil alemão (§ 242 do *BGB*), cuja norma é tida como a consagração máxima da boa-fé objetiva, a orientar todo o ordenamento jurídico alemão como parâmetro corretivo das normas legais.

A boa-fé objetiva é uma fonte direta de deveres e obrigações atinentes às partes, quer seja nas relações jurídicas privadas e/ou públicas.

Historicamente, no Brasil, foi inicialmente insculpida no Código Comercial de 1850, mas sem eficácia prática, depois no Código de Defesa do Consumidor e, atualmente, no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422).

Enquanto a contrariedade à boa-fé subjetiva é a má-fé, ou seja, a intenção de lesar outra pessoa, a conduta contrária à boa-fé objetiva é o comportamento em desacordo com o padrão objetivo aceito em certo tempo, em certo meio social/profissional e em certo momento histórico, sendo desnecessária a prova da culpa *lato sensu* para a ocorrência da violação da boa-fé objetiva, posto que o dever de reparar os riscos da vida é distribuído em sociedade, inclusive aos contratantes, "a quem não tenha agido conforme padrões ou *standards* de conduta desta mesma sociedade." [63]

---

62 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.281-282.
63 RACY, Vivien. **A Cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002**: a boa-fé dos artigos 113 e 422 do Código Civil brasileiro. Deutschland: Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 81.

2.3 Boa-fé objetiva com princípio

A doutrina constitucional vivencia hoje "a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*",[64] fazendo-se necessário a correta distinção entre princípios e regras, que são espécies de normas jurídicas.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão por que a diferenciação se impõe.

Diz-se que o princípio é uma norma com grau de generalidade relativamente alto, que se refere a valores estruturantes, ou seja, se reporta a bases ou pilares do ordenamento jurídico, não se colide com outro princípio, ficando sujeito à ponderação (concorrência) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto.

O princípio guarnece um conteúdo axiológico e é conceituado como mandamento de otimização,[65] entendida a expressão mandamento em sentido amplo para incluir as permissões e proibições.

A regra, por sua vez, é uma norma que não tem conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra sempre é satisfeita ou não satisfeita, pois institui um dever definitivo, independente das possibilidades fáticas e normativas, além do que, em caso de conflito entre regras, uma delas deve ser afastada ou considerada inválida. Para a aplicação da regra, usa-se o modelo subsuntivo, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, de sorte que a aplicação da regra se opera na modalidade tudo ou nada.

A boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, que deita raízes na *bona fides* do direito romano que "trazia em seu bojo uma expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade romana, expectativa esta que se reportava aos ideais da *fides*, noção ética e moral."[66]

No direito canônico, a boa-fé é tratada como ausência de pecado.

A boa-fé objetiva foi prevista no Código Civil Alemão (*BGB*, § 242), tendo a jurisprudência alemã, a partir da Primeira Guerra Mundial, atribuído às partes deveres gerais de informação, de sigilo, de colaboração, impondo parâmetros (*standards*) de conduta contratual.

---

64 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 43.
65 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.
66 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 21.

No Brasil, a boa-fé objetiva foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) como princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não logrou êxito, à vista do liberalismo exacerbado vigente à época, tão apenas vinculado ao dogma da vontade.

Por seu turno, o Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, apenas previu a boa-fé sob a acepção subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/íntimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, a sua justificada convicção de ter um comportamento conforme o direito, tendo sido notadamente prevista no Direito das Coisas (arts. 490, 510, 514 e 516). Em outras palavras, a boa-fé subjetiva é compreendida como estado psicológico, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios.

A outro giro, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, ou seja, uma norma de conduta, também denominada um 'mandamento de conduta' que "engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam."[67]Trata-se de um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse modelo objetivo, no sentido da honestidade, lealdade e probidade, devendo ser examinado, no caso concreto, o *status* pessoal e cultural dos envolvidos.

Hodiernamente, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal que previu a boa-fé objetiva (art. 4º, III e art. 51, IV) e o Código Civil de 2002 a regulou expressamente nos arts. 113, 187 e 422, sendo considerado um princípio social do contrato e até, segundo alguns, um "macroprincípio que absorveria os demais princípios do direito civil, especialmente no âmbito das obrigações civis."[68]

Dessarte, anote-se que no último capítulo há um melhor detalhamento da boa-fé objetiva enquanto princípio e não regra.

2.4 A cláusula geral da boa-fé objetiva

À luz da doutrina majoritária, a exemplo de Judith Martins-Costa,[69] a boa-fé objetiva é um princípio jurídico veiculado mediante a técnica legislativa conhecida como cláusula geral,

67 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 33.
68 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.
69 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 145-156.

sendo esta uma norma que guarnece enunciado permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, ou seja, uma linguagem que expressa um conteúdo jurídico impreciso, vário, múltiplo, permitindo ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe até valer-se de conceitos metajurídicos.

Melhor dizendo, o princípio da boa-fé objetiva é materializado via cláusula geral, a qual pode ser compreendida como uma técnica de elaboração legislativa que se afasta do casuísmo descritivo e antecipado da hipótese fática, mediante a adoção de termos semânticos abertos e plúrimos, permitindo a criação da norma para o caso específico.

A cláusula geral, técnica legislativa que viabiliza a boa-fé objetiva, é um poderoso instrumento à disposição do julgador e que, por permitir a abertura do sistema jurídico civil, autoriza a concretização da ordem pública constitucional, com a aplicação da norma para o caso concreto.[70]

A boa-fé objetiva, também denominada de mandamento de conduta, é aplicável antes, durante e após o contrato, incidindo assim nas condutas *in contrahendo* e *post factum finitum*, na perspectiva de que, modernamente, a obrigação não dever ser entendida apenas como uma relação jurídica estática/linear entre credor e devedor, como assim era tida na dogmática clássica e, sim, como um processo, um sistema total e dinâmico, plural e solidário.

O *habitat* natural da boa-fé objetiva é o direito civil, especialmente o direito contratual/obrigacional, no sentido de que ambos os contratantes (credor e devedor) devem agir com respeito aos deveres anexos de lealdade, probidade, cooperação, a fim de acautelar as legítimas expectativas de ambos para o fim colimado no contrato.

Malgrado isso, a sua aplicação vem se expandindo às largas, ou seja, vem desbordando não só para outras searas jurídicas privadas (direito do consumidor e direito empresarial, por exemplo), mas também para outros ramos do direito público, não só em razão da sua tríplice função, a saber – função interpretativa e de colmatação, função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos[71] – como também em face do esmaecimento da dicotomia entre direito público e direito privado (*summa divisio*).

---

70 CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos**.** *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247-284.

71 PAMPLONA FILHO, Rodolfo**.** Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

Nesse diapasão, pois, a boa-fé objetiva, também conhecida como mandamento de lealdade, vem sendo aplicada em diversos ramos do direito público, tais como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual, o direito internacional, o direito tributário/financeiro, o direito previdenciário, o direito ambiental e, ainda, em sede de responsabilidade civil da administração pública por omissão específica, havendo, contudo, escassez de estudos doutrinários a respeito dessa expansão.

No direito administrativo, por exemplo, o princípio da moralidade pública (art. 37, *caput,* CF) tem total vinculação com o princípio da boa-fé objetiva,[72] revelando assim que o Estado – um ente abstrato criado e dirigido por Homens – também deve agir segundo regras de honestidade e lealdade com os seus administrados, uma vez que todo sujeito de direito deve se conduzir conforme a boa-fé objetiva, independentemente de ser pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público.

Em suma, se o Século XX foi tido como a Era dos Direitos, o Século XXI pode ser compreendido como a Era da Efetivação dos Direitos, haja vista que, na sociedade pós-industrial em que se vive – a vítima – quer seja inserida numa relação jurídica privada ou pública não pode ficar irressarcida e ao desemparo, ou seja, esquecida no lugar-comum de que estava no lugar errado e na hora errada. Em verdade, todos, indistintamente, devem obedecer ao mandamento de lealdade (boa-fé objetiva), também de implícita matriz constitucional, quer como valor da solidariedade (art. 3º, I, CF), quer como princípio da moralidade (art. 37, *caput,* CF).

A boa-fé objetiva tem, portanto, notória força normativa, isto é, a chamada força do direito, na lição de Pierre Bourdieu,[73] razão por que sua vocação expansionista é uma realidade inconteste, desde que devidamente lastreada na adequada aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

2.5 Funções da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva acha-se umbilicalmente atrelado ao princípio da eticidade, um dos princípios básicos do Código Civil, que se funda no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, o estado de confiança aplicável às relações negociais e não negociais.

---

72 GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236.
73 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Betrand 1989, p. 209-254.

Mas para que serve a boa-fé objetiva? Qual a sua razão justificadora?

Aclarar os aspectos funcionais e finalísticos de qualquer instituto jurídico é primacial, posto que, no dizer de Rudolf Von Ihering, "a essência do direito é a realização prática."[74] Ademais, convém apontar e delimitar as suas funções, a fim de que a noção de boa-fé objetiva não se transforme em um conjunto de palavras encantadas.[75]

Na doutrina, há um consenso acerca das três funções da boa-fé objetiva, a saber: uma função hermenêutica; uma função de criação de deveres anexos ou de proteção e, por fim, uma função corretora.

Quanto à primeira – função hermenêutica, interpretativa e de colmatação – diz respeito à ciência da Hermenêutica Jurídica, que significa "a teoria científica da arte de interpretar",[76] a fim de determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Tal função guarda liame com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual o juiz, a aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo este dispositivo ligado ao princípio da socialidade, também estruturante do Código Civil.

E também guarda nexo com o art. 112 do Código Civil (nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem) e, 'especialmente', com o art. 113 do referido Diploma (os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração), de sorte que cabe ao intérprete aplicar ambas as Teorias (da Vontade e da Declaração) em conjunto, afastando-se dos respectivos extremos, a fim de buscar não apenas a vontade interna e, sim, a vontade consubstanciada na declaração, ou seja, buscar o conteúdo da declaração deduzido no âmbito das circunstâncias do caso específico, no sentido de acautelar a lealdade e legítima confiança do outrem, o receptor da declaração.

Assim, ante as dúvidas, obscuridades ou contradições, a boa-fé objetiva, enquanto princípio, importa num critério irrecusável hermenêutico dos contratos, cabendo ao intérprete não apenas guiar-se pela vontade das partes, mas também observar se as condutas são escorreitas em prol da lealdade, honestidade, probidade, enfim, das legítimas expectativas de ambas.[77]

---

74 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.
75 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 481.
76 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.
77 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.52.

A boa-fé objetiva é um cânone hermenêutico, um instrumental a serviço do intérprete, que deve buscar, no caso – *in concreto* – se a parte efetivamente obrou conforme a vontade consubstanciada na declaração, em respeito à Teoria da Confiança, haja vista que o negócio jurídico (contrato) deve ser interpretado segundo o cânone da totalidade e da coerência, observando-se não só o texto contratual, mas, também, a conduta dos contraentes, em vista de sua finalidade econômico-social almejada.

A Teoria da Confiança acha-se expressamente prevista no Código Civil de 2002, nos termos do art. 138 (são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do caso), albergando o entendimento de raiz objetiva, isto é, sem a necessidade de perquirição sobre a vontade íntima do agente, devendo ser objeto de análise apenas "a declaração em si e o comportamento adotado pelo declaratório, se condizente ou não com os ditames da boa-fé",[78]valendo-se destacar a adoção do Princípio da Confiança pela doutrina, conforme Enunciado 12 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, *verbis*: "Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

Nessa função hermenêutica, por sinal, a mais conhecida entre as demais, cabe ao juiz suprir lacunas contratuais, interpretar cláusulas duvidosas ou examinar a conduta do contratante, segundo a confiança e a lealdade recíprocas*,* tendo em conta os padrões observados pelas pessoas corretas/honestas/probas no meio social em que o negócio jurídico se aperfeiçoou.

Quanto à segunda – função criadora de deveres anexos ou de proteção – prevista no art. 422 do Código Civil, diz respeito ao surgimento de 'deveres de consideração', que são próprios da função complementadora da boa-fé objetiva, mas que não estão previstos pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico.

A partir do advento da teoria da quebra da base do negócio jurídico, gestada pioneiramente por Paul Oertmann, a relação jurídica obrigacional, até então entendida como uma 'relação estática', em que o credor tinha o direito de exigir a pretensão e o devedor o dever de pagar, sofreu grave mudança de paradigma, passando a admitir a alteração do contrato se, durante a sua execução, advieram fatos relevantes que justifiquem a alteração do que fora contratado.

---

78 MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

Diferentemente do sistema contratual clássico do século XIX, fundado no valor supremo da vontade, ao ponto de afirmar-se *qui dit contractuel dit juste*, à vista do largo prestígio do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), e, por via reflexa, pelo desprestígio da cláusula *rebus sic stantibus*, somente no século XX, a partir dos estudos de Karl Larenz, busca-se descortinar se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se em face das modificações econômicas sobrevindas no curso do contrato.

O conceito de 'base objetiva do negócio jurídico', que foi acolhido pelo direito pátrio, leva em conta não apenas a posição de um dos contratantes, mas de ambos, bem como revela uma 'tensão/polarização' entre os aspectos voluntaristas do contrato (aspecto subjetivo) e o seu meio econômico (aspecto institucional), o que permite ao juiz, com fundamento na boa-fé objetiva, uma compreensão objetiva (institucional) do negócio jurídico, conferindo-lhe maior liberdade no sentido de adaptar o contrato à realidade subjacente.[79]

Nesse sentido, a obrigação passou a ser compreendida como um processo dinâmico e solidário, conferindo direitos e deveres recíprocos a ambos, credor e devedor, não apenas para satisfazer os interesses do credor, como assim era o paradigma clássico, mas fundamentalmente visando a alcançar o adimplemento contratual, com a satisfação conjunta de ambos.

A boa-fé objetiva confere conteúdo normativo a esses deveres de conduta, também conhecidos como deveres de consideração, deveres esses que evidenciam as ideias de lealdade, cooperação, solidariedade, em consideração pelo parceiro contratante.

Os deveres de consideração não integram um rol taxativo ou exaustivo, uma vez que devem ser identificados no caso concreto, haja vista que o art. 422 do Código Civil não os nominou, até porque se trata de uma cláusula geral (os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé).

Observe-se, contudo, previamente, acerca da distinção entre os deveres de prestação e os deveres de conduta.

Quanto aos primeiros (deveres de prestação), compõem a alma da relação obrigacional e definem o tipo de negócio entabulado pelas partes, ou seja, são aqueles respeitantes às prestações nucleares da obrigação, sendo considerados a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria,[80] como, por exemplo, no contrato de compra e venda, em que o vendedor tem o dever de entregar o bem e o comprador tem o dever de pagar o preço.

---

79 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro**.** FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 90-91.

80 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79, v. 1.

Já os segundos (deveres de conduta), são tidos como deveres de prestação secundários e não se vinculam a um determinado tipo contratual, mas podem ocorrer em qualquer tipo contratual, além do que são evidenciados no transcurso da execução do contrato, diferente, pois, dos deveres de prestação, que são delimitados desde o nascedouro da obrigação.

Anote-se que uma característica relevante dos deveres de consideração é a de que eles independem da vontade dos contratantes, pois até surgem contra a vontade deles, haja vista que não se fundam na autonomia privada das partes, mas derivam do princípio da boa-fé objetiva, uma norma cogente ou de ordem pública.

Considerando a concepção moderna da obrigação – complexa, plural, solidária – há uma gama considerável de deveres de conduta (consideração), merecendo destaque os principais:

i) O dever de lealdade – as partes devem agir no sentido do adimplemento satisfatório da avença, não de acordo com o sentido literal do texto contratual, mas segundo o espírito da relação obrigacional, levando em conta as legítimas expectativas dos envolvidos. Impõe-se que as partes atuem conforme uma conduta honesta, proba, ética, posto que, segundo advertência de António Menezes Cordeiro, "os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado."[81]

ii) O dever de proteção, também conhecido como dever de cuidado ou de segurança – as partes devem agir, no curso da execução do contrato, no sentido de evitar que sejam causados danos ao patrimônio ou à pessoa do parceiro contratante, ou melhor, visar a "afastar ou minimizar os riscos e os eventuais prejuízos que podem atingir a própria pessoa (direitos da personalidade) e seu patrimônio."[82] Vale registrar, contudo, que o direito pátrio não aplica com ênfase esse dever, pois o remete à regra geral da responsabilidade civil.

iii) O dever de informação – as partes devem prestar esclarecimentos mútuos sobre todos os aspectos da relação contratual, desde a fase pré-negocial até a fase pós-negocial. Ressalte-se que o dever de informação alcança outros 'subdeveres', como, por exemplo, os deveres de esclarecimento, conselho e advertência – que exigem a informação clara e precisa sobre o produto ou serviço adquirido, no que se refere ao seu funcionamento, adequação, riscos, garantia, licenças de uso, manuseio, dentre outros.

iv) O dever de assistência, também conhecido como dever de cooperação – as partes devem prestar assistência com relação ao objeto do contrato, durante e após a sua execução,

81 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 606.
82 MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 105.

como, por exemplo, no caso das montadoras de veículos, que continuam obrigadas a fornecer as peças de reposição, mesmo após o encerramento de sua produção, ou, ainda, no dever de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, não dificultando o pagamento por parte do devedor, tudo em prol das legítimas expectativas dos contratantes, mormente do cliente consumidor.

v) O dever de sigilo, também conhecido como dever de confidencialidade – as partes devem, desde a fase preliminar, guardar segredo ou sigilo acerca das informações potencialmente lesivas para a contraparte, ou seja, devem manter sigilo sobre os atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato. Não obstante isso, contudo, registre-se que esse dever é reiteradamente violado, mormente após o término do contrato, em detrimento da confiança, lealdade e honestidade que são ínsitas a todos os deveres de consideração ou conduta.

Quanto à terceira – função corretora/delimitadora do exercício de direitos subjetivos – acha-se expressa no art. 187 do Código Civil (também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes), sendo considerada uma "função *corretora das condutas* no momento do exercício de direito, faculdades, pretensões, ações, exceções e ônus." [83]

Convém explicar, *a priori*, que a expressão abuso de direito é contraditória, pois o direito sempre é lícito, o que pode ser ilícito é o exercício do direito, a forma da sua exigibilidade, de sorte que mais correta seria a expressão abuso no exercício do direito ou exercício abusivo do direito.[84]

Contudo, não há dúvida de que a teoria do abuso de direito tem estreita ligação com a boa-fé objetiva, conforme preleciona Teresa Negreiros:

> Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.[85]

83 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 625.
84 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 256.
85 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 141.

Referida função tem por escopo evitar o exercício anômalo, desmedido, disfuncional, desviado ou abusivo de direitos subjetivos, recorrente no ordenamento jurídico em geral (público e privado) e com especial incidência nas chamadas cláusulas abusivas ou leoninas, cujo rol enunciativo acha-se previsto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, gerando nulidade plena, passíveis de reconhecimento *ex officio* pelo juiz, afora a vedação das práticas abusivas do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, igualmente coibidas, por abusividade.

À luz da sólida doutrina, a dicção do art. 187 do Código Civil informa que se trata de um comando normativo limitador do exercício de direitos subjetivos, no sentido de acautelar a finalidade do direito, sendo despiciendo perquirir-se a intenção da parte em querer prejudicar o outrem, bastando apenas o comportamento desleal, ao arrepio dos deveres de consideração, o que já caracteriza a abusividade da conduta, em detrimento da boa-fé objetiva (mandamento de honestidade).

Na aferição dessa função não se discute o elemento culpa do agente abusador, pois o dever de reparar nasce de forma objetiva, à vista do seu comportamento antiético ou desleal no exercício disfuncional do direito, consoante entendimento já sufragado no Enunciado 37 do CEJ: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Ademais, sendo essa função a mais prestante/recorrente da boa-fé objetiva, por se achar atrelada a outra cláusula geral – por abuso do direito – e, considerando que há diversas modalidades específicas de atos abusivos, que se apresentam mediante formas e feições diversas, disso decorrem o surgimento de figuras ou deveres parcelares, de grande alcance prático, aplicáveis em sede de Direito Privado e Público.

Ad exemplum, eis alguns deveres parcelares, melhor descritos ao longo da pesquisa, a saber – *supressio, surrectio, venire contra factum proprium, duty to mitigate the loss, tu quoque, exceptio doli, cláusula de stoppel,* o adimplemento substancial (*substancial performance*) e a violação positiva do contrato – o que evidenciam a recorrência prática dessas condutas ou direitos abusivos na jurisprudência pátria, bem como revela a amiúde sedimentação doutrinária firmada em diversos Enunciados das Jornadas de Direito Civil (Ens. 37, 413, 414, 539 e 617, CEJ), afora o Enunciado 412 CEJ: "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".

2.6 Obrigação como processo

À luz da doutrina clássica, que remonta ao Direito Romano, a obrigação era concebida como uma relação jurídica linear e estática, segundo a qual haveria uma única sujeição entre credor e devedor, mediante a qual cabia ao credor determinado direito subjetivo e, ao devedor, o específico e correspondente dever jurídico.

De acordo com essa concepção oitocentista, fundada no dogma da autonomia da vontade, própria do Estado Liberal, o único objeto da relação obrigacional seria a obrigação principal, traduzida em uma prestação de dar, fazer ou não fazer, mediante um "vínculo eminentemente bipolar, que liga uma parte, a credora, titular do direito subjetivo (crédito), a outra, parte devedora, titular do dever jurídico (dívida)."[86]

Sob essa ótica voluntarista, prevalecia o individualismo extremo, uma vez que, na contratação, credor e devedor mantinham-se em posições apartadas, estanques e segregadas, não obstante fosse conferido poder real apenas a uma das vontades, a do credor, subordinando o devedor como único responsável pelo cumprimento da prestação em face daquele.

E essa concepção tradicional da obrigação foi assim compreendida pela doutrina clássica (brasileira e portuguesa), valendo-se destacar os seguintes conceitos:

> Clóvis Beviláqua: é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém comnosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão.[87]
>
> J.M.de Carvalho Santos: A obrigação é a relação jurídica patrimonial em virtude da qual o devedor é vinculado a uma prestação de índole positiva, ou negativa para com o credor (POLACCO, *Obbligazioni,* nº 1).....Consiste, por conseguinte, a substância das obrigações em ser alguém constrangido a dar, fazer ou prestar alguma coisa....A obrigação atua no interesse do credor, pelo menos em regra. Por isso mesmo este não tem senão direito, mas não obrigação de cooperar, de sua parte, para o adimplemento da prestação....[88]
>
> Orlando Gomes: A *obrigação* pertence à categoria das relações jurídicas de natureza *pessoal*...Obrigação é um *vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra...Elemento decisivo do conceito é a *prestação.* Para constituir uma *relação obrigacional*, uma das partes tem de se

86 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 218.
87 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 14.
88 CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil interpretado**: parte geral. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 6, v. 11.

> comprometer a *dare, facere ou praestere*.... Necessário, finalmente, que a *prestação* satisfaça o interesse do titular do direito de crédito, porque o vínculo se estabelece estritamente para esse fim.[89]
>
> Silvio Rodrigues: É o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)...O sujeito ativo tem a expectativa de obter do devedor o desempenho da obrigação, isto é, o fornecimento da prestação, enquanto ao *sujeito passivo* cumpre o dever de colaborar com o credor, fornecendo-lhe a prestação devida...Note-se que na espécie surge uma limitação à liberdade do devedor, que deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem. Mas tal limitação ou adveio de sua vontade, ou de seu comportamento desastrado (hipótese de ato ilícito), ou derivou de imposição legal...e, na hipótese de inadimplemento, pode o credor colher, judicialmente no patrimônio do devedor, recursos para a satisfação de seu direito.[90]
>
> Washington de Barros Monteiro: ...obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio...O objeto da obrigação consiste numa *prestação pessoal*. Só a própria pessoa vinculada, ou o seu sub-rogado, adstrita está ao cumprimento da prestação. A obrigação submete exclusivamente o devedor, ou seu sucessor...Esse objeto da prestação, positivo ou negativo, constitui precisamente a coisa ou o fato *devido pelo obrigado ao credor*; é o elemento objetivo, a ser prestado pelo primeiro ao segundo, ou que este tem direito de exigir daquele.[91]
>
> Inocêncio Galvão Telles: Em sentido restrito e próprio, *obrigação* é uma categoria específica, bem individualizada, que se contrapõe a outras categorias: a *sujeição* e o *ónus*. Tem de característico achar-se determinada pessoa adstrita a fazer ou não fazer algo no interesse de outra, também determinada (ou determinável). Este algo designa-se tecnicamente por *prestação*...A prestação a que se encontra adstrito o devedor destina-se a satisfazer um *interesse do credor*, de conteúdo econômico ou não. Esse interesse, representando o *fim* da obrigação, desempenha papel de fundamental importância na vida desta.[92]

Re vera, a leitura meridiana dos conceitos denota, às claras, que tão apenas cabia ao devedor o dever de cooperar com credor, isto é, realizar a prestação assumida, assistindo a este o direito exclusivo de exigi-la, mas sem o dever de cooperação para o adimplemento da prestação.

89 GOMES, Orlando. **Obrigações.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.
90 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3-6, v. 2.
91 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 1ª Parte. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8-11, v. 4.
92 TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7 ed. Portugal: Coimbra, 2010, p. 10-13.

A obrigação existia, pois, tão apenas em função e para atender os interesses do credor, posto que o dever de colaboração para o cumprimento da obrigação era – exclusivamente – a cargo do devedor.

A bem se ver, essa noção estática e linear da obrigação decorre da concepção atomística do mundo, segundo a qual se considera que o mundo é formado pelo conjunto dos seus menores elementos, os átomos, os quais, existentes por si, não estão necessariamente interligados.

Ainda que tal concepção não seja equivocada, conforme abalizada doutrina,[93] haja vista que em toda relação obrigacional há a constituição de direitos subjetivos de crédito e de deveres jurídicos de dívida – tal concepção é 'insuficiente' pois não consegue abarcar a obrigação sob a concepção de totalidade*,* hodiernamente inserida numa sociedade plural, hipercomplexa e consumista.

À vista da modernidade, mormente a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, é que surge a noção de obrigação como processo, ou seja, a concepção de que a relação obrigacional está atrelada a um determinado fim, que não pode ser alcançado pela simples análise da linearidade das prestações principais.

Na sociedade atual – aberta, multifacetária, desigual e globalizada – a obrigação deve ser aplicada à luz da legalidade constitucional, objetivando dar efetividade e concretude aos princípios da igualdade (igualdade real/material), solidariedade e dignidade da pessoa humana, princípios estruturantes do direito civil constitucional.

A obrigação como processo é o título da tese do eminente jurista gaúcho Clóvis V. do Couto e Silva, ao candidatar-se à cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1964, quando ainda tinha 33 anos.

Nada obstante publicada há mais de 40 anos (1976), a obra é uma referência na literatura jurídica pátria, à vista da clareza, modernidade e rigor técnico, na qual o autor, com apoio na doutrina alemã, de forma precursora apresenta a boa-fé objetiva como princípio relevante do direito das obrigações, isto é, "como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos." [94]

A concepção da obrigação como processo ou como totalidade tem raiz no direito germânico, a partir de diversos autores alemães, especialmente os estudos de Karl Larenz

93 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 218

94 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 33.

(teoria da base do negócio jurídico), devendo-se ressaltar que o princípio da boa-fé, embora ligado geneticamente ao direito romano, só ganhou expressão e significância modernas após ser incorporado ao Código Civil alemão (§ 242, *BGB*), afora os valiosos subsídios da jurisprudência germânica.

O princípio da boa-fé objetiva, também conhecido como mandamento de lealdade, de conduta, de honestidade, por muitos anos ficou ao limbo na doutrina brasileira, diante do arraigado positivismo jurídico estampado no Código Civil de 1916, que tão apenas previu a boa-fé subjetiva, ainda que o Código Comercial de 1850 (art. 131, I) previsse a boa-fé objetiva, mas sem eficácia prática.

De qualquer sorte, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (1990), a boa-fé objetiva foi prevista expressamente (art. 4º, III e art. 51, IV), assim como no Código Civil atual (arts. 113, 187 e 422), tendo ganhado novo alento com os estudos doutrinários e a sua aplicação jurisprudencial, ao ponto de o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a quem compete modular o direito nacional, até o dia 10 de agosto de 2012 já tenha proferido 216 acórdãos indexados ao verbete 'boa-fé objetiva', da seguinte forma: "deles, cerca de 26% tratavam de relações obrigacionais que envolvem Direito Civil; 24% de relações de Direito Público (sobretudo Administrativo e Tributário); 22% de situações de Direito Processual ou relativas a procedimento arbitral; 20%, de Direito do Consumidor; e 8% apenas, de Direito Empresarial." [95]

A obrigação como processo deve ser compreendida como um sistema de processos, concebida sob o ângulo da totalidade, isto é, uma série de atividades exigidas de ambas as partes para a consecução de uma finalidade, que é o seu adimplemento, de modo que o cumprimento da obrigação ocorra de maneira mais satisfatória para o credor e menos onerosa para o devedor, uma vez que os direitos, deveres, faculdades e ônus estão finalisticamente interligados.

A concepção contemporânea da relação obrigacional resulta na imposição de outros deveres às partes, além daqueles tradicionalmente derivados da vontade, via prestações principais. A ideia da obrigação como processo é de que se trata de uma relação jurídica complexa, dinâmica, plural, cooperativa e solidária, pela qual se exige de ambas as partes (inclusive do credor) uma série de condutas no sentido de buscar o adimplemento, posto que, sob o ângulo da 'totalidade', os deveres não nascem apenas da vontade, mas também da incidência da boa-fé objetiva.

---

95 MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). *In*: MARTINS COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. **Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190-191.

Assim, a obrigação como processo deve ser vista como uma totalidade, imantada pelo véu da cooperação, haja vista que "credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas",[96] mas devem agir objetivando o seu adimplemento, pois "é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo." [97]

96 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 19.
97 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 21.

CAPÍTULO 3. INCIDÊNCIA CIVILÍSTICA E FIGURAS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA

3.1 A nova realidade contratual

A boa-fé objetiva ou obrigacional tem ligação estreita com o contrato, cuja noção remonta, etimologicamente, ao Direito Romano.

Doutrinariamente, há duas concepções de contrato – uma clássica e outra moderna.

Acerca de sua conceituação, a doutrina clássica assim o define:

> Enzo Roppo: Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*. [98]
>
> Clóvis Beviláqua: O Código Civil não nos oferece uma definição de contrato; mas, tendo definido ato jurídico (art. 81), forneceu-nos os elementos precisos para fixar a noção legal desta espécie de atos jurídicos. Devemos definir *contrato* o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. [99]
>
> J.M. de Carvalho Santos: Contrato é o ato jurídico, que traduz o acordo da vontade de duas ou mais pessoas, para o fim de criar, resguardar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. O que caracteriza o contrato é o concurso simultâneo de duas vontades, uma que promete, outra que aceita, por isso que sem esse concurso ter-se-ia apenas o ato jurídico, ou seja, o ato humano, que efetuado dentro das normas jurídicas, torna-se, por isso e por sua natureza, capaz de efeitos jurídicos.[100]

Sob a concepção tradicional, o contrato tem estreita ligação com a doutrina da autonomia da vontade e, de conseguinte, ao seu reflexo mais importante, o dogma da liberdade contratual. À luz deste paradigma histórico, o contrato é tido como um poderoso instrumento de circulação de riquezas, principalmente no apogeu do liberalismo econômico e, mais recentemente, na economia capitalista de mercado, nos meados do Século XX.

Nesta visão individualista e liberal, a vontade representa não só a gênesis, como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório, haja vista que a vontade das

98 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.
99 BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1958, p. 194, v. 4.
100 CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil interpretado**: direito das obrigações. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 5, v. 15.

partes, uma vez avençada, deve ser fielmente cumprida, em respeito ao princípio da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda.* Vigia, assim, a contratação paritária (entre iguais) e a única hipótese para a desvinculação da parte seria a feitura de novo contrato (distrato) ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Diferentemente, na sociedade pós-moderna – massificada, complexa, plural – e, no Brasil, a partir do último quartel do Século XX, advieram diversas modalidades de contratos em massa, como, por exemplo, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos, dentre outros, segundo os quais uma das partes (o policitante ostensivo) impõe unilateralmente as cláusulas contratuais e as oferta ao público e este, por sua vez, na condição de parte vulnerável, tão apenas ou adere ou recusa, sem qualquer margem de discussão prévia.

Na sociedade hodierna de consumo é fato inconteste que o comércio jurídico se despersonalizou ou se desmaterializou, bastando lembrar, por exemplo, o fenômeno crescente do comércio eletrônico.

Na contemporaneidade, uma nova ordem contratual se impõe, fundada na metodologia do direito civil constitucional, no sentido de que o contrato não deve visar tão apenas à circulação de riquezas, mas, também, efetivar a justiça social, conciliando os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana, em consonância com os seus próprios e modernos princípios sociais, destacando-se, dentre os quais, a boa-fé objetiva.

Observa-se uma fragmentação de paradigmas, isto é, a diferenciação entre o contrato clássico e o contrato moderno, apresentando-se como características da contratação tradicional – a neutralidade de conteúdo, a abordagem estática e abstrata, o antagonismo, o atomismo – enquanto são caracteres do contrato moderno o seu enfoque conteudístico, a abordagem dinâmica e personalista, a cooperação e o coletivismo.[101]

A novel realidade contratual indica que a solidariedade contratual deve ser um norte, um fim a perseguir, posto que, na sociedade globalizada, impessoal, digital e de relações humanas tidas como 'líquidas', o contrato se traduz numa relação complexa e solidária, de matiz constitucionalizada, como assim ressalta a moderna doutrina:

> (...sendo o contrato interprivado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros...Contrato, hoje, é relação complexa solidária.[102]

101 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 291.
102 NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 255, v. 2.

> O processo de constitucionalização do direito contratual – assim como do direito civil como um todo – implica a substituição do seu centro valorativo: em lugar do indivíduo, e de sua autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade. Daí se afirmar que, ao lado da liberdade individual, a Constituição faz introduzir no direito dos contratos o valor da solidariedade. A tutela da dignidade da pessoa – tarefa agora confiada também ao direito civil – torna o direito contratual sensível à questão social, dotando-o de um caráter tutelar inteiramente estranho ao modo como o contrato era concebido pelo direito clássico.[103]

Também digno de nota é que, na contemporaneidade, a autonomia privada não pode ser exercida de forma absoluta e às largas, tão apenas visando o interesse privado. Ao contrário, a autonomia privada tem tutela constitucional, razão por que a intervenção pública no domínio econômico privado possibilita que o poder público possa funcionalizar o seu projeto econômico e social encartado na Constituição Federal, resultando, com isso, na chamada 'publicização do direito privado' e, por via reflexa, na 'reprivatização do direito público'.[104]

3.2 Fases pré, durante e pós-negocial

A incidência da boa-fé objetiva acha-se historicamente atrelada à civilística romana, especialmente ao instituto do contrato, hodiernamente compreendido como um – processo – polarizado pelo adimplemento, que é o seu fim, e compreendido como uma totalidade a abarcar direitos, deveres, pretensões, ônus, faculdades e poderes formativos.

A concepção moderna do contrato/obrigação não refuta os princípios contratuais clássicos, mas acrescenta a estes, com igual primazia, os modernos princípios sociais do contrato (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual).

A cláusula geral da boa-fé objetiva está expressa nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, valendo-se destacar a dicção deste último dispositivo, *verbis*:

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

Registre-se que, desde o advento do Código Civil de 2002, persiste na doutrina acesa controvérsia sobre o alcance exato desse dispositivo, no que diz respeito à incidência da boa-fé

---

103 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 493.
104 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 33-50.

objetiva, isto é, se apenas incidiria durante o curso/execução do contrato ou, também, se incidiria nas fases pré e pós-contratual.

Realmente, o Código Civil não foi claro a respeito, uma vez que, por mera interpretação literal do seu texto (art. 422), conclui-se que a boa-fé objetiva aplicar-se-ia tão apenas no curso do contrato, olvidando, assim, as duas outras fases do contrato – a anterior e a posterior.

A despeito disso, a melhor doutrina conclui que a boa-fé objetiva incide em todas as fases contratuais – antes (*in contrahendo*), durante e após (*post pactum finitum)* – sendo considerada imperfeita ou incompleta a redação do referido dispositivo (art. 422), haja vista que a cláusula geral da boa-fé objetiva é uma norma imperativa, cogente, de interesse público e que, como tal, toda a sua tríplice função deve ser efetivada desde o nascedouro (fase de pontuação) até a fase pós-contratual, como assim leciona Geraldo Frazão de Aquino Júnior:

> Não obstante, numa interpretação extensiva, pode-se concluir que a boa-fé abrange também as etapas antecedente e posterior à formação do vínculo contratual, uma vez que a boa-fé incide em todas as relações jurídicas da sociedade, configurando-se cláusula geral de observância obrigatória.[105]

Ademais, acerca da fase pré-contratual, entende-se que ela é composta de três etapas distintas, a saber: a primeira, pertinente às negociações preliminares, também chamada de puntuação ou fase negociatória; a segunda, pertinente à proposta, policitação ou oferta, que representa a declaração receptícia de vontade, com força vinculante; a terceira, pertinente à aceitação, oblação ou adesão, que significa a declaração de aquiescência a uma proposta feita, implicando, a partir disso, o início da execução do contrato.

Elucide-se, contudo, que nem todo contrato nasce instantaneamente de uma proposta seguida de uma aceitação imediata – sendo isso mais ocorrente nos contratos de adesão, civil ou consumerista, em que a fase de puntuação é inexistente.

No mais das vezes, em casos de contratos clássicos – do tipo paritário – a fase de puntuação é delongada, em que as negociações preliminares se caracterizam por sondagens, conversações, estudos e debates, podendo até resultar numa minuta, que é um projeto de contrato.

A fase de puntuação destina-se a conversações tendentes à eventual conclusão de um contrato e à definição do seu conteúdo, permitindo a qualquer das partes poder se desvincular,

---

105 AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. C**ontratos privados:** a boa-fé objetiva na interpretação dos pactos negociais. Curitiba: Juruá, 2015, p. 244.

por desinteresse, sem responder por perdas e danos, salvo, todavia, a demonstração de que a parte desistente tenha agido de modo a prejudicar o outrem, por ato emulativo ou por quebra dos deveres de consideração.

A fase de puntuação tem um escopo preciso, isto é, saber se o contrato interessa às partes pretendentes, assistindo a ambas ou a qualquer delas o direito de não contratar, com a ressalva de que "a ruptura das negociações só será *ilegítima* se for *contrária às exigências da boa-fé.*" [106]Também na doutrina estrangeira, Karl Larenz argumenta que a responsabilidade pré-contratual (culpa *in contraendo*) surge em razão da violação dos deveres da boa-fé objetiva, uma vez que a confiança recíproca dever ser o princípio geral do comércio humano.[107]

Como regra geral, os contratantes são livres para iniciar e abandonar as negociações sem motivo especial, arcando cada uma com as despesas efetuadas nesse período, salvo, contudo, em caso de legítima confiança criada na celebração do contrato, quando, então, faz-se necessário um legítimo motivo para o rompimento.

Objetivamente, para que ocorra a responsabilidade por abandono injustificado das conversações preliminares impõem-se a ocorrência de três requisitos: *i)* a existência de negociações; *ii*) a confiança legítima de que o contrato será fechado; *iii*) a violação do dever de lealdade por meio do rompimento ilegítimo.[108]

Sem dúvida, essa ruptura injustificada das negociações preliminares gera responsabilidade pré-contratual, também denominada de culpa *in contrahendo*, posto que as tratativas preliminares, preparatórias de um negócio jurídico, não são regidas "apenas pelo princípio da liberdade contratual, a garantir às partes o poder de iniciar e romper as negociações a qualquer tempo e sem qualquer responsabilidade. Essa fase é disciplinada ainda pela boa-fé objetiva..." [109]

À vista disso, considerando que no âmbito das tratativas preliminares ainda não há contrato, permite-se o rompimento das negociações*,* salvo a ocorrência de um rompimento injustificado, açodado, desarrazoado, arbitrário, desleal, de uma negociação, por exemplo, já em adiantado estágio, posto que, neste caso, tal conduta viola os deveres de conduta ditados pela boa-fé objetiva.

---

106 TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 4. ed. Portugal: Coimbra, 2010, p. 205.
107 LARENZ, Karl. Culpa *in contraendo*, dever de segurança no tráfico e "contato social". *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1191-1202, v.3.
108 FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149-198, v. 4.
109 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 30.

A jurisprudência pátria acolhe às largas a responsabilidade pré-contratual, valendo-se destacar o caso envolvendo a empresa Cica e os agricultores, no famoso 'caso dos tomates', assim resumido:

A situação envolvia a empresa Cica e os plantadores de tomate no Rio Grande do Sul. O TJRGS, em pelo menos 4 (quatro) acórdãos, reconheceu que a referida empresa havia criado expectativas nos possíveis contratantes – pequenos agricultores – ao distribuir sementes para que plantassem tomates e, depois, errou ao se recusar a comprar a safra dos tomates. O Tribunal reconheceu que houve prejuízo para os agricultores, baseado na confiança despertada antes do contrato, ou seja, na fase pré-contratual (Apelação Cível nº 591028295 – 5ª Câmara Cível – Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Data de Julgamento: 06 – 06 – 1991).

Já em relação à boa-fé na fase pós-contratual (*post pactum finitum*), deve ser entendida como sendo derivada daquela situação em que, "mesmo após a extinção de um contrato, continua a existir deveres para as partes, decorrentes da relação inicialmente tratada e suas circunstâncias, mas que não constituíam obrigação objeto de cláusula contratual ou de lei",[110] de sorte que os deveres pós-eficazes, advindos da responsabilidade pós-contratual, serão compreendidos como manifestações da boa-fé objetiva na seara contratual, à vista da sua força normativa, capaz de manter as partes vinculadas ao programa contratual, mesmo após o cumprimento das prestações avençadas.[111]

No Brasil, historicamente, em razão do grande prestígio do dogma da autonomia da vontade, o tema da culpa *pós pactum finitum* não foi acolhido a contento, valendo-se destacar, contudo, o caso paradigmático envolvendo os advogados Ruy Barbosa e J. X. Carvalho de Mendonça, no início do Século XX, relativo às cessões de clientela entre os litigantes – o conde Álvares Penteado e os industriais Jorge Street, Idelfonso Dutra e Alexandre Leslie.

Re vera, mesmo sem o destaque dado à culpa *in contrahendo*, a doutrina e a jurisprudência têm olvidado o estudo da culpa pós-eficácia das obrigações, não obstante sua importância cabal, posto que também alicerçada na boa-fé objetiva, devendo ser enfatizado que a sua ocorrência não decorre de violação direta de qualquer cláusula contratual, mas, sim, deriva da infringência aos deveres anexos de consideração e que são ínsitos à boa-fé obrigacional ou mandamento de lealdade.

---

110 CAPANEMA, Eduardo Machado Soares. **Aplicação da teoria da boa-fé objetiva nos contratos consumeristas**: necessidade de tratamento específico de cada processo para aplicação do resultado mais justo. Deutschland: Novas Edições Acadêmicas, 2015, p. 27.

111 VIEGAS, Francisco de Assis. Notas sobre a pós-eficácia contratual. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. São Paulo: Foco, 2019, p. 41-64.

Ademais, apesar de a culpa *post pactum finitum* não ter sido expressamente sufragada no art. 422 Código Civil, a doutrina majoritária informa que a responsabilidade pós-contratual foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despeito da confusa redação do referido dispositivo legal, inclusive porque a boa-fé objetiva é uma cláusula geral e que, por isso mesmo, guarnece intrinsecamente uma aplicação extensiva e não restritiva, pois a amplitude é a grande característica de sua *fattispecie.*

Em igual sintonia, uma parcela da doutrina admite que existe uma fundamentação dogmática da pós-eficácia das obrigações, como, por exemplo, na hipótese de revogação da procuração pelo mandante (art. 682, I, CC), mas que, porém, não pode ser oposta a terceiros que, ignorando a revogação, concluíram negócios com o mandato (art. 686, CC) ou, ainda, nas situações previstas no CDC (art. 10, § 1º e art. 32).[112]

Melhor explicando, entende-se que apesar de já cessado o vínculo, alguns deveres permanecem vinculando as partes durante certo período e, até, de forma perpétua, como é o caso do dever de sigilo, valendo-se enfatizar que a culpa pós-eficácia das obrigações não se confunde com inadimplemento negocial, pois este deriva de obrigações insertas 'no' vínculo, enquanto aquela decorre 'do' vínculo.[113]

No repertório jurisprudencial, anote-se que há decisões a revelar a aplicação da responsabilidade pós-contratual, como, por exemplo: o dever do fabricante de, mesmo após encerrada fabricação do bem, continuar a, durante certo período, produzir peças de reposição (art. 32, CDC); a cláusula que vincula o advogado a devolver os documentos e papéis que houver recebido do cliente no curso da lide, sendo que tal prestação secundária somente passa a ser exigível com a extinção das prestações principais do contrato de prestação de serviços advocatícios; ou, nos contratos em que se pactua cláusula de não concorrência, cujos efeitos surgem apenas com o cumprimento da prestação principal ou ainda, por último, ressalte-se a primeira decisão no Brasil sobre a tese da culpa *post pactum finitum*, exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, Apelação Cível 588.042.580, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, datado de 16/08/1988, com o seguinte conteúdo:

> Compra e venda. Culpa *'post pactum finitum'*. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-

112 MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 217-218.
113 POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro. *In*: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional.** *Cadernos I*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 202-203.

> se disso e vender a sua casa para outrem, descumpre uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada.

Consigne-se ainda, diante da importância, outra controvérsia ocorrente sobre o tema, pertinente à polêmica sobre a natureza da responsabilização civil nas fases pré e pós-contratual, isto é, se seria o caso de uma responsabilidade contratual ou extracontratual.

Neste aspecto, a doutrina mais tradicional sustenta que se trata de uma responsabilidade extracontratual, a ser dirimida com a base no brocado *neminem laedere* (art. 186, Código Civil) em conjunto com o art. 927 do dito Diploma, vez que, na fase pré-contratual, o contrato ainda não existe e que, na fase pós-contratual, o contrato já teria sido extinto. Distintamente, uma outra corrente mais moderna, de maior solidez, defende que se aplica a responsabilidade civil contratual, haja vista que tais descumprimentos havidos – antes ou depois do contrato – representam deveres anexos da máxima da boa-fé objetiva.[114]

Sem embargo da controvérsia expendida – se contratual ou extracontratual – o fato é que já há uma sedimentação doutrinária que reconhece a cláusula da boa-fé objetiva em qualquer fase contratual, conforme assim entendimento sufragado via Enunciado n. 25 do CEJ, do seguinte teor: "O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual".

3.3 Figuras parcelares (deveres anexos)

A boa-fé objetiva detém tríplice função – hermenêutica/interpretativa; criadora/integrativa e corretora ou de controle – já examinada nesta pesquisa.

A expressão – figuras parcelares ou deveres anexos – são desdobramentos da boa-fé e são também denominados de subprincípios da boa-fé objetiva, de grande relevância na sociedade contemporânea – plural, desigual, de consumo e despersonalizada.

Tais deveres anexos são ínsitos à terceira função – corretora/delimitadora do exercício de direitos subjetivos – pertinente ao exercício abusivo do direito, uma das facetas da boa-fé objetiva (art. 187, CC), sendo considerada como a mais copiosa e recorrente na jurisprudência nacional (o direito concreto), na medida em que decorre da necessidade de delimitar o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes, ou seja, o exercício abusivo de suas condutas jurídicas.

---

114 MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 136.

Registra a doutrina que esta função corretora ou de controle significa uma função reativa da boa-fé objetiva, aplicável no sentido negativo ou proibitivo, objetivando coibir "o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em sentido negativo ou proibitivo..."[115]

A noção de boa-fé objetiva que, em síntese, deve ser entendida como dever geral de lealdade e confiança recíprocas, tem ligação estreita com a confiança, instituto este que até transcende o âmbito da boa-fé e tem reflexos sobre o direito de uma forma geral, além de ser objeto de estudos em outras ciências (Sociologia, Política, Economia), como fator de colaboração imprescindível entre os agentes sociais.

Nesse sentido, a tutela da confiança visa a fenecer o individualismo do direito privado, fundado no dogma da vontade, a fim de alcançar uma dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros, numa perspectiva solidária. Basicamente, a confiança impõe a todos um dever de não agir de forma lesiva às legítimas expectativas atinentes ao outro, contratante ou não, representando, assim, um valor normativo de solidariedade social contra os dogmas do voluntarismo e do liberalismo ainda presentes no direito privado em geral.

A tutela da confiança, que se atrela umbilicalmente à boa-fé objetiva, confere lastro normativo aos diversos subprincípios, deveres anexos ou figuras parcelares a seguir examinados.

3.3.1 *Venire contra factum proprium*

A massificação da cultura criou a civilização do espetáculo, em que o entretenimento humano, que é algo legítimo e natural, transformou-se em um valor supremo capaz de provocar a "banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo."[116]

A vida contemporânea é marcada pela insegurança, inconstância e instabilidade nas relações sociais, inclusive decorrente dos avanços da ciência – que, com frequência, apresenta conclusões díspares acerca do benefício ou malefício de determinado alimento ou tratamento.

115 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 58.
116 LHOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 30.

O mundo moderno é o mundo do dinamismo, da velocidade, da incerteza, da permanente mudança e os fenômenos como a *internet* e a globalização revelam a característica maior da contemporaneidade – a incoerência.

As relações humanas despersonalizadas, plurais, complexas e até digitais geram cotidianamente condutas ou comportamentos incoerentes e contraditórios, o que é algo salutar e perfeitamente humano, não obstante a incoerência seja uma conduta historicamente repudiada, bastando lembrar, por exemplo, a célebre frase do Imperador Romano Júlio César, ao reconhecer entre os seus assassinos aquele que sempre o tratara como pai, quando então exclamara: "até tu, Brutus?", frase essa que se tornou sinônimo de traição e repúdio à contradição do próprio comportamento.

Ocorre que a incoerência não é algo ilícito, em regra; mudar de opinião, de conduta, de entendimento, pode revelar amadurecimento, experiência, melhor compreensão de determinado fato jurídico. Ser incoerente é, pois, um direito do ser humano, que merece ser tutelado, até porque, com base em conhecido ditado popular – o homem não deve ter compromisso com os seus erros.

O que é vedado, contudo, é aquele comportamento incoerente, isto é, capaz de frustrar as legítimas expectativas daqueles sobre quem o comportamento repercute. O que se proíbe é aquele comportamento contraditório desarrazoado, desmesurado, capaz de prejudicar a quem tinha legitimamente confiado no sentido objetivo de um comportamento inicial.

É sob esse prisma que deve ser entendido o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* (a ninguém é dado vir contra os próprios atos), ou seja, a proibição de comportamento contraditório que, em síntese, significa uma "regra de coerência, na qual é vedado que se aja em determinado momento de certa maneira e, depois, seja adotado um comportamento contrário à conduta inicial."[117]

Já na precisa explicação de Judith Martins-Costa, "É a deslealdade, além da contrariedade com a própria conduta, que está no núcleo da figura conhecida como *venire contra factum proprium non valet* (ou, simplesmente, *nemo potest venire contra factum proprium*)",[118]de sorte que o *venire contra factum proprium* é tido como uma conduta aparentemente lícita, mas que se torna ilícita/abusiva, por violar a confiança legítima de outrem, à vista da própria contradição.

---

117 MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 142.
118 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 674.

As grandes codificações, especialmente o Código de Napoleão e o Código Alemão (*BGB*), consagraram o culto à liberdade individual, própria do Estado Liberal, segundo o qual o dogma da autonomia da vontade tinha primazia absoluta, na medida em que o indivíduo era livre para contrariar o seu próprio comportamento, para alterar a sua vontade, independentemente das eventuais expectativas despertadas pela sua conduta. Naquele contexto histórico, a vontade poderia ser alterada a esmo, de forma até arbitrária, contrária à conduta inicial que houvera gerado confiança para o outrem.

Contudo, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, mormente a partir da segunda metade do Século XX, novos valores passaram a permear a sociedade contemporânea – dignidade da pessoa humana/solidariedade/igualdade real – dando lastro normativo à incipiente tábua axiológica do sistema civil-constitucional.

Nada obstante o prenúncio de uma sociedade mais solidária e menos individualista, o fato é que tanto o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 não acolheram, de forma expressa, a proibição ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), valendo-se destacar que o Código Civil atual é 'dúbio' neste aspecto, haja vista que prever a sua adoção apenas de forma implícita (arts. 175, 476, 491 e 619), assim como prever a sua autorização, isto é, admite a contradição de um comportamento em sentido contrário, como, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 428 IV, 438, 791 e 1.969.[119]

Assim, o impasse ou dubiedade sobre o acolhimento ou não do *nemo potest venire contra factum proprium* no ordenamento jurídico brasileiro se resolve à luz da noção da boa-fé objetiva, sob a égide da sua terceira função – restritiva do exercício de direitos (art. 187, CC) – com a compreensão de que a tutela da confiança integra axiologicamente a boa-fé objetiva, assim como revela o princípio da solidariedade social, de matriz constitucional.

A boa-fé objetiva significa uma confiança adjetivada ou qualificada, que também tem fundamento constitucional, atrelada ao princípio da solidariedade social (art. 3º, CF), observando-se, ainda, que ela (boa-fé objetiva) é guarnecida pela 'tutela da confiança' que, por sua vez, se constitui no fundamento contemporâneo do *venire contra factum proprium*.

Por conseguinte, conclui-se também que o *nemo potest venire contra factum proprium* tem igualmente fundamento constitucional, posto que a vedação ao comportamento incoerente se reporta à tutela da confiança, que é um instrumento de realização do valor constitucional da solidariedade social.

---

119 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 48-52.

Ressalte-se, contudo, que a despeito da utilização recorrente do *venire contra factum proprium* pela jurisprudência pátria, diante da notória e declarada inadmissibilidade do exercício de um direito em contrariedade à boa-fé objetiva – faz-se imperioso a observância de precisos pressupostos dogmáticos, a fim de não banalizar o instituto, tornando-o algo atécnico e meramente subjetivo.

Para tanto, informa a doutrina de que quatro são pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (*i*) um *factum proprium*, que é a conduta ou o comportamento inicial não vinculante; (*ii*) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (*iii*) contradição ao *factum proprium*, isto é, um comportamento contraditório com este sentido e, por isto mesmo, violador da confiança; (*iv*) um dano efetivo ou potencial, no sentido de prevenir ou reparar danos, protegendo aquele que legitimamente confiou na coerência alheia.[120]

Ademais, registra a sólida doutrina que duas são as consequências da aplicação do *venire contra factum proprium*, ou seja: (*i*) impedimento da conduta contraditória em violação à boa-fé objetiva e à legítima confiança, sendo considerada a primordial consequência e de caráter preventivo; (*ii*) reparação do dano derivado da conduta contraditória, à vista do abuso no exercício do direito (art. 187 CC), que dispensa a prova da culpa pelo prejudicado, sendo considerada uma consequência secundária.[121]

A jurisprudência pátria tem aplicado às largas a proibição de comportamento contraditório, desde os Tribunais Superiores, tanto em sede de direito privado como em sede de direito público, valendo-se destacar, a título de mero exemplo, a seguinte decisão no âmbito do direito de família, *verbis:*

> Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. (...) A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. (Recurso Especial 95.539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 3.9.1996).

120 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 86-102.
121 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 106-110.

3.3.2 *Supressio*

A expressão *Verwirkung* ou *supressio* é criação da jurisprudência alemã, por ocasião das perturbações econômicas – inflação – causadas pela Primeira Guerra Mundial e se refere à demora desleal na realização de certo negócio jurídico. Também pode ser definida como a supressão (perda) de um direito ou de uma posição jurídica, decorrente de um retardamento injustificado no exercício de um direito por considerável decurso do tempo, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Na *supressio*, a inatividade do seu titular no exercício do direito gera a confiança da contraparte a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o seu direito.

Com precisão, António Menezes Cordeiro assim a define: "Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé."[122]

A *supressio* representa verdadeira consequência do comportamento contraditório, podendo ser considerada uma espécie do gênero *venire contra factum proprium*, uma vez que ambos visam a preservação da confiança alheia. Todavia, guardam claras diferenças, pois no *venire* a confiança é depositada no cotejo com a conduta antecedente e, na *supressio,* a expectativa de confiança é projetada apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso de tempo (comportamento omissivo), capaz de gerar no outro a convicção de que o direito não seria mais exigido.

Igualmente, a *supressio* guarda semelhança com a prescrição e a decadência, pois na raiz do problema está a discrepância entre a regulação jurídica e a efetividade social, adaptando-se aquela em função desta em razão do fator tempo.

Contudo, as distinções são nítidas, uma vez que na prescrição e na decadência os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular, enquanto que na *supressio* não há sujeição a prazos temporais rigidamente fixados, sendo possível a sua configuração (estado de confiança), pela análise do caso concreto, antes mesmo da consumação dos prazos de prescrição ou de decadência, sendo considerada, pois, uma 'prescrição de fato', à vista da inatividade do titular de um direito, pela omissão do seu exercício ao transcurso de certo lapso temporal. Em verdade, na *supressio* opera-se "tão somente uma '*eficácia negativa'*, capaz de paralisar o exercício de um direito sem, contudo, determinar a sua extinção."[123]

---

122 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p.797.
123 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos:** o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015, p. 246-247.

O sentido da *supressio* é superar o formalismo ditado pelos limites sociológicos dos prazos prescricionais, a fim de evitar que um direito muito antigo e esquecido pelo seu titular venha a ser exercido tardiamente, por contrariar a boa-fé, à vista da confiança gerada na contraparte de que o exercício de tal direito não mais ocorreria.

Impende-se observar que, para a caracterização da *supressio,* os tribunais pátrios são rigorosos no exame da casuística, mormente em relação ao lapso temporal – já tendo sido reconhecida a *supressio* em casos de cobrança de valores pagos de forma atrasada ou distinta do convencionado sem a oposição do credor.

Basta lembrar, por exemplo, a incidência da *supressio* nos contratos de longa duração (locação, seguros, planos de saúde), quando a mora do devedor for aceita, reiterada e tacitamente pelo credor durante período razoável, o que poderá implicar na perda do direito do credor de inscrever o nome do devedor nos cadastros negativos e mesmo de cobrar juros moratórios ou cláusula penal.[124]

E para melhor ilustrar, colaciona-se a seguinte aplicação jurisprudencial acerca da *supressio*, no conhecido caso do corredor não utilizado:

> Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-Fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*). (STJ. REsp. 214680/SP. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 10.08.1999. *DJ* de 16.11.1999).

3.3.3 *Surrectio*

Há uma identidade de causa entre a *supressio* e a *surrectio*, pois ambas atuam em função da inércia, ainda que os efeitos ocorram em sentidos distintos.

Enquanto na *supressio* há a perda de um direito subjetivo em virtude do seu longo não exercício, quando presentes a boa-fé e a confiança da contraparte, na *surrectio* ou *Erwirkung* há o surgimento de uma situação jurídica nova derivada da efetividade social, dos usos e dos costumes.

---

124 FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da *supressio. In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 598-599, v.3.

A *surrectio* é admissível para a constituição de situações mais vantajosas para aquele a quem aproveita, quer pela aquisição de direito ou pela liberação de prestação, sendo entendida como uma contraface da *supressio.*

Na doutrina, diz-se que a *surrectio (lato sensu)* deriva de uma "simples liberdade de atuação pela desvinculação de uma situação de adstrição anterior, ou a atuação de uma situação jurídica da qual desponta um direito subjetivo (*surrectio stricto sensu*)".[125]

A *surrectio* consiste no nascimento de um direito, consequente à prática continuada de certos atos, como, por exemplo, na situação de duradoura distribuição de lucros de sociedade comercial, em desacordo com os estatutos, que pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro.[126]

Em linhas gerais, a *surrectio* é o oposto da *supressio*, ou melhor, são dois lados de uma mesma moeda, pois na *supressio* há a liberação do beneficiário e na *surrectio* há a aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado.

A noção de confiança permeia ambos os institutos, sendo que a *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos, pois opera em sentido oposto, qual seja, o de constituir uma situação jurídica nova entre as partes da relação obrigacional, posto que o exercício continuado de uma situação jurídica, ao arrepio do convencionado ou do ordenamento, enseja o surgimento de novo direito subjetivo, que se estabiliza para o futuro.

O que se busca proteger, em essência, é a própria confiança, como assim preleciona a sólida doutrina:

> Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a consequente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a *surrectio,* aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento.[127]

No direito pátrio, é voz corrente que o art. 330 do Código Civil adota ambos os conceitos – *supressio e surrectio* – ao assim dispor: "o pagamento reiteradamente feito em outro local faz

125 MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81, v. 5.
126 MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 200.
127 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale)**.** *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218.

presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato", afora a recorrente aplicação jurisprudencial da *surrectio,* valendo-se destacar, a título de exemplo, o seguinte julgado:

> Direito civil. Locação residencial. Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-fé contratual. (TJMG, AC 1.0024.03.163299-5/001 – Belo Horizonte/MG, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 07.03.2007, v.u.).

3.3.4 *Tu quoque*

Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili? – trata-se de uma expressão latina, ou seja, uma indagação atribuída a Júlio César, em 44 a.C., ao reconhecer entre aqueles que haviam conspirado para o seu assassinato, Marco Júnio Bruto, seu filho adotivo.

Tu quoque significa, literalmente, 'até tu', 'também tu', e é uma expressão que designa surpresa, deslealdade, espanto, decepção com a conduta inconsistente de certa pessoa. Tem fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: 'não faças aos outros aquilo que não quer que lhe façam'.

Entende-se por *tu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, depois, tenta tirar proveito da situação, com o objetivo de se beneficiar ou, ainda, quando uma parte, após violar uma norma, passa a exercer uma posição jurídica que esta mesma norma lhe assegura.

Nesta figura (*tu quoque*) há um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, embuste, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta de critérios valorativos diversos para situações idênticas, que assim pode ser resumida como 'dois pesos, duas medidas'.

Doutrinariamente, diz-se que "A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído."[128]

Considera-se que o *tu quoque* é uma subespécie do *venire contra factum proprium*, pois ambos são derivantes da Teoria dos Atos Próprios, cuja essência importa reconhecer a

128 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 837.

existência de um dever de adoção de uma linha de conduta uniforme e que rechaça a duplicidade de comportamento, isto é, proíbe o comportamento contraditório.

Contudo, não obstante haja semelhança entre ambas as figuras, impõe-se registrar algumas distinções, posto que, no *venire* o ato prévio (*factum proprium*) é exercido positivamente (conforme o direito) e depois negativamente (contrário ao direito), sendo que no *tu quoque* o ato prévio é exercido negativamente (em desacordo com o direito) e, posteriormente, se busca o exercício de um direito positivamente (em conformidade com o direito), sendo-lhe negado esse exercício em razão da boa-fé objetiva. Em suma: no *tu quoque* a primeira conduta é indevida (maliciosa) e a segunda é devida, mas rechaçada em razão da violação da boa-fé objetiva; já no *venire* a primeira conduta é devida, mas a segunda não, posto que praticada de forma contraditória.

A proibição do *tu quoque* dá-se em proteção da confiança, pois a boa-fé objetiva atua como "guardiã do sinalagma contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual." [129]

No direito pátrio, há algumas situações que sufragam a regra do *tu quoque,* como, por exemplo:

Sobre o dolo/torpeza bilateral, conforme art. 150 do Código Civil: "Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização".

Sobre o art. 180 do Código Civil: "O menor, entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior".

E, principalmente, a *exceptio non adimpleti contractus* ou exceção de contrato não cumprido, conforme art. 476 do Código Civil: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro", que tem fundamento no justo equilíbrio no adimplemento do contrato, sendo considerado um exemplo claro de *tu quoque*, haja vista que não se admite a vulneração de uma regra jurídica por uma parte e a exigência por esta de que o outro contratante respeite os termos do contrato.

Também digno de nota é a possibilidade da aplicação da exceção do contrato não cumprido (*tu quoque*) em caso de contratos administrativos com particulares, sendo que, a despeito de não existir regra expressa na Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações), indiretamente há previsão nos arts. 57, VI e 78, XIV, XV e XVI do mesmo diploma legal, o que faz implicar

129 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 143.

na mitigação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, a fim de efetivar a justiça do caso concreto, uma vez que o particular adimple corretamente a sua prestação, mas a Administração lhe falta com o pagamento.[130]

Ainda nesse contexto, por exemplo, basta lembrar que se a Administração Pública não paga pontualmente uma obra pública, estando adimplente o particular, não pode exigir deste o cumprimento do resto do contrato, pois sua conduta ilícita (*tu quoque*) pode gerar a falência da empresa contratada, devendo assim o princípio da supremacia do interesse público ser relativizado em cotejo com os princípios sociais do contrato (boa-fé objetiva, função social e equilíbrio contratual).

Já em sede jurisprudencial, traz-se à colação os seguintes julgados, sendo um do direito português e outro do direito pátrio:

> A pessoa que viole uma norma jurídica não poderá, sem abuso, exercer a situação que essa norma lhe tivesse atribuído (*tu quoque*). (...) Tendo o R., ardilosamente, mantido em seu poder o documento enviado para assinatura pela firma que lhe vendera o veículo (há muito na sua posse), vindo depois invocar a nulidade do contrato devida a falta de assinatura, ao ser-lhe exigido o pagamento, incorreu ele em abuso do direito naquela modalidade, não merecendo proteção a sua posição. (Supremo Tribunal de Justiça Português, Processo 02B4734, Rel. Nascimento Costa, 13.2.2003).

> Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Cheque oriundo de negócio jurídico de cessão de cotas sociais. Alegação de vício no negócio. Impossibilidade da parte invocar proteção por regra contratual que havia infringido ou, ao menos, colaborado para infringir (*tu quoque*). Não demonstração de induzimento em erro acerca da estimativa de faturamento. Embargos julgados improcedentes. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJSP, Apelação 7161983-5, Acórdão 3583050, Osasco, 13ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Luís Eduardo Scarabelli, j. 27.03.2009, *DJESP* 12.05.2009).

3.3.5 *Duty to mitigate the loss*

130 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* aos contratos administrativos**.** *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). **Direito contratual –** temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 547-580

O dever anexo denominado *duty to mitigate the loss* significa, literalmente, o dever do credor de mitigar as próprias perdas e que consiste na incumbência ou no ônus do credor em buscar evitar o agravamento do devedor.

Assiste ao credor prejudicado pelo inadimplemento do devedor não ficar inerte após o evento lesivo e, sim, adotar medidas mitigatórias, sob pena de não ser indenizado pela parcela do prejuízo evitável, ou seja, deve o lesado (credor) agir em dado sentido para reduzir ou estabilizar os prejuízos na sequência do evento danoso.[131]

Uma vez já assentado que a obrigação não é mais uma relação jurídica linear e estática, na qual o credor só teria direito e nenhum dever e, por seu turno, o devedor só teria dever e nenhum direito – é bem revelador que, modernamente, a obrigação deve ser vista como um processo, ou melhor, uma relação jurídica dinâmica, plural e solidária, segundo a qual os titulares da obrigação são, simultânea e correspectivamente, credores e devedores.

A compreensão desta mudança é fundamental, a fim de se perceber a passagem de uma relação jurídica como ligação entre sujeitos para uma ligação entre situações jurídicas subjetivas, afastando-se, portanto, de uma mera relação de subordinação para uma relação de cooperação, atrelada ao princípio da boa-fé objetiva.

O dever de mitigar o próprio prejuízo tem raiz no direito anglo-saxônico e vem sendo acolhido pelo direito pátrio, a partir de um artigo publicado no ano de 2004 por Véra Jacob de Fradera intitulado "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?", considerado um estudo inovador sobre o tema da mitigação de dano, no qual a autora argumenta que em razão da inexecução de uma obrigação, "o credor tem de agir para impedir a ocorrência ou o agravamento dos danos decorrentes desse inadimplemento, sob pena de não ser indenizado pelos prejuízos que poderiam ser evitados."[132]

Por exemplo, nada obstante o credor tenha, no prazo prescricional, o direito de exigir o cumprimento da obrigação, não lhe assiste, injustificadamente, permanecer inerte e negligente, vendo crescer o seu prejuízo e nada fazendo para minimizar a sua perda. Efetivamente, com tal prática desidiosa, o credor deixa de mitigar o seu próprio prejuízo, incidindo assim em abuso de direito, por supor que a perda econômica do devedor lhe favorece, ao ponto de este entrar em estado de superendividamento, que, de regra, deságua numa futura renegociação ou novação desfavorável ao mesmo devedor.

---

131 NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Responsabilidade civil & mitigação dos prejuízos**: a resposta do lesado e seus efeitos sobre a reparação dos danos patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2020, p. 11.
132 DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2020, p. 174.

Tal descaso ou negligência do credor ofende a noção de confiança, que dá fundamento à boa-fé objetiva, mormente porque, como cediço, o credor também tem o dever de cooperar no adimplemento da obrigação.

Contudo, vale a ressalva de que não é qualquer desídia que gera a aplicação do presente dever anexo, haja vista que o ajuizamento de uma ação judicial muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro o lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.

Historicamente, no sistema da *common law*, há um registro apropriado da doutrina do *duty to mitigate the loss*, segundo lição de Larissa de Lima Vargas Souza:

> Aponta-se como precedente à limitação da evitabilidade um caso inglês ocorrido no final do século XVII, conhecido como *Vertue v. Bird*, julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich, cidade britânica pertencente ao condado de Suffolk, e deixá-las em lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, o credor requerido demorou mais de seis horas para indicar o local, de modo que os cavalos do requerente, usados para transportar a mercadoria, ficaram muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, tendo morrido em seguida. Ao apreciar o caso, o Tribunal inglês negou o direito à indenização pela perda dos animais, com base na constatação de que o prejuízo foi decorrente da insensatez do próprio requerente de ter deixado os cavalos expostos ao sol por tanto tempo, quando poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em outro lugar em Ipswich. A doutrina do *duty to mitigate the loss* tem, pois, origem no sistema da *common law*.[133]

Em sede de países de tradição romano-germânica, o dever de mitigar os próprios prejuízos está previsto no art. 77 da Convenção de Viena, de 1980, sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG), cujo teor dispõe que: "a parte que invocar a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída".

---

133 SOUZA, Larissa de Lima Vargas. O dever de mitigar os próprios prejuízos: uma análise da aplicação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Princípios contratuais aplicados.** São Paulo: Foco, 2019, p. 87-104.

Consoante a 'doutrina da mitigação', o credor deve colaborar, após a inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do descumprimento, de acordo com o art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e com fundamento na cláusula geral da boa-fé objetiva,[134]sendo esse o entendimento defendido pela Professora Véra Jacob de Fradera no artigo que introduziu o tema no país.

A doutrina da mitigação de danos desde então tem larga aplicação no direito pátrio.

Não obstante ligada originariamente à responsabilidade contratual, o dever de mitigar os próprios prejuízos também incide em sede de responsabilidade extracontratual, e até na seara da processualística civil,[135] de sorte que se o lesado deixa ocorrer um dano tido como evitável com esforços razoáveis e, posteriormente, pleiteia a indenização por tal prejuízo evitável, tal postura é considerada exercício abusivo de direito, nos moldes do art. 187 do Código Civil, que materializa uma das funções da boa-fé objetiva.

Registre-se, contudo, que o dever de mitigar os prejuízos só se impõe quando seja razoável a realização da conduta, não se podendo impingir ao credor a prática de uma conduta arriscada com o fito de pôr fim ou minimizar um prejuízo a que o devedor deu causa. Melhor dizendo, a compreensão é de que tanto o dano deve ser tido como evitável como o esforço do credor deve ser tido como razoável.

O lesado deve agir com retidão, lealdade e probidade, posto que deve levar em consideração não só os seus próprios interesses (em não ter seu prejuízo aumentado), mas também os do devedor (em não ter aumentada a indenização que terá que pagar), além dos interesses da própria sociedade (em evitar a perda desnecessária de um recurso econômico e socialmente relevante).[136]

O agravamento do dano decorrente da conduta da vítima é uma prática vedada, haja vista que assiste ao ofendido, com base no princípio da boa-fé objetiva, "comportar-se de forma honesta e leal, evitando o agravamento do próprio prejuízo e, portanto, o aumento da indenização cabível",[137] razão por que esse agravamento, diante da inércia do credor, constitui notória infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

---

134 NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Responsabilidade civil & mitigação dos prejuízos**: a resposta do lesado e seus efeitos sobre a reparação dos danos patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2020, p. 56-57.
135 DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2020, p. 176.
136 LOPES, Christian Sahb Batista. O chamado *"duty to mitigate*" na responsabilidade civil extracontratual. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. 2 ed. São Paulo: Foco, 2018, p. 141-149.
137 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 34-35.

A doutrina pátria aponta os arts. 769 e 771 do Código Civil, no âmbito do contrato de seguro, como hipóteses legais do *duty to mitigate the loss*, bem como registra que os contratos bancários são a principal fonte de sua aplicação, haja vista que, em geral, os bancos, mormente diante da alta taxa de juros prevista no contrato, não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo, como, por exemplo, notificar o cliente que não encerrou sua conta e é cobrado por sua manutenção para providenciar o seu encerramento ou mesmo negar crédito a cliente já endividado, para evitar o superendividamento.[138]

Melhor explicando, em sede de contrato bancário (direito do consumidor), o dever de mitigar o prejuízo consiste na existência de um dever de renegociação do contrato, isto é, compete ao banco credor renegociar a dívida originária para conceder ao devedor reais oportunidades de adimplemento e não condições impraticáveis como mero ato formal antecedente à cobrança judicial.[139]

Em igual sintonia, a doutrina já exarou dois Enunciados sobre o *duty to mitigate the loss*, a saber:

III Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 169, CJF: Art. 422. o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

VIII Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 629, CJF: Art. 422. a indenização não inclui prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização".

Já em sede de jurisprudência, impõe-se destacar o *leading case* sobre o *duty to mitigate the loss*, publicado em acórdão do Informativo n. 439 do STJ, *verbis*:

> 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*

138 DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 683-738, v. 3.

139 NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Responsabilidade civil & mitigação dos prejuízos**: a resposta do lesado e seus efeitos sobre a reparação dos danos patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2020, p. 136.

> *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. 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 consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuíram 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 (STJ – REsp 758.518/PR, 3ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 17.06.2010, *DJe* 01.07.2010).

3.3.6 *Exceptio doli*

Juridicamente, a expressão exceção significa defesa, ou seja, aquela situação pela qual a pessoa compelida a um dever pode recusar, licitamente, a efetivação da pretensão correspondente.

A exceção de dolo ou *exceptio doli* é compreendido como "o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo."[140] Considerada um dever parcelar da boa-fé objetiva, a exceção dolosa ocorre quando determinado contratante pratica uma conduta dolosa com o fim não de acautelar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte adversa.

No Direito Romano, havia três defesas específicas contra o dolo, ou seja*,* a cláusula *doli, a actio de dolo e a expectio doli,* sendo que esta última servia o réu contra as ações dolosas, estando ligada a *bonae fidei judicia*, inicialmente de feição processual, mas considerada um meio processual genérico de defesa.

Também o Direito Romano reconhecia um duplo papel na *exceptio doli*, o que gerou o surgimento de duas categorias de *expectiones* distintas – a *exceptio doli specialis* e a *exceptio doli generalis*.

A *exceptio doli generalis* não teve, historicamente, consagração expressa, à vista do seu subjetivismo, pois sua aplicação casuística era muito extensa. Dogmaticamente, funciona como

140 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 720.

uma exceção de direito material e é apontada como meio de defesa contra as injustiças havidas à custa da boa-fé, aplicável no momento da discussão da causa.

Conforme abalizada doutrina, "uma aplicação desse desdobramento é o brocardo *agit qui petit quod statim redditurus*, em que se verifica uma sanção à parte que age com o interesse de molestar a parte contrária e, portanto, pleiteando aquilo que deve ser restituído."[141] *Mutatis mutandis*, tal exceção ocorre na valoração da conduta de alguém que exige algo que, depois, deverá devolver, significando assim a falta de utilidade no exercício de tal direito, somada ao caráter danoso para a contraparte.

Como exemplo da *exceptio doli generalis* no direito brasileiro cita-se o art. 940 do Código Civil, pertinente ao tema da 'cobrança indevida', podendo o juiz aplicar as sanções previstas *ex officio*, uma vez provada a má-fé: "Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que foi devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição".

Convém ainda salientar o reconhecimento da *exceptio doli generalis* no direito pátrio pelo art. 476 do Código Civil, relativo à conhecida exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), considerada uma exceção processual substancial:

"Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

Dessarte, em sede de doutrina, também já há o entendimento fixado no Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, no ano de 2012, dispondo que: "Os contratos empresariais coligados, concretamente formados por unidade de interesses econômicos, permitem a arguição da exceção de contrato não cumprido, salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância."

Já a *exceptio doli specialis* seria uma impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia retirar o efeito juridicamente exigido, de sorte que, havendo dolo essencial, toda a cadeia subsequente estaria inquinada de vício, gerando a anulação do ato negocial e a consequente indenização. Na prática, a suscitação desta exceção dar-se-ia pelo réu, alegando a prática, pelo autor, de dolo, quando a demanda era levada a juízo, mas somente deduzível a atos

141 PAMPLONA FILHO, Rodolfo**.** Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 59.

de caráter negocial (negócio jurídico) e a atos dele decorrentes e não qualquer outra fonte, posto que, nesta hipótese, em caso de outra fonte, aplicar-se-ia a *exceptio doli generalis*.

E como exemplo da *exceptio doli specialis* no direito brasileiro cita-se o reconhecimento do dolo essencial, conforme assim expresso no art. 145 do Código Civil: "Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa".

3.3.7 Cláusula de *stoppel*

A vida cotidiana impõe riscos às pessoas, eis um fato inconteste.

A despeito de a regra ser a liberdade de comportamento, a mudança de conduta pode frustrar as legítimas expectativas de outrem, por se configurar num comportamento contraditório.

A observância do dever de coerência deve ser um imperativo, em prol da proteção da confiança, e que, em caso de desobediência, tal conduta pode ser combatida via instituto da *stoppel* – que é uma "regra de prova por meio da qual uma pessoa fica proibida de negar a existência de um estado de coisas que previamente reconheceu, ou na existência do qual convenceu outra pessoa a acreditar, seja por palavras ou conduta."[142]

Em linguagem denotativa, por tradução, a expressão *stoppel* significa obstrução ou impedimento, ou seja, o poder jurídico de uma pessoa impedir que se faça determinada declaração ou tenha determinada conduta. Em inglês, por exemplo, a expressão *stoppeth his mouth* significa "feche a boca".

Trata-se de um instituto muito antigo, oriundo do *common law*, e que foi introduzido no Direito Internacional através dos laudos de árbitros britânicos e norte-americanos nos séculos XIX e XX.

Significa um princípio que impede ou previne que alguém faça uma alegação, numa disputa judicial, que seja inconsistente com sua conduta prévia, caso a outra pessoa tenha mudado de posição em detrimento de si mesmo e em conformidade com conduta anterior da primeira. Melhor explicando: consiste na impossibilidade de as partes envolvidas em um litígio nas instâncias internacionais de direitos humanos alegarem ou negarem um fato ou direito, estando essa negação em desacordo com uma conduta anteriormente adotada ou anuída.

142 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 171.

Em essência, pois, a cláusula de *stoppel* nega a determinada parte a faculdade de reclamar um fato ou direito que de outro modo ela poderia.

O princípio do *stoppel* tem larga aplicação na seara processual e funciona como uma espécie de preclusão (perda da faculdade processual de prosseguir ou iniciar) e corresponde ao *venire contra factum proprium* no plano do Direito Internacional.

O dever de manter um comportamento coerente, não contraditório ou desleal, é de importância relevante quer seja nas relações de direito internacional privado ou público, em respeito à segurança jurídica – o que faz evidenciar o papel universal do princípio de proibição do comportamento contraditório, cuja ideia central, ontologicamente, se funda na tutela da confiança.

Anote-se, ainda, que o princípio de proibição de comportamento contraditório, do qual se funda a cláusula de *stoppel*, foi adotado pela Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), celebrada em Viena, em abril de 1980, à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto Legislativo 538/2012, sendo considerado um princípio geral da Convenção de Viena, de larga aplicação prática nas contendas internacionais, já tendo gerado sólida jurisprudência em processos judiciais e arbitrais regidos pela referida Convenção (CISG).

Em igual sintonia, a cláusula de *stoppel* é também recorrentemente aplicada em sede de Direito Internacional Público, uma vez que um Estado não pode criar uma expectativa a outro Estado e, depois, negá-la, pois isso se configura numa falta de dever de coerência consigo mesmo, sob o prisma da interdição de contradizer a própria conduta em detrimento do *alter,* significando, de forma sintética, um "voltar atrás inopinado", conforme precisa lição de Judith Martins-Costa.[143]

E para ilustrar a cláusula de *stoppel,* convém lembrar, a título de exemplo, a conhecida controvérsia entre Brasil e Bolívia, no caso da exploração de petróleo pela Petrobras, em que houve quebra do pactuado, mesmo tendo sido autorizada a realização de vultosos investimentos. *In casu,* a Bolívia criou a legítima expectativa no Governo Brasileiro, por meio da Petrobras, para investir naquele país, e, depois, tomou uma decisão contrária à esperada, violando a norma ética que se traduz na Cláusula de *Stoppel*.

Nesse desiderato, também digno de nota é o magistério de André de Carvalho Ramos, pertinente ao processo internacional de direitos humanos:

143 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 673.

> Atualmente, a Corte IDH consagrou o entendimento que a exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos tem que ser invocada pelo Estado já no procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, se o Estado nada alega durante o procedimento perante a Comissão, subentende-se que houve desistência tácita dessa objeção. Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do princípio do *estoppel,* ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário a sua conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium*).[144]

Ademais, a despeito de a Organização Mundial do Comércio – OMC – também aplicar o princípio do *stoppel* na sua prática contenciosa, a literatura sobre o tema ainda é escassa no país.

3.3.8 Adimplemento substancial (*substancial performance*)

O meio normal de extinção do contrato é a sua execução, seja instantânea, diferida ou continuada. Todavia, no mundo dos fatos, as intercorrências no cumprimento obrigacional são um fato inconteste e recorrente.

Como cediço, inobstante as partes contratantes devam agir, na contemporaneidade, de forma cooperada e solidária, em prol do fim colimado no contrato, uma vez que a obrigação é compreendida como um sistema de processos, permeado pela confiança mútua e por condutas não antagônicas – o contrato/obrigação pode se extinguir sem cumprimento, quer seja por causas anteriores ou contemporâneas à sua formação ou por causas supervenientes à sua formação.

Ressalta a doutrina, por exemplo, que as hipóteses de nulidade absoluta e relativa, direito de arrependimento e de cláusula resolutiva expressa (art. 475, CC), são tidas como causas de extinção anteriores à formação contratual, sendo que as hipóteses de resolução por inexecução voluntária, de exceção de contrato não cumprido, por inexecução involuntária e de resolução por onerosidade excessiva são tidas como causas de extinção posteriores à celebração do contrato, bem como aquelas hipóteses de resilição, unilateral e bilateral.

In casu, em sendo um dever parcelar ou um subprincípio da boa-fé objetiva, a teoria do adimplemento substancial tem origem no *common law*, com o nome de *substancial*

144 RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322.

performance, significando que o negócio jurídico deve ser preservado, mesmo quando o cumprimento seja parcial, mas desde que este seja muito próximo ao previsto no contrato.

Assim, em caso de inadimplemento mínimo, impõe-se a manutenção do contrato, por razões de utilidade e em respeito à boa-fé objetiva, à vista da pouca relevância do incumprimento obrigacional, sendo que a aferição prática se o inadimplemento é mínimo ou não deve ser feita no caso concreto, caso a caso, para fins de examinar a utilidade ou não da prestação, nos moldes do art. 395, § único do Código Civil, que assim dispõe: "Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos".

Melhor explicando, "se o contrato já foi cumprido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que já foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor."[145]

De incidência preponderante nos contratos massificados (de consumo), a doutrina do adimplemento substancial impede, pois, a resolução unilateral do contrato, diante do não cumprimento insignificante da avença, mas cuja parte não adimplida e de menor monta deverá ser equacionada via indenização em favor do credor, mediante ajuizamento de ação executiva ou monitória.

De qualquer sorte, para sua consumação, impõe-se a ocorrência dos seguintes requisitos, a saber: (*i*) a existência de prestações diferidas e sucessivas no tempo; (*ii*) o cumprimento muito perto do resultado colimado no contrato; (*iii*) a pouca gravidade desse cumprimento parcial em face da utilidade objetivada pelo contrato; e (*iv*) a inexistência de vedação legal ao cumprimento parcial, ou atribua-lhe outras consequências.

Na jurisprudência pátria, não há um parâmetro numérico fixo acerca do número de parcelas que possam caracterizar o adimplemento substancial, cabendo ao juiz, no caso concreto, aferir outros critérios, como, por exemplo, o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato, devendo assim, na ponderação, examinar dois aspectos, isto é, "*(i)* a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e *(ii)* o prejuízo que adviria para o devedor e parte terceiros da resolução."[146]

---

145 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**.** FRADERA, Vara Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 31-55.

146 SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 112-113.

De conseguinte, depreende-se disso que para a correta aplicação da teoria do adimplemento substancial impõe-se ao julgador, no caso concreto, fazer a mitigação do rigorismo contratual – *pacta sunt servanda* – com base nos requisitos delineados, no sentido de superar a exegese lógica-subsuntiva por uma interpretação principiológica e de concreção, uma vez que "inexiste fórmula para determinação do que seja o adimplemento substancial do contrato."[147]

Presentemente, no país, já há uma compreensão aprofundada sobre o instituto, conforme doutrina exarada nos Enunciados do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal, a saber:

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

Enunciado 371 da IV Jornada de Direito Civil: "A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva."

Enunciado 586 da VII Jornada de Direito Civil: "Para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos como qualitativos."

Em sede de jurisprudência, de igual forma, o adimplemento substancial tem reconhecimento pacífico, valendo-se destacar o seguinte julgado:

> SEGURO – INADIMPLEMENTO DA SEGURADA – FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – RESOLUÇÃO – A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. (STJ – REsp 76.362-MT- 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – J.11.12.95)

3.3.9 Violação positiva do contrato

147 ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial *("Substancial Performance"*) do negócio jurídico como elemento impediente ao direito de resolução do contrato**.** *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Bahia: *Jus* Podivm, 2007, p. 223-232.

Este dever parcelar da boa-fé objetiva denominado violação positiva do contrato tem origem no Direito Alemão (*positive Vertragsverletzung*), a partir dos estudos formulados por Hermann Staub, no início do século XX, cujo trabalho inicial de 1902 intitula-se 'Sobre as violações positivas do contrato e suas consequências jurídicas' (*Über die positiven Vertragsverletzungen und ibre Rechtsgolgen*), segundo o qual aponta 'lacuna conceitual' na redação original do *BGB*, sendo essa doutrina aceita e incorporada quando da Reforma do Código Civil Alemão, que acolheu "a teoria da violação positiva do contrato, estabilizada hoje em torno da figura de 'quebra de deveres' do § 280, I."[148]

Àquela época, foi apreciada a seguinte situação que merece destaque: o criador de cavalos comprou ração para dar aos seus animais. Ocorreu que a ração estava podre e os cavalos morreram por conta dela. Observou-se que havia a possibilidade de os danos decorrerem não da falta de adimplemento, mas também de um adimplemento defeituoso.

No caso acima, tido como paradigma, observa-se que houve sim o cumprimento da prestação consistente em entregar a ração, não sendo o caso, portanto, de inadimplemento total ou parcial. Entretanto, restou evidente que foi por conta do estado ruim do produto que houve o dano, resultando na quebra positiva do contrato e a consequente obrigação do devedor a ressarcir o prejuízo decorrente da ração estragada que vendeu.

O instituto acha-se disciplinado no § 280/1, após a reforma do Código Civil Alemão (*BGB*) de 2001/2002, que assim dispõe: "Compete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional o dever de indenizar."

Conceitualmente, a violação positiva do contrato, também conhecida como adimplemento ruim ou insatisfatório, significa que num contrato, mesmo que com prestação cumprida, seja reconhecido que o cumprimento tenha se dado de forma defeituosa, ensejando o dever de reparar por eventuais danos advindos.

No Brasil, a compreensão do instituto tem ligação com o art. 475 do Código Civil, que trata dos efeitos do inadimplemento, não obstante dito artigo seja omisso sobre quais fatos constituiriam o inadimplemento capaz de ensejar a desconstituição do contrato,[149] razão pela qual tem se aplicado, por analogia, as regras do inadimplemento absoluto e relativo (mora). Também elucida o mesmo autor que no caso de adimplemento ruim, o obrigado (devedor)

148 STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual:** boa fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 200.
149 ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

efetivamente adimple a obrigação, mas de forma incorreta, incorreção essa que não diz respeito à quantidade ou identidade da prestação, mas, sim, ao descumprimento dos deveres acessórios e laterais.[150]

A violação positiva do contrato tem relação preponderante com a inobservância dos deveres anexos ou laterais da obrigação, que diz respeito a uma das funções da boa-fé objetiva – a função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) – que se reporta aos deveres de consideração ou deveres de conduta, mas que não estão previstos pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico. E como exemplos dos deveres de consideração há um rol de deveres secundários ou laterais, que não derivam da autonomia privada das partes, mas decorrem do princípio da boa-fé objetiva, como, por exemplo, o dever de lealdade, o dever proteção, o dever de informação, o dever de assistência, o dever de sigilo.

Importante, contudo, é observar que a violação positiva do contrato não se confunde com o inadimplemento absoluto ou relativo (mora), pois estes dizem respeito aos chamados deveres de prestação, que são a alma da relação obrigacional e definem o negócio jurídico entabulado pelas partes, enquanto que a violação positiva (adimplemento insatisfatório) diz respeito aos deveres secundários, anexos ou laterais, os chamados deveres de consideração ou conduta, que podem ocorrer em qualquer tipo contratual, independente da fase (antes, durante ou pós).

Tal distinção é relevante, uma vez que, na violação positiva do contrato, a imperfeição no cumprimento da obrigação sujeita o devedor ao pagamento de perdas e danos, como se a infração consistisse em retardamento culposo ou mesmo inexecução, mas aplicando-se apenas por analogia as regras do inadimplemento absoluto e da mora, haja vista que "o devedor responde pelo *cumprimento defeituoso*, devendo indenizar o prejuízo que der causa, se a imperfeição lhe for imputável, ainda quando, da infração, não resulte impossibilidade, ou mora."[151]Em suma, os três institutos são similares, mas não se confundem, havendo tão apenas uma interpretação analógica adotável.

Ademais, ressalte-se que a violação positiva do contrato é aplicável a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal, mas, sim, com o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos, os

150 ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.
151 GOMES, Orlando. **Obrigações.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 206.

chamados deveres de conduta ou de consideração, o que faz gerar o adimplemento ruim ou insatisfatório do contrato e o dever de indenizar pelo dano havido.

E para melhor ilustrar o instituto, traz-se à colação três exemplos referenciados pela doutrina, que revelam ofensa aos deveres anexos, laterais, de conduta ou consideração (dever de proteção e dever de cooperação), a saber: *i)* médico realiza tratamento e alcança a cura do paciente. Porém, a técnica empregada é extremamente dolorosa, quando existiam meios alternativos na ciência para se alcançar idêntico resultado sem que isto implicasse sofrimento para o paciente; *ii)* empresa contrata com agência de publicidade a colocação de *outdoors* pela cidade para a exibição de um novo produto. Todos os anúncios são colocados em locais de difícil acesso e iluminação, em que poucas pessoas tenham a possibilidade de visualizar a propaganda; *iii)* proprietário de haras adquire valioso cavalo e, em razão de falha no transporte, o animal chega em seu novo endereço magro e fragilizado.

O instituto da violação positiva do contrato também já se acha sedimentado na doutrina pátria, à vista dos Enunciados produzidos pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal, ou seja:

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

Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil: "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação".

Já em sede de jurisprudência, traz-se a registro o seguinte julgado que reconhece expressamente a violação positiva do contrato:

> Recurso ordinário do reclamante por quebra da boa-fé objetiva. Violação positiva do contrato. O conteúdo contratual é composto por pelo menos duas espécies de deveres, os deveres de prestação e os deveres de proteção. Os primeiros dizem respeito à prestação que caracteriza o tipo contratual, constituindo, no contrato de trabalho, a prestação de serviços, pelo empregado, e a paga de salário, pelo empregador. Os segundos dizem respeito a deveres de conduta, dentre eles os deveres de proteção à legítima confiança, de não defraudar imotivadamente a confiança legitimamente despertada na parte contrária, sob pena de violação positiva do contrato. Hipótese em que o Banco, ao declarar que não mais editaria propostas semelhantes, induziu os seus empregados – e, particularmente, o reclamante – a aderir o PAI – 50 (TRT, 4ª Região, Relator Juiz Ricardo Martins Costa, julgado em 6.9.06).

CAPÍTULO 4: A TEORIA CONTRATUAL E A BOA-FÉ OBJETIVA

4.1 O contrato civilístico, o empresarial e o de consumo: o diálogo das fontes

Na história do Direito, a noção de boa-fé tem uma perspectiva universal, sendo considerada a 'alma das relações jurídicas'.

Nesta pesquisa, as duas acepções de boa-fé já foram devidamente distinguidas.

Em relação à boa-fé objetiva, registre-se que, inobstante gestada no direito civil e ontologicamente ligada à contratualística, a sua vocação expansionista é um fato inconteste, reconhecido pelo direito concreto (jurisprudência), pois alcança não só outros ramos do direito privado como também o direito público em si, à vista da sua ingente força normativa, atrelada ao princípio da eticidade do Código Civil e aos princípios constitucionais da solidariedade, dignidade humana e moralidade administrativa.

Considerando que a força normativa da boa-fé objetiva é o principal marco teórico desta pesquisa, necessário se faz, primeiramente, aclarar a natureza jurídica dos contratos, isto é, sua clássica e moderna classificação, além da pertinência conceitual da teoria do 'diálogo das fontes', a fim de que, nos tópicos seguintes, seja melhor explicada a aplicação prática da boa-fé objetiva referente a outros ramos do direito privado, atestando, por conseguinte, a sua vocação expansionista, muito além do contrato civilístico.

Sob o pálio da legalidade civil-constitucional – outro marco teórico da pesquisa – um primeiro ponto a ser considerado diz respeito à natureza jurídica do contrato, de sorte que, com base em sólida doutrina, impõe-se diferenciar as seguintes hipóteses para uma adequada caracterização do que seja um contrato civil, um contrato empresarial e um contrato de consumo.

Melhor exemplificando: há contrato civil se na relação jurídica estiverem presentes leigos ou civis, em condições de igualdade jurídico-formal (partes iguais) e que não visem a obtenção de lucro por habitualidade ou profissão; há contrato empresarial se na relação jurídica envolver empresários, isto é, se as empresas celebrantes desenvolvam atividade empresarial movida pela busca do lucro;[152] e, por fim, há contrato de consumo se as partes contratantes são 'desiguais', quer dizer, se são sujeitos da relação de consumo (*ratione personae*), ou seja, fornecedor e consumidor (arts. 2º, 3º, 17 e 29, CDC) ou se tiver por objeto produtos ou serviços (*ratione materiae*) (arts. 4º e 5º, CDC), independente da área do Direito em que a relação de

152 FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 27-28.

consumo venha ocorrer, bem como irrelevante se a relação jurídica é contratual ou extracontratual.

A distinção da natureza jurídica dos contratos é fundamental, posto que, na práxis judicial, impõe-se ao intérprete a precisa identificação da respectiva natureza contratual, uma vez que todos integram o direito privado, mas com caracteres próprios, devendo ser bem especificado quem é o contratante civil, o contratante empresarial e o contratante fornecedor e consumidor.

Assim é que, em caso de um contrato civil, aplica-se o Código Civil – que é um Código central e para iguais – e que também é aplicável a um contrato empresarial, posto que, em essência, não há distinção entre uma obrigação civil e comercial/mercantil, conforme unificação implementada pelo Código Civil de 2002 (Livro II, Direito de Empresa).

A outro giro, já em caso de contrato de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, que é uma lei principiológica, de matriz constitucional, sendo considerada uma lei de ordem pública, especial e não geral, que "criou uma *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito* aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorra relação de consumo",[153] haja vista que o CDC é aplicado em todo o ordenamento jurídico – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual – desde que ocorrente a relação de consumo.

Nesse diapasão, o novo direito privado, influenciado diretamente pela Carta Magna, detém uma natureza tripartite, na qual o direito geral ou comum é afeto ao direito civil, o direito de empresa (direito especial) se reporta às relações entres empresas e fornecedores e o direito do consumidor (direito especial) é inerente à proteção do sujeito mais débil ou vulnerável, o consumidor.[154]

Uma vez apartada a natureza jurídica dos contratos, passa-se ao fenômeno conhecido como 'diálogo das fontes'.

Como cediço, na práxis judicial, diante da própria dinamicidade do Direito, sempre foi recorrente os conflitos de leis ou, mesmo, a sua lacunosidade – situações que eram dirimidas apenas com a adoção dos critérios clássicos de prevalência legal, ou seja, os critérios cronológico, especial e hierárquico, ditados pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), hodiernamente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

153 CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.16.
154 MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor**.** ***In***: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-51.

(LINDB), que é um conjunto de normas sobre normas.

Desde sempre, em casos de antinomia legal ou lacunosidade, o juiz jamais pode eximir-se de julgar (*non liquet*), por força de regras expressas do art. 140 Código de Processo Civil: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico" e do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): "O juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito", de sorte que compete ao magistrado – por dever de ofício – proceder a integração ou colmatação legal com base em critérios clássicos, isto é, o critério hierárquico (norma superior prevalece sobre norma inferior); o critério da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral) e o critério cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior).

Hodiernamente, no contexto da legalidade civil-constitucional, a despeito da permanência e importância prática desses critérios clássicos como regras de integração ou colmatação legal, o direito contemporâneo, na sanha de alcançar o resultado prático efetivo, concreto e justo – a justiça do caso concreto – também se vale da teoria do 'diálogo das fontes', criada pelo jurista alemão Erik Jayme, o mestre de Heidelberg, e difundida no Brasil pela eminente doutrinadora Claudia Lima Marques, que assim a resume como a "aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não iguais."[155]

Induvidosamente, na sociedade pós-moderna, globalizada e complexa, há uma gama infinda de leis que devem ser cotejadas pelo intérprete na solução do denominado 'conflito de leis no tempo' ou diante das antinomias reais ou aparentes de leis, a fim de se alcançar o diálogo entre tais fontes legislativas plurais que, não obstante distintas entre si, se harmonizam e se funcionalizam na busca pela aplicação justa do direito concreto.

À evidência, como a própria expressão sugere – 'diálogo das fontes' – o seu desiderato é conferir uma eficiência não só hierárquica, mas funcional ao atual sistema jurídico, complexo e plural, objetivando evitar a antinomia, a incompatibilidade ou incoerência, mediante a coordenação das diversas fontes legislativas, no sentido de que a superação de paradigmas seja substituída pela convivência dos paradigmas.[156]

---

155 MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes**.** *In*: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108-124.

156 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 758.

A teoria do ‘diálogo das fontes’ tem larga aplicação no direito privado, como, por exemplo, no cotejo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, valendo-se ressaltar a adoção expressa desse possível diálogo no art. 7º, CDC: “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Ad exemplum, no embate (conflito de leis) entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, o primeiro é considerado uma lei geral aplicável para ‘iguais’ (relações entre civis ou entre empresários), enquanto o segundo (CDC) trata-se de uma lei especial aplicável para ‘desiguais’ e que visa a igualdade material (real) entre fornecedor e consumidor, sendo este o sujeito vulnerável.

Portanto, diante de tal conflito, deve o intérprete solucionar a contenda iluminado pelo ideal da coerência e complementariedade (teoria do ‘diálogo das fontes’), que tem lastro nas premissas do direito civil constitucional, valendo-se também destacar a sua aplicação entre leis especiais, como, por exemplo, entre o CDC e a Lei de Plano de Saúde (Lei 9.656/98), entre o CDC e a Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), entre a CLT e o ECA, dentre outras, mediante diálogo sistemático de coerência, de complementariedade (subsidiariedade) ou de adaptação (coordenação) – em busca da justiça do caso concreto.

4.2 Relevância da classificação contratual

Considerando que nos tópicos seguintes a pesquisa pretende demonstrar a expansão vocacional da boa-fé objetiva de relação a outros ramos do direito privado, impõe-se registrar a relevância prática da classificação dos contratos (clássica e moderna), a fim de estabelecer a disciplina jurídica correspondente a cada categoria discriminada.

A classificação visa a identificar a natureza jurídica de determinado contrato, objetivando adequá-lo à sua respectiva categoria contratual, segundo critérios simples de classificação, de cuja aplicação derivam as conhecidas divisões dicotômicas muito usuais na Teoria do Direito, como, por exemplo, as distinções entre direito público e privado, entre direito objetivo e subjetivo.

A classificação contratual tem o escopo de organizar com coerência e coesão a dispersão da realidade contratual no mundo dos fatos, atribuindo certeza e segurança jurídica aos critérios de decisão judicial, com base na dogmática e sistemática de cada categoria contratual.

Ademais, a classificação adequada de cada contrato (categoria) importa na respectiva subordinação às regras peculiares e próprias, o que revela o grande interesse prático para a práxis judicial bem como para fins didáticos.

Nesse contexto, de forma unânime, a doutrina pátria se reporta à classificação contratual clássica ou tradicional, o que justifica a sua demonstração, a fim de uma melhor compreensão da evolução classificatória do contrato. Contudo, grande parte da doutrina atual também faz referência à moderna classificação dos contratos, na esteira da legalidade civil-constitucional, o que justifica o seu necessário destaque, no sentido de melhor aclarar o alcance da força normativa da boa-fé objetiva, marco teórico fundante desta pesquisa.

In concreto, nas subseções seguintes, observar-se-á que a teoria contratual moderna é hipercomplexa, em razão da múltipla e variada gama de relações jurídicas que permeia o universo contratual, o que faz revelar a superação da dicotomia direito público/direito privado, a vetusta *summa divisio*.

4.3 A classificação tradicional do contrato

Historicamente, o Estado liberal tem duas etapas marcantes, sendo, a primeira, a da conquista da liberdade e, a segunda, a da exploração da liberdade.

Referida classificação é inerente ao Estado liberal, fundado no dogma da vontade, cuja noção de contrato evidencia a liberdade individual e a autonomia da vontade.

Sob tal concepção, a individualidade do ser humano também se realiza através do contrato, cuja liberdade contratual acha-se atrelada à liberdade de propriedade, uma vez que o contrato, à luz do Código Civil de 1916, acha-se estruturado pela projeção dos modos de adquirir, fruir e utilizar a propriedade, de prevalência imobiliária.

O dogma da vontade se impõe e o contrato não tem qualquer natureza normativa.

Assim, *mutatis mutandis,* à luz da concepção clássica, a doutrina preleciona que os contratos são assim classificados:

a) Quanto aos efeitos:

a.1.Unilateral, bilateral e plurilateral.

Unilateral é o contrato que cria obrigação unicamente para uma das partes, posto que, quando da sua formação, nasce a obrigação tão somente para uma das partes (*ex uno latere*).

Bilateral é o contrato que gera obrigação para ambas as partes, criando obrigações

recíprocas, sendo denominado de sinalagmático.

Plurilateral é o contrato que contém mais de duas partes, como no contrato de sociedade, em que cada sócio é uma parte, ou no contrato de consórcio ou no seguro de vida em grupo, por exemplo, sendo caracterizado pela rotatividade de seus membros.

a.2.Oneroso e gratuito.

Oneroso é o contrato que gera proveito e sacrifício patrimonial para ambos os contraentes. Gratuito ou benefício é aquele em que apenas uma das partes aufere benefício ou vantagem.

a.3.Comutativo e aleatório.

Comutativo é o contrato oneroso que se caracteriza pela equivalência entre prestação e contraprestação, definida de forma proporcional quanto à sua existência e extensão e de conhecimento prévio dos contratantes, que podem antever as vantagens e sacrifícios das prestações desde a celebração.

Aleatório é o contrato oneroso em que pelo menos um dos contraentes não pode antever a vantagem que receberá, em troca da prestação recebida, sendo caracterizado pela incerteza da vantagem e sacrifício do contrato, posto que a perda ou lucro depende de um fato futuro e imprevisível, isto é, a álea.

b) Quanto à formação:

b.1. Paritário e de adesão.

Paritário é o contrato do tipo tradicional, atualmente de reduzida ocorrência prática, em que as partes discutem livremente as condições, as cláusulas contratuais, uma vez que se encontram em situação de igualdade (par a par), o que possibilita a fase de negociação preliminar.

Contrato de adesão, próprio da sociedade moderna, impessoal, plural e massificada, é aquele em que não há negociação prévia e o seu conteúdo é imposto unilateralmente por uma das partes (o detentor do monopólio público ou privado do produto ou do serviço) à outra parte (aderente/oblato), que não pode discutir qualquer cláusula, cabendo-lhe apenas aceitar ou recusar em bloco as cláusulas impostas (é pegar ou largar).

Em verdade, o contrato de adesão não é uma categoria contratual de *per si* (propriamente dita), mas, sim, representa uma modalidade de contratação padronizada, homogênea e massificada, caracterizada pela predisposição unilateral e rígida das cláusulas, com incidência tanto na seara civilística (arts. 423 e 424, CC) e, essencialmente, na seara consumerista (art. 54

CDC), que é o seu *habitat* natural. Basicamente, distingue-se por três traços característicos (a uniformidade, a predeterminação e a rigidez das cláusulas).[157]

c) Quanto ao momento de sua execução:

c.1. De execução instantânea, de execução diferida e de execução sucessiva.

Contrato de execução instantânea ou imediata é aquele em que se consuma num só ato, cuja prestação se executa em um só momento, sendo cumprido imediatamente após a sua celebração, isto é, de uma só vez.

Contrato de execução diferida é o contrato que também deve ser cumprido em só ato, mas em momento futuro.

Contrato de trato sucessivo ou de execução continuada é aquele cumprido por meio de atos reiterados, no momento futuro e continuadamente.

d) Quanto ao agente:

d.1.Personalíssimo, impessoal, individual e coletivo.

Contrato personalíssimo (*intuitu personae*) é aquele que é celebrado em atenção às qualidades pessoais de um dos contraentes, sendo, por isso, intransmissível *inter vivos ou mortis causa.*

Contrato impessoal é aquele em que a pessoa do contratante não é juridicamente relevante para a conclusão do negócio, pois o que importa é o resultado da atividade contratada.

Contrato individual, de maior interesse para o Direito do Trabalho, é aquele em que as vontades são individualmente consideradas, ainda que envolva várias pessoas, mas que cria direitos e obrigações para as pessoas que dele participam.

Contrato coletivo é aquele em que possui, ao menos em um dos polos, uma entidade autorizada pela lei para a defesa dos interesses de um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, porém determináveis, vinculada a uma relação jurídica-base (convenções coletivas).

e) Quanto à independência:

157 NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 100.

e.1.Principal e acessório.

Principal é o contrato cuja existência independe da existência de qualquer outro.

Contrato acessório é o contrário, ou seja, é aquele cuja existência depende da existência de outro contrato, isto é, existe em função do principal e surge para lhe garantir a execução.

f) Quanto à forma:

f.1.Solene, não solene, consensual e real.

Contrato solene ou formal é aquele que deve obedecer à forma prescrita em lei para se aperfeiçoar.

Contrato não solene ou informal é aquele que se perfaz de forma livre, bastando o consentimento para a sua formação.

Contrato consensual é aquele que se forma unicamente pelo acordo de vontades (*solo consensu*), independentemente da entrega da coisa e da observância de determinada forma.

Contrato real é aquele que depende, para seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa *(traditio rei*), feita por um contratante ao outro.

g) Quanto ao objeto:

g.1.Preliminar e definitivo.

Contrato preliminar, também denominado de pré-contrato, é aquele que tem por objeto a celebração de um contrato definitivo.

Contrato definitivo é aquele que tem por objeto criar vários tipos de obrigações para os contratantes, ou seja, é aquele que tem objetos diversos, de acordo com a natureza de cada avença.

h) Quanto à designação ou à previsão legal:

h.1.Nominado e inominado.

Contrato nominado ou típico é aquele que tem designação própria (*nomem iuris*), pois o seu perfil está regulado pela lei.

Contrato inominado ou atípico é o contrário, ou seja, é aquele que a lei não disciplina expressamente, que não tem um nome no ordenamento jurídico, mas que é permitido, se lícito, em virtude do princípio da autonomia privada.

4.4 A classificação moderna do contrato

Enquanto no Estado liberal o próprio Estado se autolimitava e possibilitava a primazia da vontade dos indivíduos, com o advento do Estado social, ocorrente na primeira metade do século XX, dá-se a transferência da predominância do interesse individual para o interesse social ou coletivo, uma vez o Estado passou a limitar a liberdade individual de contratar.

A transformação do contrato surge, basicamente, com o fenômeno da sociedade de massas, mediante o chamado dirigismo contratual, quer por interferência direta do Estado (dirigismo publicístico), materializada pela edição de leis de cunho social e coletivo, quer por interferência das grandes corporações (dirigismo privado), materializada pela influência legislativa no sentido de normatizar regras contratuais gerais.[158]

Com o dirigismo contratual (publicístico e privado), o declínio do dogma da autonomia da vontade se impõe e o contrato passa a ser, além de um instrumento de exercício de direitos, também um instrumento de política econômica.[159]O contrato tende a assumir uma natureza normativa, mediante o uso de normas jurídicas cogentes ou imperativas, com flagrante limitação da liberdade contratual, como bem se atesta pela padronização ou estandardização do seu conteúdo.

O dirigismo contratual desconsidera noções clássicas como – consentimento, intangibilidade do contrato e força obrigatória do contrato – haja vista que nas novas figuras contratuais do Estado social não há autonomia privada ou esta é substancialmente reduzida, a fim de prevalecer o interesse social.

Portanto, diferentemente da classificação tradicional, fundada no paradigma voluntarista, monolítico e abstrato do contrato, a classificação contemporânea tem um perfil fragmentário, à vista da imensa gama de relações jurídicas insertas na sociedade moderna, plural, complexa e massificada.

Hodiernamente, a classificação contratual tem um escopo funcional, em consonância com os princípios estruturantes inerentes à legalidade civil constitucional (igualdade material, solidariedade e dignidade da pessoa humana), uma vez que a nova concepção do contrato tem um desiderato social, não importando apenas a manifestação da vontade, mas também os seus efeitos na sociedade em geral, inclusive na perspectiva da própria condição social e econômica

158 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 19.
159 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 19.

dos contratantes.[160]

Na sociedade de massas – hipercomplexa, consumista, globalizada e virtual – o paradigma da confiança deve permear o contrato, diante do enorme contingente de contratantes vulneráveis, cujas legítimas expectativas devem ser acauteladas, em respeito ao princípio da confiança, um consectário da boa-fé objetiva.

O ideal a perseguir é o contrato constitucionalizado, que seja materializado e efetivado mediante a simbiose entre os interesses da livre iniciativa e a incidência dos direitos fundamentais na órbita privada, na esteira da chamada aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.[161]

Impõe-se, modernamente, uma renovada mentalidade civil constitucional, voltada para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação entre particulares,[162] com a observância, por exemplo, de que o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) pode ser relativizado, uma vez que o contrato deve ser compreendido como um processo dinâmico, complexo, de cooperação e confiança, também voltado para a materialização do programa constitucional.

Conforme já exarado na subseção 4.1, no mundo atual há três contratos bem distintos – civilístico, empresarial e de consumo – cuja natureza jurídica implica na adoção de um direito civil geral ou comum (contrato civil) ou de dois direitos especiais (o direito empresarial e o direito do consumidor), todos eles, contudo, operacionalizados pela teoria do 'diálogo das fontes'.

Uma vez identificada a natureza jurídica do contrato, a moderna classificação aponta a existência de outras espécies contratuais, largamente entrelaçadas entre si, à vista da superação da dicotomia direito público/direito privado, além da múltipla e variada gama de relações jurídicas insertas na sociedade contemporânea.

Ressalte-se, pois, que a moderna classificação do contrato não elide a classificação tradicional, própria do século XX, pois dela adveio, por exemplo, a importante distinção entre contrato de adesão e contrato paritário.

---

160 MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato: e**studos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

161 BARROSO, Luís Roberto**. Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 371.

162 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil-constitucional**.** Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 14.

Em princípio, são essas as novas espécies de contrato.

4.4.1 Cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos

Trata-se de uma espécie de contrato de adesão, ofertado de forma geral e abstrata, a partir de uma lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos.

As condições gerais do contrato espelham uma das características do dirigismo contratual, próprio do Estado social, notadamente o dirigismo privado, sendo conceituada como todas as condições comuns aplicáveis a uma pluralidade de contratos, que uma parte submete à outra, no momento da conclusão do ato jurídico. Na dicção de Paulo Luiz Neto Lôbo, "são verdadeiros regulamentos que se impõem a todos os que necessitam realizar o negócio, afastada a discussão de seu conteúdo."[163]

Atualmente, no contexto de uma sociedade de massas de uma economia globalizada, essa espécie contratual é deveras útil, racional e prática, a fim de evitar a dispersão de cláusulas, mediante a pré-formulação de uma lista de cláusulas gerais de alcance geral e abstrato que integrarão os futuros contratos, ficando em aberto a adesão de tantos quantos queiram contratar.

O uso das condições gerais do contrato é recorrente em contratos realizados por organizações empresariais de grande porte e de clientela difusa, especialmente por instituições financeiras, companhias de seguro, transportadoras aéreas, marítimas e terrestres.

Em verdade, à vista da massificação da produção, típica da sociedade pós-industrial, surge o fenômeno da contratação estandardizada, com a comercialização em grande escala e distribuição dispersa existente (conglomerados, redes comerciais, concessionárias etc.), dando ensejo a criação das cláusulas contratuais gerais "para simplificar o mecanismo contratual, facilitando a contratação e o consumo em massa."[164]

Não há dúvida de que a desconcentração de cláusulas é prejudicial a qualquer padrão negocial em razão da fragmentação, sendo imperioso e conveniente uma técnica de racionalização e estandardização, posto que, em essência, as cláusulas contratuais gerais significam "uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos."[165]

As cláusulas contratuais gerais detêm as seguintes características: *i*) são cláusulas de um

163 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais.** São Paulo: Saraiva, 1986, p.80.
164 GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19.
165 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 62.

contrato, independentemente do tipo contratual e de onde se localizem, como, por exemplo, se afixados, se em *posters,* recibos, nos caixas eletrônicos, nas portas de paredes; *ii*) são cláusulas pré-elaboradas, redigidas previamente para um número múltiplo e indeterminado de contratos e não pré-formuladas para um único contrato; *iii*) são cláusulas pré-elaboradas rígida e unilateralmente por um dos contratantes ou mesmo por terceiros e são ofertadas à aceitação do outro, isto é, a um número multiplicado de contratos.[166]

Os atributos básicos das cláusulas gerais contratuais são a generalidade e a abstração, sendo esse padrão negocial, em regra, o adotado na sociedade de massas, valendo-se observar, contudo, que elas só ganham força obrigatória quando inseridas – *in abstracto* – pelo fornecedor, nos contratos de massa, independente da sua aceitação ou sua recusa em bloco pelo aderente, o que significa dizer que elas são existentes, válidas e eficazes somente a partir da inserção em um contato de adesão.

E dentre seus caracteres básicos, destaca-se a natureza heterônoma de suas normas ou disposições, o que implica dizer, por conseguinte, que a interpretação far-se-á em favor da parte que não participou da elaboração das referidas condições gerais (*interpretatio contra stipulatorem*).

Impende ainda lembrar que, a despeito da sua enorme importância na contemporaneidade, as cláusulas contratuais gerais são submetidas a rigoroso controle, a fim de evitar abusos, desbordando para – cláusulas abusivas – pois estas "reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio",[167] o que resulta num triplo controle, viabilizado pelo controle legislativo (controle formal ou material), pelo controle judicial (arts. 423 e 424, CC e arts. 47 e 51, § 4º, CDC) e pelo controle administrativo (Ministério Público, Defensoria Pública, Procons, Ouvidorias), com o intuito de alcançar-se a tão almejada justiça substancial/contratual.[168]

Anote-se, ainda, que o contrato de adesão difere das cláusulas contratuais gerais, pois estas, uma vez inseridas em um contrato de massa (contrato de adesão), passam a existir juridicamente, mas de forma abstrata e estática, uma vez que somente se tornam um contrato de adesão se e quando forem aceitas pelo aderente. O contrato de adesão é, pois, a concretização da cláusula contratual geral.[169]

---

166 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 63.
167 NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3.
168 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 194-202.
169 GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.24.

Enfatize-se, ainda, que as cláusulas gerais contratuais e o contrato de adesão são tidos como dois aspectos de um mesmo fenômeno, sendo que o contrato de adesão traduz a efetivação, no mundo jurídico, das cláusulas gerais contratuais.[170]

Basicamente, são figuras autônomas, mas interdependentes, haja vista que daquelas advirão necessariamente futuros e múltiplos contratos de adesão, mas a recíproca não é verdadeira – uma vez que o contrato de adesão, apesar de servir de instrumento concretizador das cláusulas contratuais gerais, nem todo ele é fruto delas, posto que nem sempre se acha padronizado ou estandardizado.

4.4.2 Contrato relacional

Inserido no contexto da sociedade pós-moderna, caracterizada por ser uma sociedade de serviços, massificada e consumista, adveio a teoria dos contratos relacionais formulada pelo professor norte-americano Ian R. Macneil, sustentando que os contratos relacionais são todas aquelas relações contínuas e duradouras, nas quais os termos e condições de prestações e contraprestações são cada vez mais abertos, mas com objetos, no mais das vezes, indeterminados ou determináveis e que permitem a renegociação e o replanejamento permanente.[171]

No contexto da sociedade pós-industrial, movida pelo capitalismo desenfreado e de resto injusto, o contrato relacional guarnece características próprias, como, por exemplo, a flexibilidade, a abertura, a incompletude, o planejamento e o prolongamento temporal a que está sujeito, além do que é facultado a possibilidade permanente de renegociação.

Nesta espécie contratual, as legítimas expectativas dos contratantes devem ser preservadas desde sempre, a partir da fase pré-contratual, de sorte que as cláusulas contratuais que preveem a renegociação são fundamentais e ínsitas à avença, até a fase pós-contratual, em respeito à boa-fé objetiva.

O contrato relacional, também denominado de contrato de lucro/empresarial, distingue-se do contrato descontínuo (pontual) e é um contrato por excelência de adesão, celebrado entre empresários ou entre um empresário e uma pessoa natural, sendo o mundo empresarial o seu *habitat* natural. Trata-se de um contrato de execução sucessiva ou continuada, em que a

170 NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.
171 GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 6.

premência do princípio do *pact sunt servanda* deve ser observado com prioridade, não obstante a incidência da boa-fé objetiva seja igualmente importante e de intensa aplicação.

Grosso modo, o contrato relacional é um contrato empresarial essencial, cujo paradigma da essencialidade do seu objeto é um traço marcante e que se protrai ao longo do tempo, sendo que, a despeito da rigorosa observância do *pacta sunt servanda*, também a incidência da boa-fé objetiva é algo recorrente como forma de viabilizar a sua justa execução.

Aponta-se, na doutrina, como exemplos de contratos relacionais os contratos bancários, os previdenciários, os de cessão de espaço nos *shopping centers*, os de franquia, de agência, de distribuição, de locação comercial, de fornecimento, de transporte, de *engineering,* de consórcio interempresarial, dentre outros – caracterizando-se, todos eles, pela adoção de cláusulas abertas e flexíveis, com conteúdo incompleto, além de um planejamento contratual a prolongar-se no tempo, sujeitando-se, ainda, à permanente renegociação (revisão).

4.4.3 Contrato cativo de longa duração

Na sociedade pós-industrial, a complexidade das relações de consumo é algo induvidoso, impondo-se a adoção de uma nova teoria contratual, fundada agora não na vontade livre e, sim, na vontade cativa, inserida no contexto de um contrato dinâmico e cooperado.

A sociedade hodierna é precipuamente uma sociedade de serviços, que não consome apenas produtos industriais, mas, também, serviços ligados a valores sociais fundamentais, como, por exemplo, pertinentes à moradia, à saúde e à educação, dentre outros.

A denominação contrato cativo de longa duração é de autoria da Professora Claudia Lima Marques, que o define como sendo uma série de novas relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa, via contratos de adesão ou condições gerais dos contratos, para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados de um lado e, de outro lado, os clientes consumidores, em posição de dependência ou catividade.[172]

Dito contrato é ofertado ao público mediante massiva publicidade, com método agressivo de *marketing*, em que o fornecedor assegura ou promete assegurar ao consumidor e a sua família serviços que lhe confiram *status*, segurança, crédito renovado, moradia assegurada, saúde no futuro, formação universitária certa e qualificada, dentre outros.

Ad exemplum, basta citar os contratos bancários, os de seguro-saúde e de assistência

172 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.73.

médico-hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, os de transmissão de informação e lazer a cabo, telefone, televisão, computador, assim como os serviços públicos de fornecimento de água, energia e telefone por entes públicos ou privados.

A principal característica do contrato cativo de longa duração é a posição de dependência ou catividade do aderente, além da essencialidade do objeto contratado no contexto do mundo contemporâneo,[173] sendo compreendido como um contrato pós-moderno, também denominado como contrato relacional ou contrato conexo, à vista da forte similitude entre eles.

Os contratos de longa duração envolvem fazeres, normalmente serviços privados ou públicos prestados de forma contínua, cativa e massificada, organizados por um grupo de fornecedores privados ou autorizados pelo Estado, geralmente implementados mediante uma cadeia invisível (um *pool* ou *mix)* de fornecedores diretos ou indiretos, a saber – hotéis, transportadoras e agentes de turismo, nos contratos de viagem ou de pacote turístico; médicos e hospitais, nos contratos de plano de saúde; instituições bancárias, nos contratos de cartão de crédito; fabricantes de automóveis ou de eletrodomésticos, nos contratos com as administradoras de consórcios, afora outros.

Ademais, o contrato cativo de longa duração se protrai no tempo (contrato de trato sucessivo), com a oferta de serviços contínuos, de fazer ou não fazer, de informar e não prejudicar, fundado na confiança, geralmente prestado por fornecedor indireto e que tem por objeto um evento futuro, certo ou incerto, que é a transferência de riscos referentes à futura necessidade, pela busca de uma posterior prestação, de um *status* ou de determinada qualidade nos serviços, tornando o consumidor um cativo-cliente do fornecedor.

A longa duração desta espécie contratual é indiscutível, que pode durar toda a vida do consumidor, bastando lembrar, a título de exemplo, os contratos que envolvem plano de saúde, previdência privada, seguro, crédito bancário, educação – cujo objeto se renova com frequência ou dura toda uma vida, mantendo o consumidor em permanente catividade/dependência/escravidão, diante da essencialidade do serviço.

Observe-se, ainda, de relação a eventual desequilíbrio contratual, normalmente ocorrente por causa do delongamento no tempo, que há necessidade de permanente revisão contratual, com base na *cláusula rebus sic stantibus*, a mitigar o princípio do *pacta sunt*

173 SILVEIRA, Marco Antonio Karam-. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 482-503.

servanda, haja vista que o contrato cativo de longa duração detém um equilíbrio dinâmico, com informações intensas ao longo do tempo, a exigir adaptação e atualização constantes.

4.4.4 Contratos conexos ou redes contratuais

Enquanto à luz da dogmática contratual tradicional, marcadamente voluntarista, a contratação tem perfil individualista, na sociedade pós-moderna surge a necessidade de maior rapidez na contratação, com a facilitação da vida do consumidor e o maior incremento do lucro.

Neste contexto, nasce a chamada rede de contratos, formada por vínculos contratuais típicos e atípicos, conexos entre si, visando baixar os custos, aumentar a eficiência ou as vendas, de sorte que cada contrato contribui para a efetivação do desiderato comum, que é a operação econômica unificada.

O tema das redes contratuais é o das mais difíceis na teoria do direito contratual contemporânea, por envolver a quase totalidade das categorias dogmáticas próprias desse ramo do saber jurídico, razão pela qual, por ser complexo, deve ser compreendido "como um *tipo contratual geral* que comporta a presença de estruturas obrigacionais distintas, funcionalizadas e organizadas a ser uma única veste jurídica de operação econômica."[174]

O contrato conexo representa uma nova perspectiva do direito contratual, sendo uma técnica contratual em franca expansão.

Dá-se o contrato conexo "quando, para a realização de um negócio jurídico, se celebra uma pluralidade de contratos, vinculados entre si, entre as mesmas partes ou partes diferentes, através de uma finalidade econômica supracontratual."[175]

Nesta modalidade contratual persiste um notório interesse sistemático, no sentido de que todos os integrantes da rede contratual têm a obrigação de colaborar para o funcionamento do sistema, objetivando não só a eficiência, mas também a eficácia.

Em verdade, a rede contratual não é um 'ente' jurídico, pois não pode ser considerado uma única empresa, mas se trata da união de contratos ou, no máximo, um 'grupo econômico contratual', sendo que, segundo magistério de Paula A. Forgioni, "a concepção de *rede* está associada a um *conjunto de contratos* unidos por um escopo comum; o todo é divisível, visto

174 PENTEADO, Luciano de Camargo. Redes contratuais e contratos coligados. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual –** temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 463-492.

175 ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1019-1051, v.3.

ser possível destacar uma avença da outra, com execuções independentes. Muito embora existam redes sem a presença de líder, o modelo mais encontrado possui um eixo central."[176]

A noção de rede contratual significa a coligação de contratos de forte dependência destinada a organizar uma operação econômica unitária, isto é, representa a "união de contratos de causas distintas para formar uma causa contratual da rede",[177]valendo-se lembrar, a título de exemplo comum, os contratos de plano de saúde, em que há diversos contratos em rede, mas que, unidos, compõem uma relação intraeficacial quase-societária, posto que há uma prestação de serviços entre paciente e clínica, outra entre paciente e operadora e a terceira entre operadora e a clínica.

Na rede contratual cada membro atua em benefício próprio, mas cria, automaticamente, um benefício para toda a rede, uma vez que seu negócio é conexo aos dos demais sujeitos, que podem ser equiparados aos donos do negócio, servindo o art. 875, CC, que trata da gestão de negócios, como uma referência legal para tal compreensão.

No Brasil, não obstante ainda pouco estudado pela doutrina, o conceito do contrato conexo é bastante abrangente e impreciso, o que permite tão apenas ser descrito, mas não definido, havendo, contudo, dois aspectos pacíficos acerca dele: a pluralidade de negócios jurídicos e a unidade de operação econômica.[178]

No mundo dos fatos, há uma profusão de contratos em rede/conexos, posto que, na prática, oferta-se rotineiramente ao público consumidor, sob a forma de 'pacote', um conjunto de serviços ou a prestação de serviços conjugada com fornecimento de mercadorias, como, por exemplo, contrato de compra e venda junto a um contrato de financiamento; contrato de abertura de conta corrente junto a contrato de limite de cheque especial; contrato de cartão de crédito junto a contrato de seguros, dentre outros, e que, no mais das vezes, a despeito de reunirem um conjunto de empresas, todas agem para alcançar um fim comum, por se tratar de uma única operação econômica.[179]

Outro ponto a destacar diz respeito à responsabilização solidária de todos os donos do negócio integrantes da rede contratual, diante da forte dependência entre os sujeitos contratuais,

176 FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 69-70.
177 PENTEADO, Luciano de Camargo. Redes contratuais e contratos coligados. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual –** temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 463-492.
178 KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: g**rupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006, p. 275.
179 RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais**.** *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 429-454.

que devem cooperar com o todo, por causa da – pluralidade, conexão e causa final unitária – de sorte que descumprir um contrato em rede implica dano de maior gravidade que o descumprimento de um contrato tradicional, por força do princípio da solidariedade (arts. 7º § único, 25 § 1º, CDC c/c arts. 264 e 942 § único, CC).

Importante registrar, ainda, que a conexidade contratual – contrato conexo/rede contratual – tem efeitos que lhe são próprios, haja vista que a vicissitude ocorrente em algum tipo contratual necessariamente contamina toda a cadeia de contratos conexos ou contratos em rede (contagiação de invalidades), razão por que a regra do art. 184 do Código Civil comporta interpretação extensiva, não se restringindo apenas às obrigações principal e acessória.

A propagação da invalidade de um dos contratos é uma assertiva inconteste, por conta da unidade de função que se verifica na rede contratual, haja vista que mesmo que o outro negócio não padeça da mesma adversidade do negócio inválido, a ineficácia dos contratos conexos se impõe, sendo meridiana a contaminação do contrato válido, por força do aforismo latino *simul stabunt, simul cadente.*[180]

Na seara privada, as redes contratuais não devem apenas proteger as legítimas expectativas dos contratantes integrantes da rede (os sujeitos/gestores), mas também daqueles que interagem na rede, sobretudo os destinatários finais desta relação, presumivelmente vulneráveis ante a organização empresarial que os precede, o que justifica, primacialmente, a incidência da responsabilização solidária de todos os gestores/sujeitos da rede.

Em termos práticos, basta lembrar, por exemplo, que no mercado habitacional há a necessidade de proteger os consumidores ofendidos por contratos dos quais não participaram, no sentido da ineficácia de cláusula que outorga poderes para a incorporadora hipotecar imóvel vendido ao consumidor. Neste diapasão, vale a citação do *leading case* julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que gerou a Súmula 308 do STJ: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

4.4.5 Contrato eletrônico

Na sociedade tecnológica do século XXI, despiciendo dizer que há um domínio crescente da contratação eletrônica, movida pelo desmesurado lucro capitalista, veiculada por

180 KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos:** grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006, p. 220-222.

uma voraz e persistente estratégia de *marketing*/publicidade que tende a ofertar bens e serviços em detrimento dos postulados do Estado Democrático de Direito – a solidariedade, a igualdade, a justiça.

No Brasil, a contratação eletrônica é o exemplo cabal do vertiginoso crescimento da *internet*. O comércio eletrônico (*e-commerce*) é uma realidade inconteste, necessária e eficaz no mundo globalizado, que se traduz mediante a contratação virtual massificada, havendo notória migração das sociedades empresárias tradicionais para o mundo virtual, o que faz revelar a maleabilidade ou flexibilidade do mundo capitalista, muito bem atestada, por exemplo, pelo grande crescimento da contratação eletrônica nesses tempos de pandemia derivada do corona vírus (Covid-19).

Em doutrina, diz-se que o contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas e que dispensa assinatura ou exige assinatura codificada ou senha, apresentando, ainda, as seguintes características: a oferta é feita por uma rede internacional de telecomunicações; a oferta se faz de modo audiovisual; há interatividade entre profissional e cliente.[181]

Ocorre que, com frequência, essa oferta descomedida dos bens e serviços no espaço virtual ou ciberespaço traz riscos ao contratante vulnerável (consumidor), no mais das vezes um excluído digital, isto é, um analfabeto cibernético ou informacional, "discriminado da sociedade de consumo e apartado das possibilidades infinitas de acesso às informações proporcionadas pela rede",[182]e que, até mesmo em caso de contratação, vê-se sujeito a práticas ou cláusulas abusivas contrárias às suas legítimas expectativas.

Afora os já conhecidos tipos de vulnerabilidade (técnica, fática e jurídica), no mundo moderno surge um novo tipo – a vulnerabilidade informacional – diante do grande *deficit* de informação do consumidor no que se refere ao mundo digital (o comércio eletrônico em si), gerando uma hipervulnerabilidade, pois é na informação que está o poder, sendo a vulnerabilidade informativa "o maior fator de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* dos fornecedores, os quais, mais do que *experts,* são os únicos verdadeiramente detentores da informação."[183]

Cumpre anotar que a contratação eletrônica não existe por si só, isto é, apenas para

181 GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 275-282, v.4.
182 AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos:** A boa-fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.
183 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 326.

alavancar o lucro pelo lucro, mas, por certo, deve obedecer aos postulados jurídicos protetivos de um novo tipo de consumidor, o vulnerável informacional, e que, no Brasil, representa uma parcela considerável da população, não só pela deficiência do sistema educacional em geral, mas também inexistência ou deficiência da própria *internet* em algumas regiões do país.

A contratação eletrônica ocorre – em regra – a distância ou entre ausentes (art. 434, CC), salvo se as partes estiveram conectadas simultaneamente ou *on-line*, sendo, nesta hipótese, uma contratação instantânea ou entre presentes (art. 428, I, CC), valendo-se destacar que o comércio eletrônico revela a chamada desumanização do contrato, isto é, sem a presença física e simultânea dos contratantes.

As tradicionais noções de territorialidade e temporalidade são afastadas no ambiente contratual virtual, mas que, a despeito disso, a contratação eletrônica é válida (manifestação de vontade), com base no art. 188 do Código de Processo Civil c/c art. 107 do Código Civil, que preveem, como regra, o princípio da liberdade de forma.[184]

No contexto de uma sociedade digital, o comércio eletrônico dá-se mediante contratação massificada, plúrima e complexa, na qual o fornecedor e o consumidor se acham representados por máquinas ou computadores, que se apresentam sem 'rosto', sem sede e sem tempo, naquilo que se denomina de 'despersonalização do contrato'.

Além disso, também se caracteriza pela 'desmaterialização do contrato', diante dos bens imateriais que veicula (filmes, músicas, jogos, o *e-shop*, que pode ser um carrinho na loja virtual) e, por último, também se caracteriza pela ausência de espação físico, o chamado ciberespaço, que é definido como um espaço anônimo (um não lugar), às vezes de perfil transnacional – a chamada 'desterritorialização do contrato'.

De qualquer sorte, a despeito da sua enorme importância na contemporaneidade, em razão da velocidade, praticidade, comodidade e eficiência na contratação, o comércio eletrônico guarnece permanente risco em desfavor do consumidor, o vulnerável digital ou hipervulnerável, assistindo a este, em caso de lesão às suas legítimas expectativas, valer-se do direito de arrependimento (art. 49, CDC), da Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que prevê a possibilidade de extraterritorialidade nas negociações internacionais, afora a proteção da sua própria privacidade (art. 21, CC), em sede de direito da personalidade.

Assim, impõe-se que a tecnologia deva estar a serviço do Direito e não o inverso, haja

184 BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. O novo código e o direito eletrônico. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 205-218.

vista que o comércio eletrônico deve fundar-se no paradigma da confiança (tutela da confiança), que é um postulado-mor da boa-fé objetiva – o mandamento de lealdade.

4.4.6 Contrato empresarial e contrato existencial

Ainda que reconheça a serventia da classificação clássica dos contratos dominante no século XX, mormente a distinção entre contrato paritário e de adesão, sugere Antonio Junqueira de Azevedo a adoção de uma nova dicotomia contratual para o século XXI, com a distinção entre contrato empresarial e contrato existencial.[185]

Para tanto, argumenta o referido jurista pela necessidade de apartar as duas categorias contratuais, haja vista que, na contemporaneidade, duas correntes se digladiam fortemente, ambas sob o pálio da segurança jurídica, sendo uma afeta aos anseios do mundo empresarial e a outra voltada à proteção das pessoas físicas economicamente desafortunadas.[186]

À luz da dicotomia proposta, entende-se por contrato empresarial aquele celebrado entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário que, contudo, naquele contrato visa obter lucro, ressaltando-se que no contrato empresarial "ambas [ou todas] as partes têm no lucro o escopo de sua atividade."[187] Já o contrato existencial é aquele firmado entre pessoas não empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não empresária, desde que não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato a terceiros.[188]

Na doutrina, o contrato empresarial também aparece como sinônimo de contrato de lucro ou profissional e que, considerando que a figura do 'contratante não empresário' pode integrar ambas as categorias, quer dizer, nos dois tipos contratuais poderá haver contratação entre empresário e não empresário, entende-se que o critério mais claro para a distinção entre eles seja a intenção ou não de lucro das partes do contrato, assim resumida: nos contratos empresariais todas as partes teriam a intenção de lucro e, nos contratos existenciais, apenas uma das partes não teria intenção de lucro.[189]

---

185 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 600-601.
186 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.
187 FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 33.
188 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.
189 EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 125.

Como contrato empresarial, exemplifica-se todos os contratos que tenham por fim precípuo a obtenção do lucro, isto é, os contratos de franquia, de agência, de distribuição, de locação comercial, de consórcio interempresarial, de *engineering*, de compra de matéria-prima, de fornecimento, de transporte, contratos bancários, dentre outros.

Já o contrato existencial exemplifica-se como todo contrato de consumo em que o consumidor é o destinatário final ou não vise a obtenção de lucro, à luz da Teoria Finalista, além do contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária, dentre outros, figurando como seu objeto característico bens ou serviços essenciais e destinados à subsistência da pessoa humana, isto é, que integram o patrimônio mínimo existencial do ser humano (alimentação, moradia, educação, saúde, dentre outros).[190]

Por imperioso, frise-se que a distinção dicotômica tem efeitos jurídicos práticos e bem distintos, haja vista que no contrato empresarial a interferência judicial deve ocorrer de forma mais branda, em respeito ao pactuado pelas partes (*pacta sunt servanda*), não sendo possível, por exemplo, a revisão judicial por onerosidade excessiva subjetiva, além do que a boa-fé objetiva deve ser aplicada com parcimônia. Já no contrato existencial, a interferência judicial deve ocorrer com maior intensidade, em homenagem aos princípios sociais do contrato (função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual), para fins de tutelar a dignidade da pessoa humana, cujo contratante não pode ser visto como um mero interesse 'descartável'.

Ainda sobre os efeitos jurídicos distintos, observe-se, por exemplo, que a boa-fé objetiva tem uma incidência graduável, podendo haver uma densidade maior ou menor da sua aplicação de acordo com o contexto contratual.

Nesse diapasão, diga-se que nos contratos empresariais pode haver uma maior dispositividade dos deveres anexos de conduta e, nos contratos existenciais, uma menor dispositividade ou, melhor explicando, nos contratos empresariais a incidência da boa-fé objetiva ocorre em menor gradação, em respeito ao *pacta sunt servanda*, havendo uma eficácia máxima da dispositividade dos deveres anexos da boa-fé objetiva, enquanto que nos contratos existenciais a incidência da boa-fé objetiva é de maior monta, havendo, neste caso, uma eficácia mínima da dispositividade desses deveres.[191]

Dessarte, em relação à incidência graduável da boa-fé objetiva, reforce-se que, nos

190 GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 111-112.
191 EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 122.

contratos empresariais, a mitigação dos deveres anexos de conduta decorre por causa de traços marcantes dos contratos empresariais, a saber, "risco empresarial, profissionalismo, dever de diligência, organização, concorrência e rivalidade",[192]razão por que "o dever de cooperação pode ser relativizado pelo ambiente concorrencial dos negócios empresariais e pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que cabe a cada empresa."[193]

Anote-se, também, ser possível a incidência de dano moral apenas no contrato existencial, mas não no contrato empresarial,[194] cabendo ressaltar que essa novel distinção é apontada como a verdadeira dicotomia contratual do século XXI, pois se trata de "sistematização tão funcional para o nosso século quanto foi no século passado a distinção entre os contratos paritários e os contratos de adesão."[195]

Também curial observar, à luz da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que para a solução do caso concreto entende-se que a primeira medida prática é a identificação da natureza jurídica do contrato em litígio – se empresarial ou existencial – posto que, a partir disso, advirão soluções jurídicas diversas.

Nos contratos empresariais a interferência estatal (judicial) deve ser mínima (art. 421, § único, CC), sendo permitida a sua revisão de maneira excepcional e limitada (art. 421-A, III, CC), além de ser possível a resolução (extinção) (art. 421-A, I, CC), desde que, em ambas as hipóteses, estejam em conformidade com as regras contratuais contratadas (*pacta sunt servanda*).

Assim, nos contratos empresariais, classificados como contratos paritários (art. 421-A, CC), a regra é a prevalência da irretratabilidade das convenções (*pacta sunt servanda*), de sorte que a intervenção judicial, em caso de desequilíbrio econômico do contrato, deve ocorrer com esteio na Teoria da Onerosidade Excessiva prevista no CDC (art. 6º, V), aplicável em sede de 'diálogo das fontes'. Malgrado isso, entende-se que a interferência judicial deve preferir a revisão à resolução, a fim de salvar o contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos contratos (Enunciado n. 22 da I Jornada de Direito Civil), pertinente à função social dos contratos, sob sua eficácia interna.

192 LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011, p. 191.
193 LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011, p. 155.
194 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 601.
195 FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 38.

Apesar de o direito positivo brasileiro não prever um princípio geral da revisão dos contratos,[196]impõe-se considerar que, diante da mais completa disrupção mundial decorrente da epidemia Covid-19, a partir de 11 de março de 2020, data na qual a Organização Mundial da Saúde (OMS) a reconheceu como uma pandemia, há um quadro geral de incerteza e instabilidade que cria perturbações às relações obrigacionais – o que faz exigir uma renegociação contratual em virtude de situações de *hardship*, que são aquelas situações de 'sofrimento' ou 'dificuldade' capazes de ensejar um estado de aflição ou infortúnio aos contratantes.[197]

Nesse cotejo, em tais situações, uma vez prevista a cláusula de *hardship,* que é própria do comércio internacional, e diante de circunstâncias que alterem o perfil contratual e atinjam a ambos os contratantes, nasce um dever de renegociar novas bases contratuais, devendo referida cláusula também ser aplicada, por analogia, aos contratos de direito interno, a fim de readequar o contrato em prol do seu justo equilíbrio.[198]

Na atualidade, argumenta-se que há um dever legal de renegociar os contratos, com base no princípio da boa-fé objetiva, agora também sufragado pela Lei de Liberdade Econômica, de sorte que, na hipótese de um desequilíbrio contratual superveniente que se afigure passível de correção, a intervenção judicial deve privilegiar a revisão à resolução, em atenção ao princípio da conservação, posto que preserva o interesse comum das partes, devendo a conservação, inclusive, alcançar os três planos do negócio jurídico (existência, validade e eficácia), a fim de manter o máximo possível o negócio entabulado.

Tal orientação, por sinal, já se acha sufragada no Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal: "Art. 478: em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual".

Melhor explicando, entende-se que, nos contratos existenciais, por 'interpretação inversa' ao novel princípio da intervenção mínima no contrato (art. 421, § único, CC), alterado pela Lei da Liberdade Econômica, que disciplinou os contratos empresariais – a interferência judicial deve ocorrer com maior intensidade, em respeito aos princípios sociais do contrato

196 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, p. 38.
197 MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação:** estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.25-81.
198 MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação:** estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.295-321.

(função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual), para fins de tutelar a dignidade da pessoa humana, cujo contratante é a parte vulnerável, na acepção técnica, fática, jurídica ou informacional.

Tal entendimento também se justifica uma vez que o contrato existencial é eminentemente de consumo, razão por que se impõe a aplicação 'genuína' da Teoria da Onerosidade Excessiva prevista no CDC (art. 6º, V), que adota a revisão como única hipótese possível, à luz do princípio da conservação do contrato, haja vista que o direito à revisão é uma prerrogativa de ambos (consumidor e fornecedor), desde quando a onerosidade excessiva seja superveniente à formação do contrato.

Em suma: em sede de contratos existenciais, a revisão contratual deve ser a única hipótese permitida, por interpretação contrária ao disposto no art. 421, §, único CC, uma vez que a intervenção mínima prevista na Lei da Liberdade Econômica, bem como a excepcionalidade da revisão contratual, somente é aplicável aos contratos empresariais, profissionais ou de lucro.

De qualquer sorte, na atualidade, enquanto persistir o estado de pandemia, o argumento dominante é no sentido de que, a despeito da inexistência de previsão legal, há um "dever legal de renegociar os contratos",[199]independentemente de sua natureza, se existencial ou empresarial, cabendo às partes, como medida pré-processual, o dever de buscarem a autocomposição, via conciliação e/ou mediação.[200]

4.4.7 Contrato sob paradigma da essencialidade

No contexto da sociedade pós-moderna, percebe-se que o advento dos novos princípios contratuais – boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico – não implica no afastamento dos princípios contratuais clássicos, haja vista que todos eles coexistem diante do cenário fragmentário do mundo contratual.

Modernamente, persiste o paradigma da diversidade, de sorte que o contrato moderno não está atrelado a um único paradigma – o voluntarista – diretamente ligado aos princípios contratuais clássicos (autonomia da vontade, supremacia da ordem pública, *pacta sunt servanda*, relatividade dos efeitos dos contratos), havendo outros paradigmas a serem cotejados,

199 MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação:** estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 317.
200 MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação:** estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 317.

à vista da hipercomplexidade da teoria contratual contemporânea.

Na perspectiva civil-constitucional é que surge um novel paradigma – o paradigma da essencialidade – segundo estudos da doutrinadora Teresa Negreiros, e que, em linhas gerais, busca fazer a conjugação da classificação dos bens e dos contratos, a partir da maior ou menor incidência dos princípios clássicos e contemporâneos.[201]

O processo de fragmentação da teoria contratual implica na criação de novas classes contratuais, que incorporam valores constitucionais, e que devem conviver com as classificações tradicionais (bilaterais e unilaterais; gratuitos e onerosos; comutativos e aleatórios; típicos e atípicos; consensuais e formais etc.), sendo estas de perfil eminentemente patrimonialista.

Na contratação hodierna, o interesse existencial tem umbilical liame com o paradigma da essencialidade – uma vez que os bens e serviços contratados são classificados à luz da sua utilidade existencial, isto é, em função da satisfação das necessidades da pessoa humana, sendo eles classificados de forma tripartite, ou seja, em bens essenciais, úteis e supérfluos.

Sem dúvida, a classificação contratual à luz do paradigma da essencialidade tem inspiração na classificação de bens adotada pela teoria geral do direito civil, sendo que nesta o elemento 'destinação' tem um enfoque patrimonial e naquela tem uma relevância existencial, valendo-se lembrar que, em sede de benfeitorias, estas também são classificadas pelo critério da utilidade patrimonial, em necessárias, úteis e voluptuárias.

Observe-se que a partir da classificação de bens já existentes no Código Civil (arts. 79 e segs.), cuja característica se refere à utilidade patrimonial, no contrato sob o paradigma da essencialidade a característica almejada é a utilidade existencial do bem contratado, se essencial, útil ou supérfluo, sendo que a função do bem ou serviço contratado deve ter especial relevância à dignidade da pessoa humana contratante.

O critério da utilidade existencial é o traço marcante do paradigma da essencialidade do contrato, bem diferente do critério de utilidade previsto no Código Civil a propósito das benfeitorias, uma vez que nestas preside o critério da utilidade meramente patrimonial.

A originalidade da obra da doutrinadora Teresa Negreiros é inconteste, além de largamente referenciada, uma vez que, no mundo hodierno, não ressoa compreensível e aceitável que a compra e venda de uma joia ou de um medicamento tenha o mesmo tratamento jurídico, à luz da classificação contratual tradicional, sendo absolutamente distinto o tratamento

201 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 491-506.

conforme o paradigma da essencialidade, uma vez que este leva em consideração a essencialidade do bem contratado, com base na principiologia contratual moderna.

Além disso, a classificação dos contratos em função da utilidade existencial do bem ou serviço contratado (paradigma da essencialidade) tem relevância na incidência maior ou menor dos princípios contratuais clássicos ou modernos, ou seja, em caso de um bem contratado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada e, em caso de um bem considerado supérfluo, a proteção da autonomia privada será maior e menor a tutela do direito fundamental contraposto.

O paradigma da essencialidade não desconsidera a autonomia privada, e que, a despeito de não ser uma classificação contratual inteiramente nova, posto que a argumentação já se acha difundida, serve como parâmetro para a conciliação da liberdade e a da solidariedade em prol de um contrato constitucionalizado.

Ademais, pertinente é a observação de que o contrato incidente sobre um bem essencial deve sujeitar-se mais acentuadamente a um regime intervencionista (a moderna principiologia contratual), enquanto o contrato incidente sobre bem supérfluo deve estar sujeito a uma maior liberdade e autonomia (os princípios contratuais clássicos).[202]

Também digno de nota é a forte aproximação conceitual entre o contrato sob o paradigma da essencialidade e o contrato existencial (subseção 4.4.6), o que bem evidencia os diversos matizes da teoria contratual contemporânea, a merecer do intérprete a adequada aplicação da metodologia civil-constitucional, a partir de cláusulas gerais, como, por exemplo, a boa-fé objetiva, que guarnece uma axiologia constitucional induvidosa e de perfil expansionista.

Por fim, resta patente que o contrato sob o paradigma da essencialidade tem vinculação estrita com o direito ao mínimo existencial, derivado da dogmática germânica, e que, no Brasil, foi pela primeira vez anunciado por Pontes de Miranda, em 1933, como um direito público subjetivo à subsistência (alimentação, vestes, habitação), que compreendia o que chamou de "mínimo vital."[203]

---

202 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 503.

203 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direitos à subsistência e direito ao trabalho**. Rio de Janeiro: Alba Limitada,1933.

CAPÍTULO 5: VOCAÇÃO EXPANSIONISTA DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO PRIVADO

A obrigação como processo ou como sistema de totalidade é uma concepção premente na modernidade, haja vista que se trata de uma relação jurídica complexa, dinâmica, plural, cooperativa e solidária.

O princípio da boa-fé objetiva, também denominado de mandamento de lealdade, de honestidade, de conduta, deve ser compreendido como uma série de atividades exigidas de ambos os contraentes para a consecução do fim colimado, de modo que o cumprimento da obrigação ocorra de modo mais satisfatório para o credor e menos oneroso para o devedor.

Para tanto, exige-se um comportamento honesto, leal e correto das partes, ou melhor, uma postura proativa, pois se trata de um 'contato social qualificado', que não deve se limitar a uma mera abstenção, própria das obrigações negativas, quer dizer, não basta que o contratante se abstenha de praticar atos que reduzam as possibilidades da outra parte de obter o máximo de proveito da prestação; ao contrário, a boa-fé objetiva exige que cada um dos contratantes faça tudo que esteja a seu alcance para assegurar à contraparte o resultado útil almejado, independente de as condutas estarem previstas no contrato.[204]

Nesse desiderato, credor e devedor não ocupam mais posições estáticas e antagônicas, tão apenas jungidos aos deveres principais (prestações principais) emanados da vontade contratual, mas, também, estão compelidos ao cumprimento dos 'deveres de consideração' inerentes à boa-fé objetiva, que é uma norma de ordem pública.

Ademais, observe-se que a boa-fé objetiva, não obstante gestada no direito das obrigações, também tem incidência para outros ramos do direito privado, bem como para o direito público, à vista da jurisprudência já produzida no país, cuja vocação expansionista acha-se sufragada no Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, relativo à sua função corretora: "A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito".

5.1. Boa-fé objetiva e o direito de família

204 EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 91.

De todos os ramos do direito, o direito de família é o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Tem conteúdo eminentemente existencial (não patrimonial), não obstante preveja interesses patrimoniais, como é o caso, por exemplo, das obrigações decorrentes de alimentos (art. 1.694, CC), ou, ainda, com a conotação dos direitos reais, como no caso do usufruto dos bens de filhos menores (art. 1.689, CC).

Expresso no Livro IV do Código Civil de 2002 (arts. 1.511 a 1.783), o direito de família regula relações pessoais, patrimoniais e assistenciais, com o predomínio de normas imperativas ou cogentes, que são inderrogáveis pela vontade dos particulares, uma vez que os indivíduos não podem, por exemplo, modificar os deveres conjugais, sujeitar a termo ou condição o reconhecimento do filho ou alterar o conteúdo do poder familiar.

Considerada a sua importância no organismo social, justifica-se a prevalência de normas de ordem pública, o que revela a intervenção do Estado no campo do direito de família, visando conceder-lhe maior proteção e propiciar melhores condições de vida às futuras gerações. Nesse campo, pois, o interesse do Estado tem prioridade sobre o interesse individual.

Ocorre que, a despeito do predomínio de normas cogentes, a praxe judicial revela um direito de família permeado de subjetivismos, à vista da extrema subjetividade interpretativa dos julgados, na medida em que as mesmas regras aplicadas em casos similares resultam em julgamentos díspares, gerando grave insegurança jurídica.

A análise de tais julgados caracteriza a ‘cultura do decisionismo’ e evidencia uma falta ou uma incorreta argumentação judicial, no mais das vezes despida de normatividade jurídica, haja vista que tão apenas fundada em alegado bom senso, razões morais, políticas ou em convicções pessoais do julgador, uma vez que julga apenas conforme a sua consciência.

Assim, nesse contexto de crescente decisionismo judicial, as normas de direito de família, predominantemente públicas, perdem o poder imperativo, no âmbito do chamado ‘panprincipiologismo’, diante da aplicação banalizada e arbitrária dos princípios constitucionais, ao ponto de ensejar a criação de princípios não normativos, de claro perfil ideológico ou moral, como é o caso dos chamados princípios da afetividade, da felicidade, da fraternidade ou da superafetação da dignidade da pessoa humana, dentre outros, muitos dos quais travestidos sob as vestes da retórica do ‘politicamente correto’.[205]

205 CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. A vulgarização na utilização dos princípios e a subjetivação do direito civil: um recorte sobre a aplicação do princípio da boa-fé no direito de família. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 175-193.

No caso específico da boa-fé objetiva, nada obstante tenha majoritária aplicação nas relações obrigacionais, a sua vocação expansionista também atinge às relações existenciais (não patrimoniais), como é o caso do direito de família, consoante as situações a seguir demonstradas, todas vinculadas às premissas do direito civil constitucional.

A seguir, colaciona-se algumas situações da boa-fé objetiva em sede de direito de família.

5.1.1 A dívida alimentar e o adimplemento substancial

A regulação do direito de família guarnece normas de direito pessoal, conforme cláusula geral da 'comunhão plena de vida' (art. 1.511, CC), e de direito patrimonial, consoante o princípio da liberdade de decisão patrimonial (art. 1.639, CC).

As normas referentes ao direito pessoal de família têm cunho prevalentemente existencial, isto é, não patrimonial, pois se cingem a projetos de vida e são de natureza publicista. Diferentemente, as normas de direito patrimonial de família têm conteúdo econômico, como é o caso, por exemplo, das regras atinentes ao regime de bens do casamento, ao usufruto e à administração de bens de filhos menores, ao bem de família e, principalmente, às regras relativas à prestação alimentícia.

A despeito disso, segundo parcela da doutrina, o dever de prestar alimentos, apesar de encartado no Código Civil no âmbito do direito patrimonial de família, ele também tem uma conotação de direito pessoal, uma vez que visa à sobrevivência da pessoa, o que evidencia o seu caráter existencial.

Registre-se, assim, em sede preambular, que o dever de prestar alimentos (obrigação alimentícia) tem a um só tempo um caráter existencial e um caráter patrimonial, por se constituir em um direito de crédito, que corresponde a um dever jurídico.

Em sede de direito de família, a obrigação alimentar acha-se inserida no âmbito do direito patrimonial (arts. 1.694 a 1.710, CC), sendo classificada como uma obrigação legal ou *ex vi legis*, fundada na solidariedade humana, uma vez que os alimentos são prestações para satisfação de necessidades vitais de quem não possa provê-las por si só.

O conteúdo da obrigação alimentar tem abrangência ampla, pois alcança não só o necessário ao sustento, mas também à manutenção da condição social e moral do alimentando (vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação).

O adimplemento da obrigação alimentar atende não apenas ao interesse individual, mas também ao interesse do próprio Estado, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número

de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser amparadas pelo poder público.

Em razão do manifesto interesse público, o inadimplemento da dívida alimentar dá ensejo à prisão civil, que é uma exceção ao princípio de que não há prisão por dívidas (art. 5º, LXVII, CF), restando patente que o decreto prisional somente se justifica se o inadimplemento foi voluntário ou inescusável, o que importa dizer que a prisão somente se legitima quando o alimentante, embora solvente, frustre ou procure frustrar a prestação. Assim, caso o inadimplemento seja escusável ou involuntário, a prisão não pode ser decretada, ficando a cargo do devedor/alimentante o ônus de prova das circunstâncias excludentes (art. 528, §, 2º, CPC).

A prisão civil por alimentos não tem caráter de pena, constituindo tão só um meio de coerção, destinado a forçar o devedor a cumprir a obrigação alimentar, de sorte que, uma vez paga a dívida alimentar, impõe-se a imediata soltura do devedor (art. 528, § 6º, CPC).

In casu, contudo, a discussão que se lança é se o inadimplemento mínimo de uma dívida alimentar dá ensejo à execução de alimentos, com a consequente prisão civil do devedor ou, se, nesta hipótese, seria o caso de aplicar-se o adimplemento substancial, que é uma figura parcelar da boa-fé objetiva?

E para melhor elucidar a questão posta, convém relembrar o instituto do adimplemento substancial, já delineado na subseção 3.3.8.

Como cediço, a teoria do adimplemento substancial tem origem no *common law*, com o nome de *substancial performance*, significando que o negócio jurídico deve ser preservado, mesmo quando o cumprimento seja parcial, mas desde que este seja muito próximo ao previsto no contrato.

Cuida-se de um instituto eminentemente contratual, que guarnece a seguinte compreensão: em caso de inadimplemento mínimo, impõe-se a manutenção do contrato, por razões de utilidade e em respeito à boa-fé objetiva, à vista da pouca relevância do incumprimento obrigacional, sendo que a aferição prática se o inadimplemento é mínimo ou não deve ser feita no caso concreto, caso a caso, para fins de examinar a utilidade ou não da prestação, nos moldes do art. 395, § único, do Código Civil.

Para sua consumação, impõe-se a ocorrência dos seguintes requisitos, a saber: *i*) a existência de prestações diferidas e sucessivas no tempo; *ii*) o cumprimento muito perto do resultado colimado no contrato; *iii*) a pouca gravidade desse cumprimento parcial em face da utilidade objetivada pelo contrato; e *iv*) a inexistência de vedação legal ao cumprimento parcial, ou atribua-lhe outras consequências.

Na jurisprudência pátria, não há um parâmetro numérico fixo acerca do número de parcelas que possam caracterizar o adimplemento substancial, cabendo o juiz, no caso concreto, aferir outros critérios, como, por exemplo, o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato, devendo ainda, na ponderação, examinar dois aspectos, isto é, se a prestação ainda é útil ou não para o credor e o eventual prejuízo para o devedor e para terceiros em caso de resolução do contrato.

Grosso modo, com o reconhecimento do adimplemento substancial, o contrato se mantém e a parte inadimplida e de menor monta fica sujeita a uma demanda própria e autônoma, em sede de ação de cobrança, monitória ou de indenização em favor do credor.

Ocorre que, presentemente, em sede jurisprudencial, o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, uma vez preso por dívida alimentar, a quitação parcial dela não implica na revogação da prisão civil, bem como que a sua inadimplência, mesmo que mínima, não impede o decreto de prisão em caso de execução alimentícia.

Contudo, a pesquisa diverge dessa posição.

A despeito de a teoria do adimplemento substancial ter aplicação ínsita ao direito contratual, cuja gênese é a vontade (paritária ou por adesão), também é possível ser adotada em sede de obrigação imposta pela lei (*ex vi legis*), como é o caso da obrigação alimentar, na medida em que protege o interesse privado, apesar de preponderante o interesse do Estado, valendo-se destacar, todavia, uma diferença crucial na sua incidência, uma vez que enquanto nas relações contratuais discute-se apenas o valor pecuniário, nas obrigações alimentares discute-se o crédito do alimentado/credor e a liberdade do devedor/alimentante.[206]

Portanto, e em resposta à questão lançada, sustenta-se que, em caso de o devedor de prestação alimentícia já ter cumprido substancialmente a obrigação, como, por exemplo, em caso de ter pago 95% da dívida e se, por caso, tornar-se inadimplente, ainda que solvente, do restante (5%), entende-se ser lícito e adequado o reconhecimento da teoria do adimplemento substancial, posto que justificado o adimplemento substancial (art. 528, § 3º, CPC), o que faz impedir o decreto prisional, a despeito do inadimplemento mínimo, ficando este sujeito a uma ação própria e autônoma a cargo do credor.

5.1.2 Omissão da paternidade biológica, *venire contra factum proprium* e o abuso de direito

206 CRUZ JÚNIOR, Edmilson. A aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em matéria de dívida alimentar e o princípio da boa-fé. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 255-277.

A boa-fé objetiva significa uma ‘confiança adjetivada ou qualificada’, atrelada ao princípio da solidariedade social (art. 3º, CF), sendo integrada axiologicamente pela ‘tutela da confiança’ que, por sua vez, se constitui no fundamento contemporâneo do *venire contra factum proprium*, já exposto na subseção 3.3.1.

Em essência, entende-se que o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* se resolve à luz da noção da boa-fé objetiva, sob a égide da sua terceira função – função corretora ou restritiva do exercício de direitos (art. 187, CC) – considerando que o Código Civil de 2002 não o adotou expressamente.

Define-se o *venire contra factum proprium* (a ninguém é dado vir contra os próprios atos), como a ‘proibição de comportamento contraditório’, significando, em síntese, como sendo uma regra de conduta na qual é vedado agir em determinado momento de uma forma e, depois, tomar uma conduta contrária à primeira. Tal comportamento se configura numa conduta desleal e abusiva, por violar a legítima confiança de outrem.

Assim é que, nesse contexto, coloca-se a seguinte casuística: imagine-se que uma esposa, deliberadamente, omita de seu marido a verdade biológica do filho gerado, tendo o marido sido induzido em erro e o registrado como filho. Anos após, o marido ingressa com a ação negatória de paternidade, com base em prova técnica (exame de DNA), impugnando a paternidade e buscando a desconstituição do registro civil.

Não há dúvida de que o marido enganado foi induzido em erro, sendo seu consentimento registral inquinado de vício de consentimento, especificamente o erro, além do que pode ter sido vítima do dolo, cuja autora é a esposa. Basicamente, a conduta da esposa foi abusiva e a confiança do marido foi violada.

Contudo, a despeito da inexistência biológica da paternidade, fato que implica, por si só, na desconstituição do registro, a jurisprudência tem se inclinado em manter o registro civil, não com base na paternidade biológica propriamente dita, mas, sim, em razão da posse do estado de filho ou da paternidade socioafetiva, desde quando configurado o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Em igual sintonia, a pesquisa segue o mesmo entendimento jurisprudencial, mormente porque, a despeito da verdade biológica descoberta, as relações existenciais entre filho e pai registrais (não biológicos) já se consumaram ao longo do tempo, não sendo consentâneo e razoável o rompimento dessas relações de convivência e afeto. Ademais, a desconstituição da paternidade registral importaria em incidência do *venire contra factum propium* praticado pelo pai, o que se constituiria numa conduta desleal em face do filho, que lhe devotou confiança.

Dessarte, da casuística posta se extrai que o pai, induzido em erro pela esposa, agiu com boa-fé subjetiva, pois tinha consciência de que era o pai biológico, ainda que não o fosse.

A outro giro, também se extrai que a esposa, ou por culpa ou por dolo, agiu de forma abusiva, na medida em que, com a sua conduta infiel e desleal, trai o esposo, violando a sua legítima confiança, o que significa dizer que seu comportamento é enquadrável no abuso de direito (art. 187, CC), uma das funções da boa-fé objetiva.

In casu, ressoa inquestionável que a conduta da esposa, ao omitir-se quanto à verdadeira paternidade, quer seja por culpa ou por dolo (direto ou eventual), é manifestamente ilícita, haja vista que, ao exercer o seu direito de informar acerca da paternidade, excede manifestamente os seus limites, configurando hipótese de abuso de direito, com o consequente dever de indenizar, nos moldes do art. 187 do Código Civil. [207]

Por conseguinte, compreende-se que a paternidade registral deve ser mantida, uma vez comprovada a socioafetividade, com base no *venire contra factum proprium* e, ainda, diante da conduta abusiva da esposa, violadora da boa-fé objetiva (art. 187, CC), assiste ao marido demandar por danos morais em face dela.

5.2 Boa-fé objetiva e o direito das sucessões

Assim como o direito de família, no direito das sucessões há o predomínio de normas cogentes e imperativas, a demonstrar o interesse do Estado em regrar a transmissão patrimonial do finado aos sucessores.

Previsto nos arts. 1.784 a 2.027 do Código Civil, o direito das sucessões é definido como o "complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constituiu a sucessão; o patrimônio transmitido é a herança; quem recebe a herança é o herdeiro ou legatário."[208]

Dentre os institutos sucessórios, e que tem liame com a boa-fé objetiva, destaca-se a indignidade sucessória (arts. 1.814/1.818, CC), que significa a privação do direito hereditário imposta pela lei a quem cometeu atos ofensivos à pessoa, à honra e aos interesses do hereditando (*de cujus*).

---

207 CABRAL, Camila Buarque; FRANCO, Karina Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no reconhecimento dos filhos e a omissão da verdade biológica. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 231-253.

208 BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v. 6, p. 743.

Em sentido dicionarizado, indignidade significa aquela ação ou conduta desonrosa, cruel, desumana, indecorosa, torpe, desprezível, infame e deplorável praticada pelo herdeiro contra o autor da herança ou interesse deste, o que resulta na sua exclusão da herança.

Na doutrina, persiste a discussão acerca da sua natureza jurídica, entendendo alguns que é caso de incapacidade sucessória (teoria da incapacidade), enquanto outros entende que se trata de mera exclusão (teoria da exclusão), considerando que o herdeiro adquire a herança e a conserva até que passe em julgado a sentença que o excluí da sucessão.

A indignidade é uma pena civil imposta ao herdeiro, fundada na moral e na ordem pública, que exigem do herdeiro respeito e afeto ao hereditando,[209] posto que o fundamento ético do direito sucessório é o afeto presumido do defunto, sendo, pois, mais do que justo que a lei prive de sucessão o indivíduo perverso, que desmereceu da estima daquele a quem devia suceder.

Anote-se também que, apesar da similitude entre os institutos, em razão de algumas causas comuns, a indignidade distingue-se da deserdação, uma vez que a indignidade é aplicável à sucessão legítima, apesar de poder alcançar o legatário, e sua causa é ditada pela lei (art. 1.814, CC), enquanto a deserdação se cinge apenas à sucessão testamentária e sua causa deve ser expressa no testamento (art. 1.964, CC). Ademais, "a indignidade pode ser motivada em fatos posteriores à morte do autor da herança, ao passo que a deserdação só em fato ocorrido durante a vida do testador."[210]

As causas da indignidade sucessória estão previstas no art. 1.814, I a III, do Código Civil, sendo considerado um rol taxativo ou *numerus clausus*, segundo majoritária doutrina e jurisprudência.

Sem embargo de tal entendimento, uma parcela de doutrina diverge acerca disso, argumentando que há outras situações fáticas que a caracterizam, mormente porque a conduta maldosa do ser humano é vasta e plural, o que justifica a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que exige uma conduta proba, leal e confiável entre as partes, bem como entre o falecido e o sucessor.

À vista disso, considerando que a indignidade sucessória se funda na ética, na afeição, na gratidão, enfim, em valores morais, também de ordem pública, a pesquisa acompanha a doutrina minoritária e sustenta que o rol do art. 1.814 do Código Civil é exemplificativo ou *numerus apertus*, valendo-se registrar que já há em tramitação no Congresso Nacional um

209 CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**: direito das sucessões. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 211, v. 22.
210 GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 207.

projeto de lei que visa a ampliar o rol de situações que geram a exclusão por indignidade (Projeto de Lei sob nº 867/2011).

Induvidoso que a conduta indigna do herdeiro é de há muito repudiada pelo Direito, como bem se atesta pelo provérbio alemão, *blutige hand nimmt kein erbe* (mão ensanguentada não apanha herança) e pela máxima do direito francês, *on n'herite pas de ceux qu'on assassine'* (ninguém herda dos que assassina).

Re vera, é inaceitável que um herdeiro infame ou cruel herde, não apenas naquelas hipóteses previstas na norma, mas também em outras situações fáticas, mormente porque o universo da maledicência e da torpeza humana ultrapassa as estritas balizas legais.

Observa-se que a falta de lealdade, de gratidão, de afeto, de solidariedade manifestamente presentes em determinadas condutas não arroladas no art. 1.814 do Código Civil, de igual modo devem ser tidas como indignas, com base numa interpretação extensiva e finalística da norma, além da prevalência da teoria da vontade sobre a teoria da declaração (art. 112, CC), haja vista que tais condutas afrontam os deveres anexos – deveres de consideração – pertinentes à boa-fé objetiva e que devem presidir as relações jurídicas, privadas ou públicas, contratuais ou extracontratuais.

Nessa senda, aponta-se hipóteses passíveis de serem reconhecidas como de indignidade sucessória, para fins de afastar a taxatividade do rol do art. 1.814 do Código Civil, também por invocação ao brocardo *ubi eadem ratio, ibi idem jus* (onde for a mesma razão, deve o direito ser o mesmo), uma vez que a solução de direito deve ser a mesma para situações que têm a mesma razão de existir,[211] com a observância de que algumas delas já se acha sufragada na jurisprudência.

Por exemplo, parte da doutrina assinala que são assemelhadas à indignidade sucessória as seguintes situações fáticas por:

i) instigação ao suicídio;

ii) constranger o *de cujus* a testar;

iii) impedir de revogar o testamento anterior;

iv) suprimir testamento cerrado ou particular;

v) urdir ou elaborar um testamento falso;

vi) fazer uso de testamento contrafeito;

vii) empregar a força ou ameaçar o hereditando a dispor de seus bens a favor de

211 ROCHA, Patrícia Ferreira. Reflexões acerca da aplicação do princípio da boa-fé objetiva em matéria de indignidade sucessória. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 279-298.

determinada pessoa;

viii) embriagar ou hipnotizar o sucessível;

ix) alterar, inutilizar ou ocultar o testamento;

x) eutanásia;

xi) latrocínio;

xii) infanticídio;

xiii) maus-tratos ao falecido alienado mental.

5.3 Boa-fé objetiva e o direito das coisas

Referenciado no Livro III da Parte Especial do Código Civil (arts. 1.196 a 1.510), o direito das coisas, também denominado direitos reais, significa o poder do homem sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica.[212]

Historicamente, tal poder teve um perfil absoluto e desmesurado, mas, modernamente, se acha limitado pela função social e demais princípios sociais do contrato, afora os princípios que informam a legalidade civil-constitucional.

A doutrina clássica registra que há "dois elementos que caracterizam o direito real: a aderência do vínculo jurídico a uma coisa determinada e a circunstância de o direito prevalecer *erga omnes*." [213]

Algumas características são ínsitas ao direito real, como, por exemplo, o absolutismo (*erga omnes*); a sequela; a preferência; a taxatividade (*numerus clausus*), além de serem considerados *jus in re* (direito à coisa).

Diferentemente, o direito pessoal, de cunho patrimonial (obrigacional), se caracteriza por ser uma relação entre uma pessoa (sujeito ativo/credor) e outra (sujeito passivo/devedor), com base no princípio da autonomia privada e com efeito *inter partes*, além de possuir um rol enunciativo (*numerus apertus*), sendo considerado *jus ad rem* (direito a uma coisa).

Ambos – direito real e direito pessoal obrigacional – têm a natureza patrimonial, apesar de existir direito pessoal não patrimonial, isto é, o direito personalíssimo.

No direito vigente, observa-se uma notória aproximação entre os direitos reais e pessoais, hoje reunidos no âmbito de uma mesma autonomia privada patrimonial, valendo-se citar, por exemplo, a obrigação com eficácia real e a obrigação *propter rem*, afora o advento da

212 GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.7.
213 DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil III**. 2 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981, p. 11.

multipropriedade imobiliária e os condomínios de fato, a revelar uma tênue fronteira entre o direito real e o direito pessoal. Na perspectiva contemporânea, aponta-se a flexibilização das diferenças clássicas entre direitos reais e obrigacionais em torno de uma disciplina comum a todos os direitos patrimoniais.

Hodiernamente, observa-se que há um espaço para a autonomia privada – um dos princípios regentes do direito obrigacional – também na seara do direito real, a demonstrar que não se verifica apenas um interesse coletivo ou social contraposto ao titular do real, mas também que pode haver interesses particulares contrapostos. De fato, admite-se hoje que direitos obrigacionais sejam oponíveis a terceiros e que direitos reais possam ser criados de forma atípica, o que evidencia que há um espaço comum de autonomia privada patrimonial.

Nesse sentido, a noção de cooperação, que é própria da boa-fé objetiva, um dos princípios basilares do moderno contrato, também é aplicável ao direito real, por meio das chamadas figuras parcelares, mormente pela função delimitadora do exercício de direitos (art. 187, CC), tais como *supressio, surrectio e venire contra factum proprium*, sendo o direito das coisas um terreno fértil para aplicação do princípio da boa-fé objetiva, em sede extracontratual, por este ter liame com o princípio da solidariedade social, mais voltado para as relações patrimoniais.

Como exemplo de uma primeira situação aplicável cita-se a *supressio*, já delineada na subseção 3.3.2, que se refere à demora desleal e anormal na realização de certo negócio, de sorte que, uma vez comprovada que a tardança não se justifica, a parte prejudicada fica liberada da obrigação.

Na *supressio*, a inatividade do seu titular no exercício do direito gera a confiança da contraparte a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o seu direito. Melhor explicando, a expectativa de confiança é projetada pela injustificada inércia do titular por considerável decurso de tempo (comportamento omissivo), o que faz gerar no outro a convicção de que o direito não seria mais exigido.

Acerca da *supressio*, registra-se o conhecido ‘caso do corredor não utilizado’, com a seguinte casuística: alguns moradores de um condomínio utilizavam, em caráter de exclusividade, área originariamente destinada a um corredor externo aos seus apartamentos (configurando, portanto, área de uso comum do prédio). Em virtude de alterações no projeto condominial, essa área perdera a destinação a que estava *ab initio* projetada, então passando a ser utilizada exclusivamente por alguns dos condôminos, que, inclusive, unificaram as unidades contíguas e assim obtiveram matrícula predial única. Não obstante isso, uma outra condômina, vinte anos passados, veio reclamar o uso da área que, comprovadamente, não era indispensável

às necessidades condominiais. O caso foi ajuizado e o Superior Tribunal de Justiça decidiu em favor dos utentes da área, conforme a seguinte ementa:

> Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-Fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*). (STJ. REsp. 214680/SP. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 10.08.1999, DJ de 16.11.1999).

Também, em igual sintonia, ou seja, no sentido da aplicação da *supressio,* o Tribunal de Justiça de São Paulo assim se reportou: no caso posto, pretendia-se a demolição de uma cozinha de restaurante construída em área comum de edifício, tendo o tribunal decidido que:

> …na hipótese, não obstante não ocorrente a prescrição, há que se reconhecer terem os autores perdido o direito à retomada da área e demolição da respectiva construção face à inatividade no exercício da pretensão por período significativamente longo, o que tornou legítima, considerado o princípio da boa-fé objetiva, a ocupação promovida pelos réus (TJSP, A. Resc. 90094170920098260000, 15º G.C.D. Priv., Rel. Des. Orlando Pistoresi, julg. 12.12.12, publ. 27.1.2013).

Dessarte, como exemplo de uma segunda situação aplicável cita-se a *surrectio*, já exposta na subseção 3.3.3., sendo definida como a aquisição de um direito subjetivo em razão de comportamento continuado.

A *surrectio* é admissível para a constituição de situações mais vantajosas para aquele a quem aproveita, quer pela aquisição de direito ou pela liberação de prestação, assim entendida como uma contraface da *supressio.*

Em linhas gerais, a *surrectio* é o oposto da *supressio*, ou melhor, são dois lados de uma mesma moeda, pois na *supressio* há a liberação do beneficiário e na *surrectio* há a aquisição *ex novo* de direitos subjetivos. Em ambas, essencialmente, preside a confiança, seja pela crença no não exercício superveniente do direito da contraparte (*supressio*), seja pelo credo na excelência do seu próprio direito (*surrectio*).

A *surrectio*, em suma, consiste no nascimento de um direito, consequente à prática continuada de certos atos, fundada na proteção da confiança.

A jurisprudência reconhece a *surrectio* aplicável aos direitos reais, como, por exemplo, no caso de certo condomínio edilício que, por muito tempo, deixou de cobrar taxa condominial

a uma unidade autônoma, significando dizer que essa atitude resultou em prerrogativa para o titular da unidade.

Também, como exemplo de uma terceira situação aplicável cita-se o *venire contra factum proprium,* já delineado na subseção 3.3.1, que significa a proibição de agir com comportamento contraditório, uma vez que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta.

De fato, para a configuração desse subprincípio da boa-fé objetiva são exigidos dois comportamentos da mesma pessoa, que, embora sejam lícitos em si e diferidos no tempo, o primeiro comportamento (o *factum proprium*) é contrariado pelo segundo, na medida em que esta segunda conduta frustra a legítima confiança feita pela parte que alega a contradição, diante da primeira conduta. Representa, em suma, um 'voltar atrás' de forma injustificada.

De igual forma, a jurisprudência reconhece o *venire contra factum proprium* em sede direitos reais, como, por exemplo, na conduta do proprietário que repentinamente bloqueia rampa em seu terreno que dava acesso ao lote vizinho, incomodado com o comportamento dos moradores do lote ao lado, após ter permitido a passagem por certo tempo. *In casu,* contudo, não obstante reconhecida a aplicação da figura parcelar do *venire* (teoria dos atos próprios), restou assentado que o proprietário poderia fazê-lo legitimamente, se assinasse prazo bastante para que as vizinhas fizessem construir acesso próprio.

Percebe-se, pois, que os deveres de consideração/cooperação pertinentes à boa-fé objetiva também podem incidir nas situações de direito real, mormente aquelas decorrentes de relações de vizinhança, de condomínio e de direito real sobre a coisa alheia, hipóteses em que há um contato intenso entre as partes envolvidas, uma vez que a boa-fé objetiva encontra raízes na noção de contato social, principalmente quando esse contato for próximo e duradouro.

5.4 Boa-fé objetiva e o direito empresarial

Em linhas gerais, diz-se que o direito público é o que corresponde às coisas do Estado e o direito privado é o pertinente à utilidade das pessoas, isto é, regula as relações entre as pessoas singulares, nas quais predomina imediatamente o interesse de ordem particular.

O direito civil é o cerne do direito privado, apesar de conter normas imperativas, cogentes, de ordem pública, como se observa em elevada proporção no direito de família, no direito das sucessões e nos direitos reais.

Historicamente, o direito civil e o direito comercial são disciplinados de forma apartada, sendo que, somente a partir de Teixeira de Freitas, deu-se os primeiros passos no sentido da

unificação, quando do advento da sua obra, *Esboço do Código Civil*.

Posteriormente, outros juristas se inclinaram à tese da unificação do direito privado (Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Francisco Campos e Caio Mário da Silva Pereira), mas, efetivamente, isso apenas veio a cabo com o Código Civil de 2002, que, adotando parcialmente a tese monista, unificou largamente as obrigações cíveis e comerciais (art. 2.405, CC), restando em vigor tão só a parte segunda do Código Comercial (arts. 457 a 796), que trata do comércio marítimo.

O direito de empresa acha-se regulado no Livro II, Parte Especial, do Código Civil de 2002 (arts. 966 a 1.195, CC), valendo-se enfatizar que a empresa se caracteriza por três circunstâncias básicas: "a habitualidade no exercício de negócios que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico e a organização ou estrutura estável dessa atividade."[214]

Enquanto ramo do direito privado e a despeito de seus regramentos próprios, o direito de empresa recebe influência das diversas cláusulas gerais previstas na Carta Magna, como, por exemplo, dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade, livre concorrência, função social da empresa, afora os princípios atinentes ao direito do consumidor e ao direito ambiental.

Ademais disso, também recebe influência direta dos princípios sociais do contrato (função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual), com destaque para a boa-fé objetiva, conforme as situações a seguir descritas.

Por exemplo, uma primeira situação de pertinência diz respeito ao mercado, que é o regime normativo da atividade econômica, o que importa em dizer que a atividade empresarial, com os seus corriqueiros usos do tráfico comercial, deve ser exercida segundo o que seja o habitual, o correto, o regular, a fim de não causar surpresas desleais aos contratantes, em prol da tutela da confiança.[215]

Relativamente às relações associativas – associações e sociedades – de igual forma devem obedecer aos deveres de lealdade e cooperação, inerentes à boa-fé objetiva, e que devem permear a expressão *affectio societatis,* no sentido de vincular seus membros pelos laços da lealdade, fidelidade e confiança.

Uma segunda situação de pertinência se reporta ao abuso de direito de voto na

214 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.
215 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 309.

assembleia geral de credores da recuperação judicial, praticado pelo titular do crédito, que, de forma anômala, o exerce abusivamente, dando azo a aplicação do art. 187 do Código Civil, que representa a terceira função da boa-fé objetiva (delimitadora ou corretora do exercício de direitos), haja vista que a Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005) é lacunosa a esse respeito.

Como cediço, o plano de recuperação judicial é uma proposta de pagamento feita aos credores, que deve ser levado à assembleia geral para fins de votação e eventual aprovação, desde que preenchidos os requisitos do art. 45 da LFRE (Lei nº 11.101/2005).

Na assembleia, o credor deve votar licitamente, sem abusividade, posto que o seu o direito de voto não só visa apenas a proteger o seu legítimo interesse de crédito, mas, também, tem uma finalidade social no sentido de efetivar o princípio da preservação da empresa (art. 47, LFRE), que é o princípio-mor do direito de empresa.

Ocorre que, na prática, há votos pela rejeição do plano de recuperação que são desmotivados, irrazoáveis e abusivos, como, por exemplo, na hipótese de um voto dado por uma empresa concorrente movido apenas pelo propósito de eliminar a empresa recuperanda do mercado ou, ainda, quando determinado credor vota para obter vantagem particular ou para causar danos aos demais credores, afora outras tantas situações fáticas, uma vez que não há um rol taxativo da abusividade do direito.

Ressalte-se, ainda, que o devedor também deve agir sob os ditames da boa-fé objetiva, em prol da confiança, da lealdade, no curso do processo de recuperação falimentar, haja vista que, em quaisquer das hipóteses, cumpre ao magistrado, até de ofício, reconhecer a abusividade do direito, que é um consectário da boa-fé objetiva.

Uma terceira situação de pertinência, também ligada à Lei de Falência e Recuperação de Empresas (LFRE), leva em consideração que o espírito da lei é estimular o soerguimento e manutenção da atividade empresarial (art. 47, LFRE).

Assim, uma vez aprovado em assembleia o pano de recuperação empresarial, cuja natureza jurídica é contratual (negócio processual), segundo parte da doutrina, tem-se que, na hipótese de o devedor descumprir parcela mínima/insignificante do proposto no plano, poder-se-ia aplicar a teoria do adimplemento substancial, evitando-se a convolação em falência, que é uma medida drástica.

A empresa é um bem jurídico relevante, cuja proteção se justifica não apenas em função dos interesses dos seus sócios, mas também dos empregados, fornecedores, consumidores, investidores e do próprio Estado, pois a livre iniciativa é um valor social preservado na Constituição Federal (art. 1º, IV c/c art. 170).

Contudo, à luz da literalidade da lei, uma vez aprovado em assembleia o plano de recuperação, o juiz o homologará (art. 58, LFRE), sendo que, na hipótese de descumprimento de qualquer item posto no plano, nos dois primeiros anos, tal fato importará na convolação da recuperação em falência (art. 61, § 1º c/c art. 73, IV, LFRE).

Ocorre que, por vezes, o devedor/empresário deixa de cumprir parcela mínima ou ínfima do plano, o que gera o decreto de falência, que significa uma medida nefasta e gravosa.

Nesse cotejo, entende-se ser possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial, que é uma figura parcelar da boa-fé objetiva, conforme explanada na subseção 3.3.8, em prol da manutenção do plano de recuperação, inclusive por ser mais útil aos credores em geral (art. 395, § único, CC), a despeito da ínfima inadimplência ter atingido menos credores.

De fato, uma vez cumprido substancialmente o plano de recuperação, impõe-se a sua manutenção, inclusive em prol da segurança jurídica, desde quando presentes os seguintes requisitos: *i*) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; *ii*) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; *iii*) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Re vera, a depender da situação fática, constata-se ser desproporcional e irrazoável o decreto de quebra diante de um inadimplemento mínimo do plano, sendo conveniente o reconhecimento da teoria do adimplemento substancial, posto que o cumprimento considerável do

plano pode obstar a transformação do processo em falência, "tendo em vista as drásticas e negativas consequências que a quebra pode gerar para os credores e para a economia local." [216]

Modernamente, a jurisprudência se inclina no sentido de só admitir a convolação da recuperação judicial em falência quando não haja mais possibilidade material de superação da situação econômico-financeira da empresa devedora, devendo o juiz, no caso concreto, aquilatar a conveniência da aplicação da teoria do adimplemento substancial, para fins de afastar o rigorismo inflexível do art. 73, IV, LFRE, em prol da efetivação do princípio-mor da preservação da empresa (art. 47, LFRE).

Argumenta-se, assim, ser possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos processos de recuperação judicial de empresas, para evitar o decreto de falência, que é uma

216 CORREIA JÚNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. Convolação da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento substancial. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 349-369.

medida extrema e de maior prejuízo social, restando aos créditos minimamente inadimplidos serem executados em via ordinária própria.

Uma quarta situação aplicável diz respeito ao contrato empresarial, já explanado na subseção 4.4.6, sendo entendido como aquele contrato celebrado entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário que, contudo, naquele contrato visa obter lucro, ressaltando-se que no contrato empresarial ambas [ou todas] as partes têm no lucro o escopo de sua atividade.

Objetivamente, nos contratos empresariais, ambas as partes visam a obtenção de lucro, mas cujo fim colimado também deve ser pautado pela lealdade, honestidade e confiança, não podendo a finalidade lucrativa ser movida apenas pela cobiça, isto é, o lucro pelo lucro.

Anote-se ainda que, à luz da novel Lei da Liberdade Econômica, nos contratos empresariais prevalece o princípio do *pacta sunt servanda*, sendo a revisão ou a resolução apenas excepcional, o que significa dizer que pode haver uma maior dispositividade dos deveres anexos de conduta, com menor incidência do princípio da boa-fé objetiva.

Não há dúvida que a boa-fé objetiva também se aplica aos contratos empresariais. Contudo, ela é relativizada, ou seja, em grau menor, à vista dos traços marcantes dos contratos empresariais, a saber: o risco empresarial, o profissionalismo, o dever de diligência, organização, concorrência e rivalidade, razão por que o dever de cooperação pode ser mitigado pelo ambiente concorrencial do mercado e pelo padrão de segurança a cargo de cada empresa.

5.5 Boa-fé objetiva e o direito do trabalho

No mundo dos contratos, o fenômeno da assimetria contratual é um dado fático, mas também normativo.

Basicamente, significa reconhecer a disparidade entre posições contratuais nos mais variados tipos contratuais, mas cujas posições convivem, de forma correlata, como, por exemplo, quando se constata uma posição contratual de poder (econômico, técnico, informativo, jurídico) e, de outro lado, uma posição contratual de vulnerabilidade.

A expressão vulnerabilidade vem do latim *vulnus (vulneris)*, que significa ‘ferida’, de modo que vulnerabilidade é a suscetibilidade de ser ferido, prejudicado, violado.

Por exemplo, a relação de consumo é essencialmente uma relação contratual assimétrica, à vista da notória desigualdade entre as partes, assim como a relação de emprego.

Relativamente ao direito do trabalho, ainda que persista divergência doutrinária acerca do seu adequado enquadramento – se ramo do direito privado, público ou até misto – a doutrina

dominante o classifica como ramo do direito privado, não obstante também permeado de normas de ordem pública, como assim também acontece em sede de direito de família, sucessões e de direito das coisas.

Não há dúvida sobre a incidência da boa-fé objetiva no direito do trabalho, mormente porque na relação de emprego, além do interesse patrimonial, acha-se em evidência um interesse individual atrelado à dignidade humana.

A boa-fé objetiva é um *standard* jurídico, uma norma de comportamento (mandamento de lealdade), que exige dos contratantes não apenas o cumprimento da prestação primária, mas, também, a observância dos deveres anexos de lealdade, retidão, confiança, deveres esses que são sobrelevados no direito do trabalho, à vista do caráter de pessoalidade que lhe é inerente.

Nada obstante o cunho protetivo em favor do trabalhador e diante da assimetria do contrato, a boa-fé objetiva se aplica a ambos os sujeitos da relação de emprego (empregador e empregado), posto que a obrigação trabalhista, assim como a civil, é compreendida como um processo dinâmico e solidário, conferindo direitos e deveres recíprocos, no sentido de alcançar o adimplemento contratual, não comportando qualquer aplicação maniqueísta.

De fato, os deveres de consideração/de conduta, pertinentes à função criadora da boa-fé objetiva (art. 422, CC), devem ser cumpridos por ambos os contratantes, pois evidenciam as ideias de lealdade, cooperação, solidariedade, em respeito pelo parceiro contratante, essencialmente atrelados à tutela da confiança.

Dessarte, como os deveres de consideração não integram um rol taxativo ou exaustivo, vez que derivados de uma cláusula geral, devem ser identificados no caso concreto, haja vista que os contraentes são obrigados a guardar e a respeitá-los, quer na conclusão do contrato, quer na sua execução, inclusive na fase pós-contratual.

Observe-se, contudo, acerca da distinção entre os deveres de prestação e os deveres de conduta.

Quanto aos primeiros (deveres de prestação), compõem a alma da relação obrigacional e definem o tipo de negócio entabulado pelas partes, como, por exemplo, o contrato de compra e venda, o de permuta, o de transporte, o de doação, o de locação, dentre outros, e dizem respeito às prestações primárias de cada contratante.

Já os segundos (deveres de conduta), são tidos como deveres de prestação secundários e não se vinculam a um determinado tipo contratual, mas podem ocorrer em qualquer tipo contratual, além do que são evidenciados no transcurso da execução do contrato, diferente, pois, dos deveres de prestação, que são delimitados desde o nascedouro da obrigação.

Ademais, uma característica relevante dos deveres de consideração/de conduta é a de que eles independem da vontade dos contratantes, pois até surgem contra a vontade deles, haja vista que não se fundam na autonomia privada das partes, mas derivam do princípio da boa-fé objetiva, uma norma cogente ou de ordem pública.

Por lógico, assim como em qualquer relação contratual, os deveres de consideração/conduta são recíprocos.

Assim é que, em igual desiderato, na relação de emprego as partes (empregador e empregado) devem obedecer a tais deveres de conduta – o dever de lealdade, o dever de proteção, o dever de informação, o dever de assistência e o dever de sigilo – relacionados à função criadora de deveres anexos ou de proteção da boa-fé objetiva, consoante detalhado na subseção 2.5.

Assevere-se, ainda, que o reconhecimento dos deveres de consideração não deve ser balizado sob a ótica maniqueísta, como se um interesse tutelado sobrepujasse ao outro da parte *ex adversa*, ou seja, a prevalência de um contratante em face do outro.

Muito ao contrário, a solidariedade contratual impõe confiança recíproca, uma vez que as legítimas expectativas devem ser respeitadas.

Nesse sentido, assim como o empregado não deve ser discriminado em respeito à sua dignidade, também a ele se impõe que aja com lealdade e cooperação no exercício do seu múnus, valendo-se destacar, a despeito das múltiplas situações fáticas, as seguintes condutas a observar: *i*) deve reservar ao empregador todo o tempo a que se comprometeu, não sendo indolente durante o horário de trabalho, evitando o trabalho para terceiros; *ii*) não deve revelar segredos de fabricação ou segredos de comercialização (dever de confidencialidade); *iii*) deve abster-se de fazer concorrência desleal; *iv*) deve evitar todas as formas de corrupção previstas na legislação.

5.6 Boa-fé objetiva e o direito do consumidor

5.6.1 Aspectos da relação jurídica de consumo

Define-se o direito do consumidor como um conjunto de regras e princípios destinados à proteção do consumidor, prioritariamente, significando dizer que só por via indireta disciplina o mercado de consumo. Representa, segundo doutrina especializada, um direito especial e pluridisciplinar.

O Código de Defesa do Consumidor é um microssistema jurídico, ou seja, uma lei principiológica, de matriz constitucional, sendo considerada uma lei de ordem pública especial e não geral, uma vez que cria uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar aplicável em todos os ramos do Direito onde ocorra relação de consumo, quer seja nas áreas de direito público e privado, contratual e extracontratual, material e processual.

A incidência do CDC se reporta quer seja em relação ao objeto – produtos e serviços (*ratione materiae*) – quer seja em relação aos sujeitos, isto é, fornecedores e consumidores (*ratione personae*).

A relação jurídica de consumo é assimétrica, caracterizada pela presença de partes ou sujeitos desiguais (fornecedor e consumidor) e tem por objeto a prestação de um produto ou um serviço.

O primeiro sujeito da relação consumerista acha-se definido no art. 3º do CDC, ou seja, aquele que desenvolve atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, além da necessidade de certa habitualidade, relacionada a transformação e a distribuição de produtos ou prestação de serviços. A bem se ver, o conceito de fornecedor tem sentido amplo, sendo classificado como um gênero, pois abarca pessoas física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive entes despersonalizados, como, por exemplo, a massa falida ou os comerciantes ambulantes, popularmente conhecidos como ‘camelôs’.

Já o segundo sujeito, o consumidor, é definido como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, CDC), valendo-se destacar a característica restritiva da expressão – destinatário final – assim compreendida, literalmente, como destinatário fático do produto ou do serviço.

Todavia, dita expressão – destinatário final – gerou controvérsia sobre o seu real alcance, o que implicou no surgimento de correntes doutrinárias distintas, isto é, a corrente maximalista ou objetiva e a corrente finalista ou subjetivista.

À luz da primeira corrente, entende-se por consumidor todo aquele que realiza um ato de consumo, interpretando a expressão destinatário final de forma ampla, independente da finalidade do ato de consumo, ou seja, se para satisfação das necessidades pessoais ou profissionais, quer dizer, se busca visar ou não ao lucro ao adquirir a mercadoria ou a usufruir do serviço. Para tal corrente, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que, como destinatário fático do bem ou serviço, o retire do mercado, encerrando a cadeia produtiva, sendo irrelevante a finalidade do ato de consumo.

Já a segunda corrente (finalista ou subjetivista), adota uma interpretação restritiva da norma (art. 2º, CDC), no sentido de que a destinação final somente é aquela econômica, quer dizer, aquela em que o destino do bem ou serviço de fato satisfaça uma necessidade pessoal da pessoa física ou jurídica e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial. Assim, não se admite "que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa." [217]

Em sede jurisprudencial, anote-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) inicialmente inclinou-se pela corrente maximalista ou objetiva, depois acolheu a corrente subjetivista ou finalista e, por fim, evoluiu para a corrente finalista mitigada ou abrandada, passando a admitir a incidência do CDC a determinados consumidores e profissionais, como, por exemplo, a pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, fática ou econômica, o que significa concluir que o STJ passou a aceitar a tese do consumidor intermediário, pertinente ao consumidor-empresário.

Nesse diapasão, vale realçar a importância do consumidor, que é o cerne do direito do consumidor. Todo consumidor é vulnerável, ou seja, na relação de consumo é a parte suscetível de ser violada, preterida, expurgada, haja vista que o substantivo 'vulnerabilidade' tem raiz no latim *vulnus* (*vulneris*), que significa 'ferida'.

Acerca da vulnerabilidade, a doutrina informa que ela pode ser de quatro tipos,[218] a saber: *i*) vulnerabilidade técnica, que diz respeito à falta de conhecimentos específicos sobre o objeto adquirido, o que facilita seja o consumidor enganado quanto às características do bem ou à sua utilização; *ii*) vulnerabilidade jurídica ou científica, que se reporta à falta de conhecimentos jurídicos específicos, além de conhecimentos de contabilidade ou de economia; *iii*) vulnerabilidade fática ou socioeconômica, que é analisada em relação ao fornecedor, quando se encontra em posição de monopólio, fático ou jurídico; *iv*) vulnerabilidade informacional, que é caracterizada pelo *deficit* informacional do consumidor, em regra um excluído digital e que é atingido, muitas vezes, pela manipulação das informações prestadas pelo fornecedor.

À luz do CDC, a vulnerabilidade constitui uma presunção legal absoluta do consumidor, de sorte que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo ele é hipossuficiente, pois esta é uma presunção relativa, de natureza processual, a ser aferida no caso concreto.

---

217 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.
218 MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. *In*: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80-107.

O Código de Defesa do Consumidor prevê vários conceitos de consumidor, sendo considerado consumidor *standard* ou *stricto sensu* o previsto no art. 2º *caput* do CDC, além de outras categorias de consumidor, ou seja, os terceiros que são equiparados a consumidor (art. 2º, § único e arts. 17 e 29, CDC) e que também são tutelados à vista da vulnerabilidade.

Nesse contexto, equiparam-se a consumidores, para efeitos legais: *i*) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, § único, CDC), sendo compreendida como terceiros-intervenientes; *ii*) todas as vítimas do fato do produto ou do serviço (art. 17, CDC), isto é, os terceiros-vítimas; *iii*) todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual (art. 29, CDC), ou seja, aqueles que se acham em posição de vulnerabilidade e assim compreendidos como terceiros-expostos.

Melhor explicando, em relação ao art. 2º, § único, CDC, pertinente à coletividade de pessoas, o dispositivo tem caráter difuso, tratando-se de uma norma genérica, interpretadora, e aplicável a todos os capítulos do CDC. Já o art. 17 do CDC equipara ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo, também chamados de consumidores *bystanders*, dando a maior amplitude possível à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. E, por fim, o art. 29 do CDC equipara a consumidores todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais, atingindo, de forma mais extensa e ampla, todas as situações previstas nos arts. 30 a 54 do CDC, no sentido de alargar a incidência da legislação consumerista.

5.6.2 Variações sobre os contratos civilístico, empresarial e de consumo

A vocação expansionista da boa-fé objetiva é um fato induvidoso, uma vez que, não obstante gestada no direito privado, alcança outros ramos do direito público, em razão de sua força normativa, além de atrelada à eticidade do Código Civil de 2002, também espelha os princípios constitucionais da solidariedade, dignidade da pessoa humana, igualdade e moralidade administrativa, dentre outros.

No âmbito da seara privada, a boa-fé objetiva incide sobre as três categorias contratuais já expostas (subseção 4.1) – contratos civilístico, empresarial e de consumo – com a ressalva de que têm natureza jurídica distinta e, por isso, merecem a devida explicitação.

Diz-se que há contrato civil se na relação jurídica estiverem presentes leigos ou civis, em condições de igualdade jurídico-formal (partes iguais) e que não visem à obtenção de lucro por habitualidade ou profissão. Em verdade, em sendo o Código Civil a lei central do direito

privado, aplica-se para relações entre iguais, ainda que se trate de mera igualdade formal, como, por exemplo, um contrato envolvendo dois ou mais particulares, empresários ou consumidores.

Diz-se que há contrato empresarial se na relação jurídica envolver empresários, isto é, se as empresas celebrantes desenvolvam atividade empresarial movida pela busca do lucro. O contrato empresarial, também chamado de profissional ou de lucro, é celebrado entre sujeitos empresários (empresários individuais e sociedades empresárias) ou entre um empresário e uma pessoa natural que naquela situação vise ao lucro. Também se define como sendo o contrato firmado entre profissionais e/ou pessoas jurídicas "que visam a ganhos eminentemente financeiros com a contratação."[219]

Já o contrato de consumo define-se como aquele celebrado entre partes contratantes 'desiguais', quer dizer, em que estão presentes os sujeitos da relação de consumo (*ratione personae*), ou seja, fornecedor e consumidor (arts. 2º, 3º, 17 e 29, CDC) ou se tiver por objeto produtos ou serviços (*ratione materiae*) (arts. 4º e 5º, CDC), independente da área do Direito em que a relação de consumo venha ocorrer, bem como irrelevante se a relação jurídica é contratual ou extracontratual.

A distinção da natureza jurídica dos contratos é fundamental, posto que, na práxis judicial, impõe-se ao intérprete a precisa identificação da respectiva natureza, uma vez que todos integram o direito privado, mas com caracteres próprios, de sorte que o Código Civil é aplicável aos contratos civis e empresariais, diante da unificação entre as obrigações civis e comerciais implementada pelo Código Civil de 2002, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de consumo.

Re vera, a compreensão hodierna é que o novo direito privado, influenciado diretamente pela Carta Magna, detém uma natureza tripartite, na perspectiva de que o direito civil representa o direito geral ou comum e o direito de empresa, que regula as relações entre empresas e fornecedores, significa o direito civil especial e, por fim, o direito do consumidor, se traduz em um direito especial pertinente à proteção do sujeito contratante vulnerável, o consumidor, regulado pelo CDC.

Ressalte-se, contudo, que a despeito da clara distinção entre as categorias – civil, empresarial e consumerista – em caso de lacunosidade ou antinomia cabe ao intérprete aplicar, além dos critérios clássicos de colmatação previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também a teoria do 'diálogo das fontes', conforme previsão do art. 7º do CDC,

219 GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 112.

igualmente aplicável entre leis especiais, a fim de alcançar o resultado prático efetivo, concreto e justo, na esteira da legalidade civil constitucional.

5.6.3 O grande alcance normativo do contrato de consumo

Em linguagem denotativa, a expressão assimetria significa diferença, discrepância, disparidade.

Na atualidade, a assimetria contratual é uma constante e ocorre com frequência, uma vez que as posições contratuais de poder e vulnerabilidade são um dado fático e normativo, de fácil percepção.

À evidência, no moderno direito dos contratos, observa-se que tais posições são correlatas, achando-se presente uma posição de poder (econômico, técnico, jurídico, informativo) e uma outra posição típica de vulnerabilidade, que diz respeito àquele que pode ser ferido, derrotado, prejudicado, ofendido e atacado.

Tal assimetria contratual é um aspecto fático inconteste, comprovada pela disparidade de poder fático atinente aos sujeitos do contrato, razão por que prevalece um dado normativo relevante, que é a proteção especial à parte vulnerável.

Por exemplo, dita assimetria contratual é notória no contrato de trabalho, nas relações entre o particular e o Estado e, principalmente, no contrato de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, cuja função principal "é reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas do mercado."[220]

Ademais, a interpretação teleológica e finalística do Código de Defesa do Consumidor deve levar em conta o contido no art. 4º, CDC, "o qual contém uma espécie de lente pela qual devem ser examinados os demais dispositivos",[221]notadamente por estabelecer os objetivos da política nacional das relações de consumo e princípios que devem ser respeitados – dentre os quais se destacam a 'harmonia das relações de consumo' e o 'equilíbrio' nas relações entre consumidores e fornecedores.

À luz da doutrina especializada, também o artigo 4º do CDC é apontado como uma 'norma-objetivo', isto é, uma norma que implementa fins de uma política pública e que, no caso específico, visa a alcançar o equilíbrio e a transparência nas relações de consumo.

---

220 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 4.
221 SALOMÃO, Luiz Felipe. **Direito privado**: teoria e prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

Como cediço, o direito do consumidor é imantado por princípios próprios, valendo-se destacar os seguintes:

i) o princípio da boa-fé objetiva (arts. 4º, III e 51, IV, CDC), no sentido de que as partes (fornecedor e consumidor) devem adotar um comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração;

ii) o princípio da transparência (art. 4º, *caput*, CDC), no sentido de que o fornecedor tem o dever de informar e o consumidor tem o direito à informação;

iii) o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC), no sentido de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, que é a espinha dorsal do CDC, em busca da igualdade real entre as partes, considerando que a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos;

iv) o princípio da equidade (arts. 4º, III, 7º e 51, IV e § 1º, III, CDC), no sentido de se buscar um contrato justo, fundado na igualdade real, no equilíbrio material das prestações e na justa proporção dos interesses;

v) o princípio da segurança (arts. 8º, 10, 12, § 1º e 14, CDC), no sentido de que a responsabilidade do fornecedor se funda na ideia de segurança, dentro dos padrões da legítima expectativa dos consumidores, de sorte que se violar seu dever de segurança irá responder objetivamente, independente da aferição de culpa;

vi) o princípio da solidariedade (arts. 7º, § único, 18, 25, § 1º e 34, CDC), no sentido de que, em havendo mais de um fornecedor causador do dano, todos respondem solidariamente, cabendo à vítima escolher contra quem deseja promover a ação de reparação, isto é, se contra um, mais de um ou contra todos;

vii) o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor (arts. 47 e 54, CDC), no sentido de que, diante de uma cláusula dúbia ou mal redigida no contrato de consumo, deve o julgador conferir uma interpretação contra o estipulante e mais favorável ao consumidor, por ser a parte vulnerável da relação;

viii) o princípio da reparação integral (art. 6º, VI, CDC), no sentido de que o consumidor-vítima deve ser ressarcido na íntegra, no que tange aos danos sofridos (material, moral e estético), devendo a reparação ser a mais ampla possível, na esteira do princípio da priorização da vítima que hoje granjeia o tema da responsabilidade civil.

Atualmente, na seara privada, percebe-se que a contratação de consumo é uma regra, vez que inerente à sociedade pós-industrial (complexa, massificada, globalizada, virtual).

No contexto da sociedade de massas, caracterizada pelo dirigismo contratual (publicístico e privado), uma nova concepção de contrato se impõe, de perfil funcional e social,

em que a autonomia da vontade é bastante reduzida em prol do interesse social.

Modernamente, o contrato passa a ter um conteúdo normativo, mediante o uso de regras imperativas ou cogentes, com flagrante redução da liberdade contratual, à vista da padronização ou estandardização do seu conteúdo.

De fato, surgem novas figuras contratuais pautadas no paradigma da confiança, diante do enorme contingente de contratantes vulneráveis, cujas legítimas expectativas devem ser protegidas em respeito à boa-fé objetiva.

À vista disso, e considerando a clara distinção entre os contratos civil, empresarial e de consumo, impende-se atestar que, na contemporaneidade, prepondera os contratos de consumo, posto que essencialmente assimétricos, como assim são a grande maioria das relações obrigacionais atuais.

De conseguinte, abstraídos, por lógico, os contratos civilísticos e os empresariais, entende-se que todas os ditames do CDC são aplicáveis às diversas categoriais contratuais modernas, já explanadas na subseção 4.4, valendo-se destacar, resumidamente, os seguintes contratos, a saber:

i) As cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos, pois representam uma espécie de contrato de adesão, ofertado de forma global e abstrata, a partir de uma lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos.

Refletem o dirigismo contratual e existem para simplificar o mecanismo contratual, facilitando a contratação e o consumo em massa. Em verdade, são condições comuns aplicáveis a uma pluralidade de contratos, que uma parte submete à outra, no momento da conclusão do ato jurídico.

Também se caracterizam pela generalidade e abstração, de sorte que só ganham força obrigatória quando inseridas – *in abstracto* – pelo fornecedor, nos contratos de massa, independentemente de sua aceitação ou recusa em bloco pelo aderente;

ii) Os contratos relacionais, pois são caracterizados pela incompletude, flexibilidade, planejamento e prolongamento protraídos no tempo de forma contínua. São contratos de adesão celebrados entre empresários ou entre um empresário e uma pessoa natural, adquirindo, nesta última hipótese, um cunho de essencialidade, como, por exemplo, os contratos previdenciários, os bancários e os de plano de saúde, dentre outros.

Por exemplo, entende-se o contrato de plano de saúde como um contrato relacional, também classificado como contrato cativo de longa duração, executado mediante uma gama infinita de condutas que perdura ao longo do tempo, de natureza aleatória, regido pela renovação automática e sem termo final, que dura, no mais das vezes, por toda a vida do

usuário/consumidor.[222]

Para uma parcela da doutrina, os contratos relacionais são sinônimos de contratos cativos de longa duração;

iii) Os contratos cativos de longa duração, pois são caracterizados pela oferta de serviços ligados a valores fundamentais, como, por exemplo, pertinentes à moradia, à saúde, à educação, dentre outros. Tais contratos se utilizam método de contratação de massa, via contratos de adesão ou condições gerais dos contratos, mediante massiva publicidade.

A sua principal característica se reporta à posição de catividade ou dependência do aderente, além da essencialidade do objeto contratado no contexto do mundo contemporâneo.

Trata-se, pois, de um contrato de trato sucessivo, como, por exemplo, o que envolve plano de saúde, educação, previdência privada, e que se renova com frequência ou pode durar toda uma vida do consumidor, que fica mantido em permanente estado de dependência/catividade à vista da essencialidade do serviço.

No caso, por exemplo, do contrato de plano de saúde, constata-se uma evidente posição de dependência do consumidor atrelada à ideia de cooperação que deve permear a conduta dos contratantes, ainda que aleatória seja a sua natureza.

Melhor explicando, no contrato de plano de saúde há uma prestação de risco, uma vez que o fornecedor não precisará prestar o serviço se não ocorrerem os eventos previstos no contrato e o consumidor somente terá a cobertura se ocorrerem as situações nele previstas. De fato, consumidor paga um preço fixo na expectativa de uma prestação de serviço que talvez até não ocorra, se for o caso de não adoecer, bem como o fornecedor fica a depender da ocorrência do evento futuro e incerto, que é a doença do usuário, o que significa dizer que assume uma obrigação de resultado, que deve ser de qualidade e adequada.[223]

Basicamente, os contratos cativos de longa duração envolvem fazeres, ou seja, normalmente serviços privados ou públicos prestados de forma contínua, cativa e massificada, como, por exemplo, os contratos de plano de saúde, de cartão de crédito, de consórcio, de previdência privada, de transmissão de informação e lazer a cabo, telefone, televisão, computador, assim como os serviços públicos de fornecimento de água, energia, gás, telefone, ofertados por entes públicos ou privados.

Como antes dito, segundo parcela da doutrina, os contratos cativos de longa duração são

---

222 SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. 2 ed. Salvador: *Juspodivm*, 2010, p. 447-448.
223 GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146-147.

sinônimos de contratos relacionais.

iv) Os contratos existenciais, pois representam, ao lado dos contratos empresariais, a nova dicotomia contratual do século XXI, mas que continua a conviver com a dicotomia do século passado (contrato paritário e contrato de adesão).

Os contratos existenciais são aqueles entabulados por pessoas não empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte não seja empresária, desde quando não tenha intuito de lucro. Diferentemente dos contratos empresariais, em que ambas as partes têm a intenção de lucro, nos contratos existenciais apenas uma das partes tem a intenção lucrativa.

Em essência, o contrato existencial é um contrato de consumo, uma vez que o contratante consumidor, enquanto destinatário final do produto ou serviço, tem especial proteção, à vista da sua vulnerabilidade (técnica, fática, jurídica e informacional), no contexto da atual sociedade massificada e globalizada.

Na modernidade, há uma gama infinda de contratos existenciais, servindo como exemplo todos aqueles contratos que tenham por objeto bens ou serviços destinados à subsistência da pessoa humana, isto é, que integram o seu patrimônio mínimo existencial (alimentação, moradia, educação, saúde, dentre outros).

Anote-se, ainda, que no contrato existencial a interferência judicial deve ocorrer com maior intensidade, em respeito aos princípios sociais do contrato (função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual), para fins de tutelar a dignidade do contratante vulnerável, de sorte, por exemplo, a boa-fé objetiva deve incidir com maior intensidade no sentido da revisão judicial, com base no princípio da conservação do contrato, à luz da teoria da onerosidade excessiva prevista no art. 6,º V, CDC.

Assim, enquanto os contratos empresariais são classificados como paritários e são sujeitos à interferência judicial mínima, conforme a novel Lei da Liberdade Econômica, os contratos existenciais, por 'interpretação inversa', são sujeitos à intervenção máxima, mas tão apenas para fins da revisão judicial e não da resolução, por serem contratos de adesão e de consumo, regrados pelos ditames do direito do consumidor.

De qualquer sorte, à vista do estado pandêmico em curso (Covid-19), o argumento dominante é no sentido de que há um dever legal de renegociação dos contratos, independentemente de sua natureza jurídica (se empresarial ou existencial), conforme explanado na subseção 4.4.6.;[224]

224 MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação:** estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 317.

v) Os contratos sob o paradigma da essencialidade, pois são caracterizados pela vinculação com o critério da utilidade existencial, sob a inspiração da classificação de bens utilizada pela teoria geral do direito civil e que, a despeito do enfoque patrimonial típico da classificação das benfeitorias (necessárias, úteis e voluptuárias), no contrato sob paradigma da essencialidade a característica almejada é a utilidade existencial do bem contratado, se essencial, útil ou supérfluo, relativamente à dignidade da pessoa humana do contratante.

Basicamente, o traço marcante do contrato sob paradigma da essencialidade é o critério da utilidade existencial, diferente, pois, do critério de utilidade patrimonial aplicável às benfeitorias, à luz do Código Civil.

Assim, nesse desiderato, ressoa incompreensível que a compra e venda de um medicamento e de uma joia tenham o mesmo tratamento jurídico, como assim o é à luz da teoria contratual clássica, de sorte que, no contrato sob o paradigma da essencialidade, deve-se priorizar os princípios modernos do contrato, em detrimento da autonomia privada, do *pacta sunt servanda*, dentre outros.

O contrato sob o paradigma da essencialidade tem vinculação direta com o direito ao mínimo existencial, sendo admissível, *ipso facto*, um maior regime intervencionista judicial em um contrato que tenha por objeto um bem essencial, diferentemente daquele que tenha por objeto um bem supérfluo, sujeitando-se este a uma maior liberdade e autonomia (os princípios contratuais clássicos).

Para uma parcela da doutrina, há uma aproximação conceitual (similitude) com os contratos existenciais;

vi) Os contratos eletrônicos, pois são aqueles celebrados por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas e que dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha, sendo um exemplo cabal do vertiginoso aumento do comércio eletrônico (*e-commerce*) no país.

Na sociedade digital hodierna, a contratação eletrônica tem importância primacial, em razão da sua velocidade, praticidade, comodidade e eficiência, sendo caracterizada pela despersonalização, desmaterialização e desterritorialização do contrato, cuja oferta é feita por uma rede internacional de telecomunicações (*internet*), no chamado espaço virtual o ciberespaço.

A contratação eletrônica é válida e eficaz, além do que ocorre, em regra, a distância ou entre ausentes (art. 434, CC), salvo se as partes estiverem conectadas simultaneamente ou *on-line*, sendo, nesta hipótese, uma contratação instantânea ou entre presentes (art. 428, I, CC).

Ocorre que, em larga escala, essa oferta/proposta de bens e serviços é engendrada de

forma descomedida e desmesurada, veiculada por forte *marketing*/publicidade, gerando riscos ao contratante vulnerável – o consumidor – no mais das vezes um excluído digital, isto é, um analfabeto cibernético ou informacional.

Demais disso, considerando que as noções de territorialidade e temporalidade inexistem na contratação virtual, posto que consumidor e fornecedor são representados por máquinas ou computadores – 'sem rosto', sem sede e sem tempo – os riscos dos negócios são ampliados em desfavor do consumidor, o vulnerável digital ou o hipervulnerável;

vii) Os contratos conexos ou redes contratuais, pois representam vínculos contratuais típicos e atípicos, conexos entre si, visando baixar os custos, aumentar a eficiência ou incrementar as vendas, sendo que cada contrato contribui para o desiderato comum, que é a operação econômica.

Grosso modo, trata-se de um tipo contratual geral, com a presença de outros tipos contratuais distintos, funcionalizados e organizados em prol de uma finalidade econômica supracontratual.

A rede contratual é uma união de contratos unidos por um escopo comum, havendo uma interdependência entre eles para formar uma causa contratual comum, de forma eficiente e eficaz. Caracteriza-se, em suma, pela pluralidade de negócios jurídicos e a unidade de operação econômica.

No mundo dos fatos, há uma profusão de contratos em rede/conexos que se ofertam rotineiramente ao público consumidor, sob a forma de 'pacote', como, por exemplo, o contrato de compra e venda junto com financiamento de mercadorias; o contrato de abertura de conta corrente junto a contrato de limite de cheque especial; o contrato de cartão de crédito junto a contrato de seguros, dentre outros.

Em suma, entende-se que todos os modernos contratos referidos estão inseridos no âmbito do direito do consumidor, o que demonstra que, na modernidade, há um predomínio da contratação consumerista, o que é salutar, considerando que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, especial e protetiva do consumidor, à vista do estado de vulnerabilidade crescente.

5.6.4 A expansão do contrato e a aplicação jurisprudencial da boa-fé objetiva

Indiscutível a importância do contrato no mundo capitalista, por ser um poderoso instrumento de circulação de riquezas, ainda que, na sua feição clássica, levasse à ruína um dos contratantes, com base no princípio do *pacta sunt servanda*, que não admitia mitigação.

A visão moderna do contrato é bastante diferente, uma vez que refuta consideravelmente o dogma do voluntarismo, em prol dos modernos princípios que o informam, para fins de efetivar o chamado contrato constitucionalizado, ou seja, aquele que implemente a simbiose entre a livre iniciativa e a dignidade humana do contratante.

Em essência, como regra geral, o contrato veicula riqueza patrimonial, conforme clássica definição de Enzo Roppo: "Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*."[225]

Na modernidade, o contrato acha-se em franca expansão, não apenas como reflexo de um dado real econômico, ou seja, a operacionalização da livre iniciativa em si, que também é um valor constitucional (art. 1º, IV, CF), mas também em razão de outros interesses tuteláveis na sociedade pós-moderna, referentes a outros ramos do direito, gerando um fenômeno denominado de "contratualização" das relações sociais ou de "pancontratualismo", consoante vaticina novel doutrina.[226]

A crescente contratualização é de fácil comprovação, sendo observável esse fenômeno em diversas situações fáticas, como, por exemplo: *i*) nos acordos de convivência e pactos de união estável, em sede de direito de família; *ii*) por meio de diferentes técnicas do chamado planejamento sucessório, em sede de direito das sucessões; *iii*) por meio da gradativa migração de técnicas de império (desapropriação, etc) para instrumentos consensuais (convênios e termos de cooperação), em sede de direito administrativo; *iv*) por meio das cláusulas compromissórias, compromissos arbitrais e negócios jurídicos processuais, em sede de direito processual e, ainda, em sede de direito penal, com os acordos de leniência e delação premiada.[227]

De conseguinte, a consequência lógica do expansionismo do contrato implica, *ipso facto*, na própria expansão da boa-fé objetiva, por ser este um princípio contratual moderno, um mandamento de lealdade aplicável às relações jurídicas contratuais e extracontratuais, de direito privado e de direito público.

Ocorre que, como já explanado na subseção 4.4, dos três princípios contratuais modernos (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual), o princípio da boa-fé objetiva, não obstante sua tímida aplicação inicial, atualmente goza de uma compreensão já sedimentada na doutrina e na jurisprudência, fato que não ocorre com os demais, haja vista que o princípio da função social do contrato (arts. 421 e 2.035 § único, CC) ainda carece de

225 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.
226 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 15.
227 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 15.

uma delimitação conceitual precisa, sendo apenas referenciado num plano abstrato e pouco útil, tal qual o princípio do equilíbrio contratual, que sequer tem um mínimo lastro dogmático, uma vez que sua compreensão ainda orbita numa seara genérica, ambígua, fluída e meramente decorativa.[228]

Ocorre que, sem embargo dessa sólida noção da boa-fé objetiva, atestada pela farta jurisprudência já produzida, constata-se, contudo, uma 'superutilização' de sua aplicação, em descompasso com sua tríplice função, na medida em que empregada como uma panaceia jurídica – que a tudo serve e, por isso mesmo, não serve para nada. [229]

Nada obstante tal tendência, a presente pesquisa advoga que o expansionismo da contratualização e, de conseguinte, da própria boa-fé objetiva, deve se lastrear nas estritas premissas do direito civil constitucional, que devem servir de farol para a adequada aplicação da sua tripla função, em respeito à segurança jurídica e ao seu ínsito mandamento de lealdade.

E para melhor aclarar a aplicação adequada e pertinente da boa-fé objetiva, traz-se à colação, de forma sintética, alguns excertos jurisprudenciais, a saber:

i) A questão do superendividamento: à luz da doutrina, entende-se por superendividamento a impossibilidade global de o devedor, pessoa física/consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo.

Há dois tipos de consumidores superendividados – os de boa-fé e os de má-fé – valendo-se registrar que a proteção legal ampara o primeiro deles.

Enquanto um modelo ético de conduta, a boa-fé objetiva exige dos sujeitos contratantes um comportamento de retidão e de lealdade desde a fase pré-contratual, estando expressamente sufragada no art. 4º, III c/c art. 51, IV, do CDC.

In casu, o tema do superendividamento tem liame com o princípio da transparência (art. 4º, *caput*, CDC), no sentido de que o fornecedor tem o dever de informar e o consumidor tem o direito à informação e que, segundo uma parcela da doutrina, se desdobra num outro princípio ou subprincípio – o princípio da informação – este previsto nos arts. 4º, IV, 6º, III e 31 do CDC.

O fornecedor tem o dever de agir com transparência, prestando as informações sobre o bem ou serviço ofertados de forma clara, completa, precisa, adequada, sem subterfúgios e sem abusividade.

228 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 326.
229 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 29.

Na realidade brasileira, com grande concentração de renda e disparidade entre os extratos sociais, a oferta publicitária para a obtenção do crédito (empréstimo) tem se dado de forma até abusiva, como, por exemplo, na corriqueira facilidade para se contratar empréstimos pessoais, inclusive sob a modalidade consignada.

No mundo dos fatos constata-se que, largamente, o consumidor médio não tem educação familiar financeira. Ademais, ainda que o controle do orçamento familiar diga respeito a uma atitude de consciência pessoal, o que se observa é que a grande massa de consumidores é composta de analfabetos funcionais ou excluídos digitais, o que revela a sua grande vulnerabilidade.

Nesse contexto, se o consumidor já se acha endividado, inclusive por falta de uma educação financeira pessoal, tal situação se agrava ainda mais com a forte publicidade de crédito feita pelas instituições financeiras, que, aqui ou alhures, inscreve na oferta do crédito expressões como 'sem juros', 'gratuito', 'sem acréscimo', 'com taxa zero', no sentido de atrair o consumidor e induzi-lo a erro.

A oferta de crédito, ainda que primacial numa economia capitalista, não pode ocorrer sem a devida transparência e responsabilidade.

Tome-se, como exemplo, os casos em que envolva autorização prévia do consumidor para consignação em folha de pagamento, os conhecidos 'empréstimos consignados', que têm ocorrido à solta e sem qualquer restrição, pois que, em verdade, a contratação pleiteada em um novo banco não deve ocorrer se a anterior, feita em outro banco, já comprometeu 30% (trinta por cento) da remuneração mensal líquida do consumidor, a fim de preservar seu patrimônio mínimo existencial.

E, ainda, em caso de oferta de crédito com juros extorsivos, já estando o consumidor endividado, observa-se que há a conhecida operação bancária 'mata-mata', ou seja, quando o consumidor quita uma dívida e para criar uma nova, ampliando em demasia o endividamento, afora a prática da oferta de crédito pessoal atrelada a contratação de um cartão de crédito ('venda casada'), este com extorsiva taxa de juros, mas sem a devida informação ao consumidor que, de resto, também é uma pessoa idosa.

Re vera, não há dúvida de que a ausência das necessárias e corretas informações a cargo do fornecedor – falta do dever de informar – é a maior causa do fenômeno do superendividamento, considerando a notória vulnerabilidade do consumidor médio, leigo e de boa-fé, de resto um analfabeto funcional e digital. [230]

230 ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT

ii) A questão do plano de saúde e o tempo de internação hospitalar: em passado recente, observa-se a abusividade das operadoras de planos de saúde, que inseriam nos contratos a limitação do tempo de internação do segurado.

As contendas judiciais se multiplicaram, ao ponto de ser editada a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

De fato, a limitação de internação hospitalar é abusiva, posto que, uma vez implementado o evento futuro e incerto (a doença do usuário), e, necessitando-o de internação, ressoa abusiva a limitação desse prazo, se acaso o usuário precisar prorrogá-lo ou mesmo se necessitar retornar à internação decorrente de um mesmo fato médico, fruto de complicações da doença.

À evidência, o consumidor/usuário não é senhor do prazo de sua recuperação, que depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Assim, se a doença está coberta pelo seguro-saúde, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula do contrato.

Tal cláusula, além de irrazoável, é manifestamente abusiva, a teor do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.[231]

iii) A questão da proibição do comportamento contraditório: conforme já explanado na subseção 3.3.1, a teoria dos atos próprios significa dizer que a parte não pode *venire contra factum proprium*, ou seja, é proibido agir com comportamento contraditório, por ser isso um dever de cautela ínsito à boa-fé objetiva.

Em essência, coíbe-se o comportamento contraditório desleal, que viola a confiança criada na outra parte, de sorte que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé.[232]

Curial observar que, considerando que o *venire contra factum proprium* deriva da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve ser aplicado com parcimônia, uma vez que não incide

---

JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 301-325.

231 SALOMÃO, Luiz Felipe. **Direito privado**: teoria e prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 309.

232 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 974.

em qualquer situação de dificuldade na execução do contrato, não se confundindo, por exemplo, com o mero inadimplemento contratual.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece o *venire contra factum proprium* em diversas decisões, como, por exemplo, na situação da conduta de uma locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de duas décadas, alega a ilegitimidade do locador em ajuizar a ação de despejo por falta de pagamento. *In casu*, a locatária firmou contrato de locação com o promitente comprador do imóvel, permaneceu pacificamente com a posse direta do bem por mais de duas décadas, pagou mês a mês os aluguéis, e, somente quando passou à condição de inadimplente, resolveu alegar a ilegitimidade do locador em ajuizar a ação de despejo.[233]

iv) A casuística que envolve o *tu quoque*: já examinado na subseção 3.3.4, a figura parcelar da boa-fé objetiva conhecida como *tu quoque* é explicada quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, depois, tenta tirar proveito da situação, com o objetivo de se beneficiar, o que revela uma conduta desleal ou maliciosa.

A proibição do *tu quoque* dá-se em proteção da confiança, isto é, em respeito à boa-fé objetiva, que é uma confiança qualificada e adjetivada.

Como exemplo jurisprudencial, cita-se aquela situação em que um consumidor compra um aparelho celular a prazo e se torna inadimplente. Após, com o defeito no aparelho, busca a assistência técnica para o conserto, que recusa o serviço e, então, o consumidor move a ação de indenização por danos materiais e morais. Nesta hipótese, não se justifica a cobrança de adimplemento do contrato se a própria parte que pleiteia o descumpre, sendo improcedente a demanda. Manifestamente, é caso de aplicação do princípio *tu quoque*, considerando que o consumidor, já inadimplente, busca a execução pós-contratual de um contrato que ele próprio rompe, viola ou descumpre.

v) A questão da boa-fé objetiva na fase pré-negocial: a boa-fé objetiva almeja um comportamento ético das partes contratantes, isto é, um comportamento digno, honesto, adequado, equânime, transparente, correto e justo, em obediência aos deveres anexos ou de consideração (proteção, informação e lealdade, dentre outros), cujo ideal ético também é reforçado pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Obrigação e responsabilidade são institutos distintos. Enquanto a obrigação é sempre um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo,[234]posto que

233 SCHREIBER, Anderson. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; DE MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 290.
234 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 14.

decorre do não cumprimento espontâneo da obrigação, de seu cumprimento inadequado ou da violação dos chamados deveres acessórios.

A ideia de responsabilidade é a do *neminem laedere* (a ninguém ofender) ou *alterum non laedere* (a outrem não ofender), sendo o dano e o nexo pressupostos inafastáveis da responsabilidade, diferente da culpa, que é apenas exigida na responsabilidade civil aquiliana.

O brocardo *neminem laedere* é um princípio básico do Direito Natural, pois a ideia de não lesar a outrem se reporta à noção de Justiça, à proibição de violar a vida, o corpo ou direitos de outrem, o que significa dizer que a sua violação importa na reparação dos danos.

Também o princípio *neminem laedere* tem respaldo no dever de reparação previsto na Constituição Federal (art. 5º, V e X) e, por via reflexa, nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da solidariedade (art. 3º, I, CF), que igualmente guardam relação com o princípio da boa-fé objetiva.

Impende anotar, ainda, que o princípio *neminem laedere* não se restringe tão apenas ao princípio da imputação civil dos danos (arts. 186, 187, 391 e 927, CC), pois a sua ideia inata de a 'ninguém lesar' remete à noção de prevenção, que protege a ameaça de direito e resulta na prevenção de danos, conforme o princípio constitucional do livre acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), o que reforça a compreensão da sua vinculação constitucional.

O brocardo latino *neminem laedere*, cuja ideia central é a de não ofender ninguém, não prejudicar, não causar dano, não lesar, aplica-se indistintamente às responsabilidades civil contratual e extracontratual, com a advertência de que, na contratualística moderna, prevalece os contratos de consumo, cuja responsabilidade civil é objetiva, isto é, que prescinde da demonstração de culpa.

Relativamente às funções da boa-objetiva, já delineadas na subseção 2.5, merece destaque a sua função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC), que diz respeito aos 'deveres de consideração', que, distintamente dos deveres principais (prestação principal), não são previstos pelas partes no momento da celebração do contrato.

De fato, e para melhor aclarar essa distinção, observe-se que enquanto os deveres principais ou de prestação dizem respeito ao conteúdo intrínseco da obrigação e definem o tipo de negócio entabulado (compra e venda, permuta, transporte etc.), os 'deveres de consideração' podem ocorrer em qualquer tipo contratual e podem se evidenciar no curso do contrato, além do que não nascem da vontade das partes, mas derivam da boa-fé objetiva, que é uma norma cogente ou de ordem pública.

Igualmente, consoante já explanado na subseção 3.2, a discussão histórica é saber se, à vista da redação ambígua e imperfeita do referido artigo 422 do CC, os tais 'deveres de

consideração' ou 'deveres de conduta', cujo rol é extensivo, incidem tão apenas no curso/execução do contrato ou se atingem também as fases pré e pós-contratual.

A culpa *in contrahendo* tem origem no direito alemão, a partir dos estudos de Rudolf Von Ihering, em 1861, sendo depois sufragada no § 242 do *BGB*, além de acolhida pela doutrina e jurisprudência alemãs, assim como acolhida pelo direito italiano e francês.

Em igual sintonia, expressamente, o direito português acolhe a culpa *in contrahendo*, à luz do art. 227º do Código Civil Português, com base na seguinte doutrina:

> Podem gerar-se, fundamentalmente, três situações:
> – ou as negociações se *interrompem* e, portanto, o contrato não chega a concluir-se;
> – ou o contrato se conclui, mas padece de *invalidade ou ineficácia*;
> – ou o contrato se conclui válida e eficazmente, mas em termos tais que, mesmo assim, *o modo como foi celebrado gera para uma das partes danos a indemnizar*.[235]

No Brasil, a maior parte dos juristas foi desfavorável à culpa *in contrahendo*, não obstante hoje seja perfeitamente admitida na doutrina e na jurisprudência pátrias, sendo tal constatação confirmada pela doutrina portuguesa, no sentido de que, a despeito de o direito português ter norma expressa sobre a responsabilidade civil pré-contratual (art. 227º do Código Civil Português) e que, mesmo não existindo norma paralela no Código Civil de 2002, "em ambas ordens jurídicas, o entendimento pacífico é o de que a relação pré-contratual entre as partes é regida pela boa-fé objetiva." [236]

Contudo, a despeito da redação incompleta e pouco clara do art. 422 do Código Civil, atualmente há um entendimento, unânime e pacífico, no sentido de que referido dispositivo dá guarida legal à adoção da responsabilidade pré-contratual, assim como à responsabilidade pós-contratual, conforme, inclusive, posição doutrinária sufragada no Enunciado n. 25 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "o art. 422 do CC não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual".

Ademais, acerca da divergência sobre a natureza jurídica da responsabilização civil, se contratual ou extracontratual, entende-se que é caso de responsabilização contratual, conforme majoritária doutrinária, pois a culpa *in contrahendo* representa violação aos deveres anexos da

235 TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Portugal: Coimbra, 2010, p. 71.
236 PRATA, Ana. **Responsabilidade pré-contratual:** uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português. Coimbra: Almedina, 2018, p. 256.

boa-fé objetiva, além do que largamente sufragada no Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, 8º, 12, 14, 18, 19, 20, 23, 30, 31, 36, 37 e 46).

Basicamente, a fase pré-contratual é composta de três etapas distintas, sendo a primeira pertinente às negociações preliminares, também chamada de puntuação; a segunda pertinente à proposta, com força vinculante e, a terceira, pertinente à aceitação e que implica, a partir disso, o início da execução do contrato.

Ocorre que, como sabido, nos contratos de adesão – civil ou consumerista – essa fase de puntuação é inexistente, uma vez que essa modalidade de contratação se caracteriza pela aceitação ou recusa em bloco ou ao todo da proposta, não havendo margem para negociação prévia, assistindo ao aderente/oblato tão apenas 'pegar ou largar'.

Diferentemente, nos contatos clássicos, do tipo paritário, como é o caso dos contratos empresariais, a fase da puntuação é delongada, com o advento de sondagens, estudos, debates e que resultam, em regra, numa minuta, sendo essa fase importante a fim de as partes aquilatarem a conveniência ou não em contratar.

De conseguinte, na fase de puntuação, as partes podem desistir de contratar, inclusive de forma desmotivada, desde quando a ruptura negocial não viole os 'deveres de consideração' atinentes à boa-fé objetiva, como, por exemplo, os deveres de proteção, informação e lealdade.

Assim, por exemplo, incide em responsabilidade pré-contratual aquele contratante que, de forma injustificada, desarrazoada e açodada rompa a negociação preliminar que já esteja em adiantado estágio de negociação, em detrimento dos 'deveres de conduta' próprios da boa-fé objetiva.

Na práxis judicial pátria, como exemplo da culpa *in contrahendo*, merece destaque o emblemático 'caso dos tomates', julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 591.028.295, da relatoria do então desembargador e ex-ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, conforme julgamento em janeiro de 1992, assim resumido: responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação.

Afora outros tantos exemplos do repertório jurisprudencial, cita-se o caso do rompimento de tratativas preliminares já amadurecidas, como é o caso de uma locação de um imóvel rompida sem justificativa e sem observância dos deveres anexos decorrentes da boa-fé

objetiva (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Décima Sexta Câmara Cível – Apelação Cível n. 598209179. Relator: Helena Ruppenthal Cunha – Julgado em 19-8.1998).

E em outra situação, por violação ao dever de informar, no caso de um fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 237.964-SP, 4ª Turma, de 16 de dezembro de 1999).

vi) A questão da boa-fé objetiva na fase pós-contratual: a ideia de responsabilizar uma pessoa após a extinção de uma relação obrigacional, mesmo estando cumprida a prestação, não é recente, não obstante os estudos sejam escassos, inclusive no plano mundial.

Tal qual a responsabilidade civil pré-contratual, a responsabilidade pós-contratual (culpa *post pactum finitum*) é uma criação do direito alemão, mas enquanto aquela tem previsão em várias legislações, esta tem sido desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, que depois foi seguida pelo direito português.

À luz da teoria da culpa *post pactum finitum*, entende-se que, mesmo após o cumprimento do contrato, continuam a persistir deveres laterais, acessórios ou anexos, também denominados de 'deveres de consideração', sendo que tais deveres não derivam do contrato propriamente dito e, sim, do princípio da boa-fé objetiva.

Como uma criação do direito alemão, a responsabilidade pós-contratual foi acolhida "em 1925, quando o *Reichsgericht* (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculos ao cessionário." [237]

Historicamente, em apertada síntese, traz-se à colação um caso oriundo do direito alemão, julgado na década de 20 do século passado, assim exposto, *mutatis mutandis*: a contenda refere-se a um contrato de compra e venda de um terreno, com uma linda vista para um monte. O vendedor (réu), antes de firmada a avença, ainda na fase pré-negocial, garantiu à compradora (autora) que aquela vista do monte não lhe seria tirada, visto que não poderiam ser feitas quaisquer edificações entre o terreno e o monte, comprovando esse fato ao exibir um plano de urbanização. Diante dessa informação, as partes realizaram o negócio e a compradora (autora) edificou no local sua moradia, construção essa que representou seis vezes o valor do terreno.

Passados alguns meses, o mesmo vendedor (réu) adquiriu a área situada entre o terreno vendido e o monte, pleiteou e conseguiu a modificação do plano de urbanização e, em seguida,

237 DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

realizou uma construção no local, edificação essa que passou a prejudicar a vista que a compradora tinha do monte, subtraindo desta a paisagem então existente. Não havia no contrato celebrado entre as partes qualquer cláusula que coibisse essa situação. Em razão desses fatos, a compradora do terreno ingressou em juízo, pleiteando daquele que lhe vendeu o imóvel (réu) vultosa quantia, a título de indenização. Perdeu a ação nas instâncias inferiores, mas logrou êxito no Tribunal de Revista alemão.

Na casuística retratada, observa-se que o contrato foi cumprido à risca, sem qualquer vício, intrínseco ou extrínseco, além do que não havia cláusula sobre a questão da paisagem e que a construção erguida se deu de forma legal, diante da alteração no plano urbanístico.

A decisão, pois, do Tribunal de Revista alemão foi no sentido de que, não obstante reconhecer que o contrato foi regularmente cumprido, continuava a existir um dever de comportamento centrado na 'lealdade contratual', uma vez que a supressão da paisagem pela edificação importou em uma violação de um dever de não realizar a construção que viria prejudicar a paisagem propagada, ou seja, um comportamento omissivo, mas que foi violado pelo vendedor que transgrediu a cláusula geral da boa-fé objetiva constante do § 242 do *BGB*.[238]

No Brasil, há um emblemático caso acerca da culpa pós-eficácia, havido no início do século passado, envolvendo dois luminares do cenário jurídico pátrio – Rui Barbosa e J. X. Carvalho de Mendonça – relativo à cessão de clientela entre os litigantes, o Conde Álvares Penteado e os industriais Jorge Street, Idelfonso Dutra e Alexandre Leslie. Neste histórico caso, ainda que a responsabilidade pós-contratual não tenha sido expressamente citada, constata-se que a atitude do Conde Álvares Penteado violou o dever acessório de lealdade, tendo em vista a concorrência injusta levada a efeito pouco tempo após ter vendido sua fábrica à Companhia Nacional de Tecidos Juta. Tal atitude, embora não prevista no contrato, desvirtuou o objeto da avença, pois a concorrência indevida significou um comportamento desleal e incompatível com a boa-fé.

O Código Civil de 1916 não traz qualquer referência acerca da boa-fé objetiva, conforme já explanado (subseção 2.1), apesar de alguns dispositivos legais (arts. 94, 1.082, 1.108, 1.120 e 1.121 do CC de 1916) tenham servido de lastro para a aplicação tão apenas da responsabilidade pré-contratual (culpa *in contrahendo*).

A despeito disso, no mês de agosto de 1988, portanto dois meses antes de entrar em vigor a Constituição Federal de 1988, o então desembargador e depois ministro Ruy Rosado de

238 DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136-137.

Aguiar Júnior, de forma inovadora admitiu a responsabilidade pós-contratual (culpa *post pactum finitum*), fundada na boa-fé objetiva, no seguinte caso, *mutatis mutandis*: o vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a casa para outrem, descumpre uma obrigação secundária e dá motivo à resolução. (RJTJRGS 133/401, Apelação cível n. 588.042.580, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (16-8-1988).

No Brasil, concretamente, o fundamento legal da culpa *post pactum finitum* é a cláusula geral da boa-fé objetiva estatuída no art. 422 do Código Civil e nos arts. 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, valendo-se citar algumas situações que bem elucidam a sua aplicação, a saber:

Em sede de direito civil: *i*) a extinção da procuração pelo mandante, por meio de revogação (art. 682, I, CC), uma vez que os efeitos da revogação não atingem terceiros de boa-fé que tratarem com o mandatário, se foi notificado apenas este (art. 686, CC); *ii*) a obrigação dos herdeiros do mandatário, na hipótese de morte deste, de noticiar o mandante e praticar os atos necessários para a realização do negócio (art. 690, CC); *iii*) a hipótese do casamento dissolvido pelo divórcio, em que se permite a manutenção do nome de casado (art. 1.571, § 2º, CC); *iv*) a hipótese de pagamento de alimentos entre cônjuges que persiste mesmo após a dissolução do matrimônio, somente se extinguindo com o novo casamento, união estável ou o concubinato do ex-cônjuge credor da pensão alimentícia (art. 1.708, CC); *v*) a obrigação de o advogado conservar os documentos que lhe são confiados por seu cliente, no curso da lide, bem como devolvê-los ao cliente, após o término dessa relação advocatícia.

Em sede de direito do consumidor: *i*) a obrigação de o fornecedor (fabricante ou importador) em ofertar componentes e peças de reposição durante a fabricação do produto, assim como após a sua cessação, por prazo razoável (art. 32, CDC); *ii*) a obrigação de recolher produtos defeituosos (*recall*) pelo fornecedor, expediente muito utilizado pelas empresas montadoras de automóveis para a substituição de peças com defeito, a fim de evitar danos aos consumidores.

Em sede de direito do trabalho: *i*) na hipótese em que o empregador, após o término da relação trabalhista com seu empregado, prestar informações incorretas a seu respeito, comprometendo a imagem e a boa fama profissional, causando dúvida a respeito de sua idoneidade moral.

Em sede de direito ambiental: *i*) na hipótese de demanda relacionada ao meio ambiente fundada numa relação contratual, e que, considerando a evidência do dano ambiental, com base

no princípio da precaução pleiteia-se a liminar para fins de cessar a atividade danosa, a fim de evitar danos a terceiros, danos esses individuais, coletivos ou difusos, sendo um caso de mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (*res inter alios*).

Em sede de direito administrativo: *i*) nos pactos envolvendo particulares e a administração pública, impõe-se a observância dos deveres anexos de proteção, lealdade e informação, decorrentes da boa-fé objetiva, após a extinção do contrato administrativo ou contrato de concessão, assistindo à parte lesada o direito de pleitear a reparação do dano sofrido.

De mais a mais, anote-se que o reconhecimento judicial da culpa *post pactum finitum* não gera insegurança jurídica, posto que a comprovação da violação dos 'deveres de conduta' deve se fundar em uma decisão judicial motivada, no caso concreto, e não apenas exarada de maneira subjetiva, imprecisa, banalizada e até ideológica.

Também se registre que, assim como ocorre com a culpa *in contrahendo*, a natureza jurídica da culpa *post pactum finitum* diz respeito à responsabilidade contratual e não à extracontratual, conforme majoritária doutrina, uma vez que a noção de extinção do contrato não é apenas estrita, estática e temporal, mas, ao contrário, deve levar em conta que os 'deveres de consideração' persistem mesmo após a extinção da avença, como derivativos da boa-fé objetiva, que é uma norma principiológica.

CAPÍTULO 6: VOCAÇÃO EXPANSIONISTA DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO PÚBLICO

No direito moderno, preside a concepção do 'direito como experiência concreta', diante a correlação dialética entre a realidade social e os modelos jurídicos.

O sistema normativo contemporâneo tem preferência pelo modelo normativo aberto, caracterizado pela adoção de cláusulas gerais, que são uma técnica legislativa capaz de produzir normas de conteúdo jurídico amplo, impreciso, fluido, genérico, não casuístico, permitindo ao julgador proceder a sua concreção ao caso concreto.

A adoção dos modelos jurídicos abertos decorre primacialmente da conflituosidade das relações humanas, o que justifica a técnica da cláusula geral, na medida em que assegura uma permanente atualização do direito legislado, cabendo à doutrina e à jurisprudência um papel de relevo na sua boa aplicação.

Também a prevalência de modelos jurídicos abertos deriva da superação da vetusta *summa divisio*, ou seja, a dicotomia entre o direito público e o direito privado, cuja distinção básica se refere ao interesse envolvido, mas que hoje se acha esmaecida, posto que qualquer norma (de direito público ou privado) deve refletir os valores constitucionais, uma vez que ambas se acham entrelaçadas, não havendo mais uma norma que seja estritamente de direito público e vice-versa.

De fato, essa deficiente dicotomia entre direito privado e direito público já não se compraz com a modernidade, haja vista que o direito constitucional trata de matérias tipicamente de direito privado, ao ponto de se falar em 'publicização do direito privado' e/ou 'privatização do direito público', justificando a compreensão que o sistema jurídico pátrio é unitário, não obstante complexo.[239]

Ainda nesse diapasão, elucida a doutrina que "há uma intercambialidade entre as normas de direito público e direito privado, e, especialmente, no que tange à aplicação da boa-fé objetiva, a sua aplicação não se restringe aos domínios das relações privadas..." [240]

No Brasil, percebe-se que o sistema jurídico é permeado de cláusulas gerais, que não são privativas apenas do direito civil, mas também são encontradas no direito constitucional, no direito administrativo, no direito processual, dentre outros domínios.

---

239 BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180-182..

240 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil:** a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea. Curitiba: Juruá, 2012, p. 139.

Anote-se que o modelo da cláusula geral é um modelo da 'não casuística' e que confere mobilidade ao sistema jurídico, sendo de grande importância na sociedade pós-industrial do século XXI, marcadamente plural, complexa e assimétrica, capaz de gerar conflitos dos mais variados matrizes e em velocidade cotidiana jamais alcançada pelo legislador.

Induvidoso que o sistema jurídico aberto é mais consentâneo com o mundo contemporâneo, inclusive porque refuta o regime de servidão estrita à literalidade da lei, haja vista que, por ser imantado de cláusulas gerais, amplia os poderes do julgador, no sentido de buscar uma solução concreta justa e efetiva da casuística posta, pautada na legalidade civil-constitucional.

Ademais, considerando a natureza *jus* cultural da boa-fé objetiva, a partir da *bona fides* romana, que previa a adoção de um modo geral de comportamento humano, traduzida para o idioma inglês como *take a course and stick to it* (escolha um caminho e atenha-se a ele!) e, ainda, levando em consideração que a boa-fé objetiva é um princípio ético-jurídico, a sua expansão/transposição para o direito público é perfeitamente consentânea e aceitável, posto que a tutela da confiança, da lealdade e honestidade igualmente são ínsitas às relações jurídicas de direito público.

Nesse desiderato, sólida doutrina reitera que a boa-fé objetiva não se confina/restringe apenas ao direito privado, mas se expande para o direito público, haja vista que os princípios da confiança e da segurança jurídica assim o exigem, também como fundamentos do Estado Democrático de Direito.[241]

Assim, nesse desiderato, todo sujeito deve agir conforme a boa-fé objetiva, seja pessoa jurídica ou natural, seja pessoa de direito privado ou de direito público, ressaltando que o Estado também deve agir com lealdade e honestidade com seus administrados, em prol das suas legítimas expectativas e em respeito aos princípios da confiança, da moralidade administrativa, da segurança jurídica, da legalidade, dentre outros. [242]

De mais a mais, em sendo a boa-fé objetiva um princípio materializado via cláusula geral, cujo desiderato é alcançar a máxima realização de um valor constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade material, segurança jurídica, moralidade, livre iniciativa, dentre outros), anote-se que a sua incidência não se acha confinada aos domínios do direito privado, mas também atinge o direto público, o que bem evidencia a sua vocação

241 PENNA, Bernardo Schimdt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 93.
242 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 62-88.

expansionista já sufragada no Enunciado n. 414 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "Art. 187: a cláusula geral do art. 187 do CC tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito."

6.1 Boa-fé objetiva e o direito processual

Na seara processual, entende-se a boa-fé objetiva como um vetor ou uma regra de conduta aplicável a todos os que participam da relação jurídica do processo, sendo considerada, segundo uma parcela da doutrina, até um 'sobreprincípio', isto é, uma norma otimizadora das garantias processuais constitucionais em busca de um 'processo justo'.

A boa-fé objetiva visa a instrumentalizar valores constitucionalmente previstos e que, no campo processual, se reportam à segurança, certeza, lealdade, celeridade, efetividade, numa perspectiva bem distinta da concepção liberal das garantias constitucionais processuais, tão apenas fundada numa visão meramente formal e abstrata.

Nada obstante pouca estudada no Código de Processo Civil de 1973, a cláusula geral da boa-fé objetiva tinha previsão no seu art. 14, II, *verbis*:

> São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
>
> .....
>
> II – proceder com lealdade e boa-fé;
>
> .....

De fato, desde então o legislador tinha em conta conciliar a técnica processual e a ética de todos os sujeitos participantes do processo, compelindo-os a agir com lealdade, cooperação e retidão nas condutas, em prol de um resultado processual materialmente justo e équo.

A boa-fé processual refuta condutas desleais, aéticas, fraudulentas, abusivas, meramente protelatórias, rechaçando, portanto, a litigância de má-fé, ou seja, aquela fundada na malícia, no dolo, na inverdade, na torpeza, enfim, no abuso processual, sendo a má-fé processual (litigância de má-fé) uma espécie de conduta desonrosa, com intenção de provocar o dolo, a simulação e a fraude processual, diferente da boa-fé processual, que diz respeito à presunção de sinceridade, de veracidade, ao dever das partes de se comportar honestamente.[243]

Na moderna processualística, busca-se alcançar um 'processo justo', cujo resultado (direito material) seja materialmente disposto e efetivamente entregue, o que implica em dizer

243 BATISTA, Sílvio de Sá. **Má-fé e boa-fé na processualidade democrática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018, p. 11.

que as partes e o próprio Judiciário estão compelidos a agirem com lisura, probidade, transparência e de forma cooperada em prol de um processo justo e democrático, sem voluntarismos e decisionismos.[244]

No atual Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, a boa-fé objetiva acha-se expressa no artigo 5º do CPC, que prevê os princípios da lealdade e da boa-fé processual, cuja disposição não se limita apenas a exigir conduta proba das partes, mas também de todos os que de alguma forma participam do processo, valendo-se ressaltar que, em se tratando de uma cláusula geral, não apenas situações processuais típicas (ônus, poderes, direitos e deveres) previstas no ordenamento caracterizam violação a este princípio, mas, também, outras situações processuais atípicas aferíveis no caso concreto.[245]

Ademais, a lealdade processual é um imperativo principiológico inafastável, também atinente a rechaçar o abuso de direito processual, sendo manifestamente vedados os atos atentatórios à dignidade da jurisdição, conforme rol previsto no art. 77 do CPC, merecendo observar, ainda, que a pretensão deduzida em juízo deve ser formulada em conformidade com a boa-fé (art. 322, § 2º, CPC), além do que a decisão judicial deve ser interpretada também à luz do princípio da boa-fé (art. 489, § 3º, CPC), cuja exegese da sentença deve ser feita "dentro do quadro de expectativas legítimas geradas pelo debate judiciário."[246]

A conduta leal dos sujeitos do processo deriva da função da boa-fé objetiva – função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) – no sentido de que os partícipes do processo devem observar os 'deveres de consideração/conduta', isto é, o dever de lealdade, o dever de informação, o dever de cooperação, o dever de cuidado, o dever de agir conforme a razoabilidade, dentre outros, bem como decorre da função corretora/delimitadora do exercício dos direitos subjetivos (art. 187, CC), que se reporta ao abuso de direito, sob a faceta do abuso processual.[247]

A boa-fé objetiva também se traduz via princípio da duração razoável do processo (art. 4º, CPC), em consonância com o princípio da cooperação (art. 6º, CPC), a exigir que os sujeitos do processo devam agir de forma cooperada entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável.

---

244 PENNA, Bernardo Schimdt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 102-103.
245 CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 103.
246 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.615.
247 TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**: impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015, p. 34-35.

E dentre os diversos deveres de cooperação processual, citam-se o dever de esclarecimento, o dever de diálogo, o dever de auxílio, o dever de informação, o dever de vedação à decisão-surpresa (art. 10, CPC), dentre outros. Compreende-se, assim, que o dever de cooperação é voltado para a obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável.[248]

Em igual sintonia, entende-se que o princípio/dever de cooperação informa que as partes são livres para escolher os meios idôneos à consecução de seus objetivos, mas com a ressalva de que tais procedimentos adotados sejam eficazes e probos, a fim de evitar a litigância de má-fé, nada obstante o princípio do livre acesso à justiça (art. 5º, XXXIV a XXXV e LV, CF), que não comporta banalização.[249]

Também digno de nota é que a boa-fé objetiva, em sede processual, dispensa a perquirição do *animus*, consoante entendimento sufragado na I Jornada de Direito Processual Civil do Superior Tribunal de Justiça, Enunciado nº 1: "A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do *animus* do sujeito processual".

De conseguinte, entende-se que o princípio da boa-fé objetiva processual proíbe o 'abuso do direito' processual, que tem pertinência com a função corretora da boa-fé objetiva (art. 187, CC), bem como exige obediência aos deveres de consideração, relativos à função criadora da boa-fé objetiva (art. 422, CC), além da pertinência com a função hermenêutica da boa-fé objetiva (art. 113, CC), uma vez que a decisão judicial e as postulações das partes devem ser interpretadas de acordo com este princípio.[250]

Nesse diapasão, vale registrar a enorme potencialidade da boa-fé objetiva no direito processual, merecendo destaque os seguintes julgados:

Por exemplo, numa situação envolvendo a proibição de comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* – em que o recurso contestava sentença homologatória de laudo pericial que avaliou os haveres de falecido sócio de uma sociedade de quotas de responsabilidade limitada, dedicada ao ramo da comercialização de remédios. A homologação foi expressamente requerida, por mais de uma vez, pelo espólio do *de cujus*. Sobre o laudo pericial, que acabou homologado, afirmou o espólio ser "fruto de um trabalho sério e competente" e, em outra ocasião, "fruto de um trabalho esmerado", que "solucionou a

248 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC código de processo civil**: inovações, alterações, supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015, p. 16.
249 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 228.
250 BATISTA, Sílvio de Sá. **Má-fé e boa-fé na processualidade democrática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018, p. 164.

controvérsia que envolvia as partes". Entretanto, uma vez proferida a sentença judicial homologatória, veio, contraditoriamente, a apelar, contestando a veracidade do laudo. *In casu*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu, por unanimidade, o voto do relator, para negar conhecimento ao recurso (Apelação Cível 2.699/97, 3.3.1998, voto do Rel. Des. Wilson Marques).

No caso exposto, com efeito vê-se evidente contradição entre o pedido de homologação de laudo pericial e sua posterior impugnação por meio de recurso interposto contra a respectiva sentença homologatória, uma vez que os dois atos processuais se encontram em frontal contradição, o que retira do recurso a sua admissibilidade.[251]

De mais a mais, conforme abalizada doutrina e jurisprudência, há situações, no âmbito processual, que a preclusão lógica se traduz na aplicação do *venire contra factum proprium*, considerando que a preclusão lógica significa a atividade incompatível com o exercício da faculdade, ou melhor, significa o impedimento de realização de ato processual advindo da realização de ato anterior incompatível logicamente com aquele que se pretende realizar.

A preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente da sua figura parcelar denominada *venire contra factum proprium*, estando atualmente prevista nos arts. 276 e 1.000 do Código de Processo Civil.

Uma outra situação-paradigma se reporta ao *tu quoque*, que é um subprincípio/figura parcelar ou dever anexo da boa-fé objetiva, também ínsito à função corretora/delimitadora do exercício de direitos subjetivos (art. 187, CC), já explanado na subseção 3.3.4, fundado numa conhecida regra de outro de tradição ética: 'não faças aos outros aquilo que não quer que lhe façam'.

A figura parcelar *tu quoque* caracteriza uma conduta permeada de malícia, embuste, deslealdade, na medida em que alguém viola determinada norma jurídica e, depois, tenta tirar proveito da situação, com o objetivo de se beneficiar ou, ainda, quando uma parte, após violar uma norma, passa a exercer uma posição jurídica que esta mesma norma lhe assegura.

Objetivamente, uma pessoa que desrespeita uma orientação ou um comando não pode, a seguir, exigir que outro venha observá-la, conforme assim previsto no art. 476 do Código Civil, que se reporta à exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

Na seara processual, e como exemplo da prática do *tu quoque*, cita-se uma situação

---

251 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 155.

envolvendo um oficial de registro de imóveis afastado de suas funções porque teria cometido diversos crimes em razão de sua função. O acusado impetrou mandado de segurança contra seu afastamento, sob a alegação de violação às garantias constitucionais processuais, mas não obteve êxito. Inconformado, interpôs Recurso Ordinário, sendo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2ª T., RMS 14.908, Proc. 2002/0063237-1/BA, Rel. Min. Humberto Martins, un., j. em 06.03.2007, DJU 20.03.2007, p. 256), entendeu que a pretensão 'contraria a lógica jurídica e a razoabilidade', diante dos fortes indícios de ilícitos praticados pelo recorrente no exercício de suas funções, o que configuraria comportamento contraditório (*tu quoque*), na medida em que sua pretensão em permanecer no cargo (suposto direito líquido e certo) não se coaduna com os diversos crimes por ele praticados.[252]

Também um outro subprincípio da boa-fé objetiva – *duty to mitigate the loss* – descrito na subseção 3.3.5, tem pertinência com a execução da multa cominatória (*astreintes*), naquela situação em que a parte autora, após obter liminar favorável, se omite em informar ao juízo o seu descumprimento, não devolvendo os autos após delongada carga e que, somente quando o faz, passa a cobrar um valor altíssimo das *astreintes*, razão pela qual deve o Estado-Juiz limitar o valor da multa ou mesmo afastá-la, com base no dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.[253]

Anote-se, ainda, que a boa-fé objetiva no campo processual também diz respeito à vedação de conduta dolosa processual (litigância de má-fé), à otimização de garantias processuais constitucionais (devido processo legal, ampla defesa, dentre outras), à asseguração de uma prestação jurisdicional em tempo razoável, com fundamento na lealdade e cooperação processuais, com o fito de evitar manifestações ou manobras recursais protelatórias, como, por exemplo, a chamada 'guarda de trunfos' ou 'nulidades de algibeira', cuja conduta processual, premeditada e oculta, revela-se numa chicana jurídica, por surpreender a parte adversa e o julgador, posto que suposta nulidade já poderia ter sido arguida antes, na primeira oportunidade, sob pena de preclusão (art. 278, CPC).

6.2 Boa-fé objetiva e o direito financeiro

Defende-se que, a despeito da discussão sobre a natureza jurídica do orçamento, a boa-

252 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.
253 NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Responsabilidade civil & mitigação dos prejuízos**: a resposta do lesado e seus efeitos sobre a reparação dos danos patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2020, p. 137-138.

fé objetiva fundamenta direitos subjetivos aos particulares em relação às normas orçamentárias, gerando efeitos vinculantes para o Estado e os cidadãos, não se tratando, pois, de mera operação administrativa aprovada pelo Parlamento despida de substância normativa.

Apesar do juízo crítico sobre a distinção entre leis materiais e leis formais, na medida em que, em larga escala, afronta o princípio da legalidade, tal dicotomia ainda persiste na prática jurídica brasileira, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se reporta à natureza jurídica do orçamento.

Nesse contexto dicotômico, predomina na doutrina o entendimento de que a lei orçamentária é de natureza formal, pois não tem um cunho geral, impessoal e abstrato, mas apenas um cunho administrativo, sendo considerada um mero ato administrativo que decide um caso concreto.

Ocorre que, não obstante o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a lei orçamentária é apenas uma lei formal e que, como tal, não passível de controle de constitucionalidade, já há uma revisão desse posicionamento pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir esse controle em situações excepcionais.

À vista dessa nova inclinação jurisprudencial e, ainda, forte em sólida e minoritária doutrina, entende-se que "o orçamento, deve-se ressaltar, veicula preceitos jurídicos de ordem geral, destinados aos entes públicos e à coletividade em geral, trazendo em seu bojo todos os elementos que caracterizam as leis materiais."[254]

Ademais, em conformidade com a doutrina da legalidade civil-constitucional, conclui-se que o orçamento é uma lei em sentido pleno, formal e material, na medida em que constitui verdadeiro plano de governo, o que faz nascer para a administração a obrigação de perseguir as finalidades nele expressas.

Também considerando que o Estado existe para a satisfação das necessidades públicas e, em sendo o orçamento um efetivo plano governamental, constata-se que a lei material orçamentária gera direitos e obrigações para a administração pública e produz efeitos subjetivos substanciais com relação aos administrados.

Basicamente, a lei orçamentária vincula a administração pública em geral responsável pela sua execução, caracterizando-se, por conseguinte, como um marco legal dentro do qual a ação governamental deve ser desenvolvida.

O orçamento deve ser impositivo e não facultativo, pois não é apenas uma peça

254 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 114.

financeira programática e informativa, mas, ao contrário, um claro plano de governo que vincula a administração pública e as condutas dos particulares.

Contudo, malgrado o caráter obrigatório da lei orçamentária, assiste ao administrador fazer eventual ajuste na sua execução, com base nos princípios da conveniência e da supremacia do interesse público, desde quando – por lógico – não ofenda as legítimas expectativas dos cidadãos (administrados) que devotam confiança na execução do orçamento impositivo, posto que isso caracteriza um comportamento contraditório da administração pública, a configurar o *venire contra factum proprium*, a figura parcelar da boa-fé objetiva.

Em igual sintonia, como outro exemplo de *venire contra factum proprium*, cita-se o eventual incentivo pecuniário concedido pelo poder público, isto é, a chamada concessão de subvenções, que, não obstante sua ínsita natureza discricionária pela administração, não pode deixar de ser efetivada ou entregue por mera conveniência, sob pena de, arbitrariamente, frustrar as legítimas expectativas dos cidadãos beneficiados.

De fato, observa-se que a rubrica da subvenção prevista no orçamento gera uma manifestação de confiança do particular, devidamente protegida pelo princípio da boa-fé objetiva, não podendo a administração adotar um comportamento novo (negação da subvenção) contrário à conduta anteriormente manifestada (promessa de subvenção).

Anote-se, ainda, como outros exemplos da boa-fé objetiva aplicáveis, o chamado controle da execução orçamentária, muito próprio dos Tribunais de Contas, a exigir dos agentes públicos uma gestão proba, leal e honesta.

Também, em relação ao tema do crédito público, ressalte-se que o empréstimo público, em sendo um contrato fundado essencialmente na credibilidade e na confiança, não se admite seja convolado sem a devida autorização legislativa, uma vez que milita em favor do contratante credor a presunção de legitimidade dos atos do poder público, sendo legítima sua expectativa de estar o agente do Estado devidamente autorizado a celebrar o contrato.

E, por último, como decorrente do empréstimo público, impõe-se que o Estado honre a dívida pública contraída, posto que, em caso de inadimplência, no mais das vezes provocada pela má gestão (temerária, abusiva ou desonesta), a obrigação de pagar a dívida deriva não só da prestação principal em si, mas, também, representa um corolário da boa-fé objetiva, uma vez que o não pagamento frustra a legítima expectativa depositada pelo credor na conduta leal e honesta do Estado.

6.3 Boa-fé objetiva e o direito tributário

Uma vez concedido pelo poder público os incentivos fiscais, nasce para os administrados beneficiados as legítimas expectativas que eles perdurarão pelo prazo fixado.

Os chamados benefícios ou incentivos fiscais são medidas de estímulo, que implicam em vantagens fiscais, "operacionalizadas mediante renúncias de receita por parte do poder público, para induzir os particulares à adoção de determinados comportamentos."[255]

Os incentivos fiscais são caracterizados como autolimitações do poder tributante, havendo várias espécies deles, como, por exemplo, a anistia, a remissão, o subsídio, a isenção, a redução de alíquotas etc.

O tema geral da renúncia fiscal deve ser acompanhado de medidas de cautela fiscal, conforme regramento detalhado constante no art. 150, parágrafo sexto da Constituição Federal e artigo 14 da LRF (Lei Complementar nº.101, de 04 de maio de 2000).

No caso de isenção fiscal, por exemplo, somente é possível mediante lei, como assim expresso no art. 176 do Código Tributário Nacional, o que reforça a proteção da confiança do contribuinte, que é ínsita a boa-fé objetiva, mediante a exclusividade da lei tributária para tal fim.

Ademais, a aplicação da boa-fé objetiva aos benefícios fiscais assume particular realce nos casos de incentivos fiscais onerosos ou condicionados, isto é, naqueles em que haja assunção recíproca de compromissos pelo administrado e pela administração, uma vez que o contribuinte fica induzido a realizar investimentos para alcançar o favor legal, dispendendo recursos para o preenchimento das condições de concessão dos benefícios.[256]

A título de exemplo, cita-se a hipótese da concessão de isenção de IPTU pela Municipalidade, durante o prazo de 15 anos, a fim de atrair empresas para ali se instalar, com o intuito de ampliar o mercado de trabalho, gerando para o empresário/particular legítimas expectativas pela manutenção da isenção, não sendo razoável que a Administração a revogue ou a anule.

Inquestionavelmente, as isenções fiscais condicionadas a contrapartidas por parte dos beneficiários implicam em legítimas expectativas à manutenção das respectivas vantagens, não podendo ser livremente revogadas ou anuladas pelo poder público, uma vez que tais benefícios já se acham incorporados ao patrimônio dos administrados, sendo esse, inclusive, o entendimento já fixado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante Súmula nº 544 do STF,

255 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 166.
256 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 168.

segundo a qual "isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas."

A despeito do poder de o Estado rever seus atos administrativos, a eventual anulação de um benefício fiscal já concedido, mormente se oneroso, deve ser feita com base em rigoroso juízo de ponderação, com o fito de preservar a segurança jurídica e zelar pela confiança dos administrados beneficiados, sob pena de o Estado responder civil e objetivamente pelos prejuízos causados aos particulares, por violação à boa-fé objetiva.

Também a proteção da confiança do contribuinte se faz presente na matéria de revisão do lançamento, ao se exigir a inalterabilidade dos critérios jurídicos com relação aos fatos ocorridos anteriormente à introdução de nova interpretação do fisco, consoante dispõe o art. 146 do Código Tributário Nacional, cuja dicção legal também é sufragada pela Súmula 227 do antigo Tribunal Federal de Recurso, segundo a qual "a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento".

Uma vez efetuado o lançamento tributário, não se admite que a autoridade fiscal o altere de ofício, alegando que a interpretação nele adotada não seria mais compatível, ainda que os tribunais tenham firmado orientação jurisprudencial diferente da primeira interpretação.[257]

A administração tributária também deve agir com transparência e tempestividade nos atos normativos emanados, inclusive em caso de eventual mudança de critério interpretativo, não podendo o administrado ser punido pelos fatos e atos anteriores à novel orientação, conforme regra expressa do parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional, que protege o contribuinte que agiu em conformidade com a legislação tributária então vigente, sufragando, assim, o princípio do *venire contra factum proprium* na seara tributária.

A autoridade fiscal não pode agir em desconformidade com a boa-fé objetiva, de sorte que eventual modificação interpretativa da legislação não pode atingir as situações jurídicas já em curso, à vista do brocardo da irretroatividade da legislação tributária e do princípio da boa-fé objetiva.

De igual forma, em caso de consulta administrativa fiscal, que é um mecanismo à disposição do contribuinte para esclarecer dúvida sobre a interpretação de dispositivo legal aplicado a fato determinado, entende-se que a administração deve responder a contento, ou seja, de forma clara, completa e fidedigna, posto que tem o dever de informar, em respeito à lealdade

257 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 176.

e coerência administrativas (boa-fé objetiva).

Dessarte, à vista da complexa e quase infinda legislação tributária pátria, o que provoca permanente insegurança jurídica, já há uma tendência em se editar um 'código de defesa do contribuinte', para fins de disciplinar os direitos e garantias dos contribuintes, inclusive para coibir condutas arbitrárias de agentes do fisco, conforme projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Por seu turno, em igual senda, anote-se que a conduta do contribuinte também deve estar pautada pela lisura, honestidade e cooperação perante o fisco, uma vez que a boa-fé objetiva impõe reciprocidade, não podendo o administrado agir de forma maliciosa, praticando sonegação ou evasão fiscal, em detrimento do erário, que guarnece o interesse coletivo. Por exemplo, considerando que o instituto do planejamento tributário é salutar ao contribuinte, pois visa a legítima economia de tributos, ele também deve obedecer ao primado da boa-fé objetiva.

6.4 Boa-fé objetiva e o direito previdenciário

Conforme analisado, o princípio da boa-fé objetiva é uma categoria transversal ou transdisciplinar aplicável a todos os ramos do Direito.

Inobstante o princípio da boa-fé objetiva não esteja expresso na Carta Magna, ele se acha presente implicitamente em vários dispositivos, uma vez que tem vinculação com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, moralidade e livre iniciativa. Também se acha expresso no Código Civil e no Código do Consumidor, bem como implícito na Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), no Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99) e na Instrução Normativa 45/10.

Originariamente gestada no direito privado, a boa-fé objetiva perpassa todo o ordenamento jurídico à vista da sua força normativa, haja vista que implicitamente vinculada aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade, dignidade humana, moralidade pública, dentre outros.

Entende-se por força normativa o intuito em conferir a um instituto jurídico a sua máxima eficácia, isto é, a maior efetividade do seu conteúdo normativo, sendo isso patente no princípio da boa-fé objetiva, que se apresenta como uma 'exigência de lealdade' atinente a todos no comércio jurídico, quer seja pelos particulares entre si, quer seja entre particulares e o poder público. A força normativa também se concretiza quando o magistrado, ao decidir o caso concreto, busca aferir se as partes agiram com lealdade, probidade e confiança, em respeito às

legítimas expectativas criadas.[258]

Em sede de direito previdenciário, informa a doutrina que o Sistema Nacional de Seguridade Social é o gênero formado por três espécies – Assistência Social, Saúde e Previdência Social – e que produz relações jurídicas afetadas pela expectativa de lealdade e probidade entre as partes, tanto por parte da sociedade quanto por parte do Estado.[259]

Na dogmática pátria, os direitos sociais são catalogados como de segunda geração, como, por exemplo, o direito à saúde, nos moldes do art. 6º da Constituição Federal, englobando todo o sistema de seguridade social.

A boa-fé objetiva exige regras de conduta recíprocas, de lealdade e confiança.

Nesse sentido, assim como outros tantos direitos de proteção, o direito à saúde requer a sua real implementação pelo poder público, diante da costumeira imperfeição da política pública de saúde, ou da omissão legislativa pertinente, ou mesmo da abusividade administrativa ou atos desonestos. Por seu turno, assiste ao cidadão adimplir suas obrigações tributárias a fim de subsidiar o financiamento das prestações fundamentais.

Acerca do sistema de proteção social, ressalte-se que a Assistência Social e a Saúde têm semelhanças, pois ambas são serviços de acesso gratuito à população, uma vez que independem de contribuição, bem como é de responsabilidade concorrente dos entes federativos (União, Estado e Município).

Já a Previdência Social exige contribuição para que o segurado passe a ter direito às prestações de proteção (art. 201, CF), como os benefícios de auxílio-doença previdenciário e acidentário, aposentadoria por invalidez previdenciária e acidentária, aposentadoria por idade, auxílio-reclusão, auxílio-acidente, pensão por morte, dentre outros.[260]

Na seara previdenciária, por exemplo, impõe-se que a Administração Pública cumpra o seu mister, isto é, exerça o seu dever de proteção social a contento, prestando as informações necessárias ao exercício do direito individual do cidadão, uma vez que este tem o direito à informação e o Estado tem o dever de informar, sendo isso reticentemente descumprido, quando se constata o mau atendimento prestado ao cidadão numa agência da Previdência Social.

De igual forma, a Administração Pública deve se pautar pela moderação e pela razoabilidade dos seus atos, evitando excessos e abusos, merecendo destaque o direito

---

258 WALDRICH, Rafael Schmidt. **Previdência social e princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 37-44.
259 WALDRICH, Rafael Schmidt. **Previdência social e princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 23.
260 WALDRICH, Rafael Schmidt. **Previdência social e princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 84.

adquirido, que é um poderoso instituto em favor do cidadão, que diz respeito à segurança jurídica e, de conseguinte, à boa-fé objetiva, ressaltando que a boa-fé do cidadão é sempre presumida, o que faz indicar seu estado de necessidade quando procura a proteção social do Estado.

Também em caso de processo administrativo previdenciário, se porventura o cidadão beneficiário deixar de apresentar algum documento necessário à obtenção do benefício pleiteado, não cabe à Administração Pública indeferir o pleito de plano, mas, sim, promover a abertura de prazo para a sua juntada, o que evidencia seu dever de cooperação, conforme artigos 176 do RPS e 576 da Instrução Normativa 45/10.

Em sede de jurisprudência, também se observa situações que evidenciam a aplicação da boa-fé objetiva, como, por exemplo, na hipótese de o Poder Público creditar na remuneração do servidor valores a maior, de forma errada, fato que impede o Estado de reavê-los, uma vez que tais valores foram recebidos de boa-fé e, por isso, são irrepetíveis.

Anote-se, ainda, o papel desempenhado pela jurisprudência em sede da chamada 'judicialização da saúde', para fins de compelir o Poder Público a adequada e eficaz implementação de uma política pública, além de coibir os abusos estatais, mormente quando o cidadão já cumpre a sua parte, isto é, adquire o direito, mas se vê impotente perante a desídia previdenciária.

6.5 Boa-fé objetiva e o direito administrativo

A despeito das várias definições, a partir de critérios diversos, entende-se por direito administrativo "o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem",[261]segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Dentre os vários princípios que regem o direito administrativo, destaca-se – para o objeto desta pesquisa – o da moralidade administrativa (art. 5º, LXXII, e 37 *caput*, CF), uma vez que o ato administrativo, além de se revestir de legalidade, também deve estar fundado na ética, na honestidade, na lealdade, na probidade.

Na dogmática legal, a preocupação com a honestidade/probidade do ato administrativo também é avistável em artigo específico sobre a improbidade administrativa, referido na Constituição Federal (art. 37, § 4º, CF), bem como quando trata da perda ou suspensão dos direitos políticos (art. 15, V, CF), quando se refere ao crime de responsabilidade (art. 9º da Lei

261 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

nº 1.079, de 10/04/1950) e ao processo administrativo no âmbito federal (art. 2º *caput* e IV, da Lei 9.784, de 29-1-1999), dentre outros diplomas legais.

O princípio da moralidade administrativa é um reflexo da ética na Administração Pública[262]e deve ser observado por todos, quer seja pelo administrador público, quer seja pelo particular que se relaciona com a Administração Pública, bastando lembrar, quanto a este, o costumeiro conluio entre licitantes em matéria de licitação.[263]

A moralidade administrativa é entendida como um pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, na perspectiva de que a moral comum não se confunde com a moral jurídica, entendida esta como um conjunto de regras de boa administração, um conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.[264]

Melhor esclarecendo, ao atuar, o agente administrativo não pode desprezar o elemento ético de sua conduta, isto é, não deve examinar apenas se o ato é legal ou ilegal, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno, mas também aferir se o ato é honesto ou desonesto, em prol do bem comum, haja vista que nem tudo que é lícito é honesto, conforme brocardo romano *non omne quod licet honestum est*.[265]

No Estado Democrático de Direito, a moralidade administrativa, que pressupõe o agir conforme a ética, deve ser atendida por todos indistintamente, tanto pelo administrador como pelo administrado,[266]significando dizer que há um dever de boa-fé atinente a todos os integrantes da relação jurídica administrativa, mormente no contrato administrativo.[267]

Não há dúvida de que o direito civil, de tradição romana milenar, tem reflexos no direito administrativo, que é um ramo recente da ciência jurídica, cujo nascimento se deu em 1828 com a primeira cátedra de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Paris.[268]

A despeito dos poucos estudos sobre a boa-fé objetiva no âmbito do direito público,

---

262 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1016.
263 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.104.
264 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.
265 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.
266 CARVALHO NETO, Tarcísio de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 16.
267 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 611.
268 CRETELLA JÚNIOR, José. Reflexos do direito civil no direito administrativo. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1363/1376, v.4.

sólida doutrina defende o aproveitamento da doutrina jusprivatista ao campo juspublicista,[269] [270]restando patente que a moralidade administrativa não só veicula o princípio da boa-fé objetiva no direito administrativo, como impõe um dever de probidade do administrador público,[271]haja vista, por exemplo, que o ato administrativo deve ser conforme a boa-fé objetiva, "pouco importando de quem partiu e quais suas intenções."[272]

O princípio constitucional da moralidade administrativa obriga a um dever de transparência e lealdade por parte da Administração Pública e que, em caso de inobservância – por ação ou omissão administrativas – pode gerar ao cidadão direito subjetivo público a prestações do Poder Público ou a indenizações.

No Estado Democrático de Direito, cabe à Administração Pública proteger a confiança legítima que lhe é devotada pelos administrados,[273]mediante uma conduta estatal coerente e não contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos,[274] uma vez que há um dever de coerência a ser observado pelo administrador, a ser efetivado por uma nova fonte do direito administrativo, qual seja – o precedente administrativo – que significa a "prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares",[275]afora a incidência da teoria dos atos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*), que é derivativa da boa-fé objetiva (art. 187, CC).

Demais disso, observe-se que o contrato administrativo também é afetado pela boa-fé objetiva, à vista dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da segurança jurídica,[276] consoante o previsto no art. 54 *caput* da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações

---

269 GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 233.
270 CASTRO, Luciano Araújo de. **A boa-fé objetiva nos contratos administrativos brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2018, p. 107-166.
271 GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 227-318.
272 GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 246.
273 GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320.
274 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na administração pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo brasileiro na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 959.
275 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na administração pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo brasileiro na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 962.
276 CASTRO, Luciano Araújo de. **A boa-fé objetiva nos contratos administrativos brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018, p. 182.

e Contratos Administrativos), quando se reporta, em primeiro lugar, aos 'preceitos de ordem pública', de sorte que, não obstante os seus princípios próprios, os contratos administrativos são modernamente reinterpretados à luz do princípio da boa-fé objetiva, perfeitamente aplicável, por exemplo, como balizador da prerrogativa de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública,[277]afora outras tantas situações já reconhecidas pela jurisprudência.

Anote-se, ainda, que enquanto o direito administrativo tradicional se apoiava no paradigma bipolar, isto é, o binômio autoridade/liberdade, o direito administrativo contemporâneo se funda no paradigma relacional, estruturado em torno de outras noções, como, por exemplo, o equilíbrio de interesses, o processo, o consenso, a regulação, a ponderação do exercício da autoridade, visando à satisfação coletiva, sendo a boa-fé objetiva um poderoso instrumento para alcançar tal desiderato.[278]

Na sociedade pós-moderna, marcadamente assimétrica, massificada e não solidária, o cidadão deve ser o centro das preocupações do direito administrativo, conforme o paradigma relacional, uma vez que o Estado depende do indivíduo para cumprir seu papel.

6.6 Boa-fé objetiva e direito ambiental

Considerado um ramo recente do Direito, surgido na metade do século XX, o direito ambiental é conceituado como o "complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações."[279] Já em linguagem denotativa, diz-se que é o "conjunto de normas e princípios tendentes à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida."[280]

O bem tutelado pelo direito ambiental é o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), cujo beneficiário é o próprio homem no presente e as gerações futuras, o que significa sua faceta transgeracional, razão por que se exige um desenvolvimento sustentável.

O direito ambiental se caracteriza pela multidisciplinaridade, haja vista que, a despeito

277 HENRIQUES, Diana Carolina Biseo. O princípio da boa-fé objetiva como parâmetro para a alteração unilateral do contrato administrativo. *In*: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da (org.). **O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 131-157.

278 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

279 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 258.

280 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. *In*: SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques (atual.). 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 471.

de ser uma disciplina especializada, não é independente, pois alberga noções de outras ciências (Ecologia, Economia, Antropologia, Sociologia, Biologia, Geografia, Saúde Pública, História etc), além do que mantém relações estreitas com vários ramos do Direito, ou seja, Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual, Internacional, Civil, Consumidor, Econômico, Tributário, Urbanístico, dentre outros.[281]

Em doutrina, considera-se a vivência em um meio ambiente saudável e não poluído um direito humano de terceira geração/dimensão, e que, não obstante achar-se ainda em fase embrionária, decorre dos novos reclamos do gênero humano face o "impacto tecnológico e o estado contínuo de beligerância",[282] destinando-se não à proteção do homem individualmente, mas, sim, em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade difusa ou coletiva, vinculada esta ao princípio da solidariedade social. [283]

Na modernidade, há uma busca por uma ética ambiental, uma vez que o meio ambiente é um patrimônio da coletividade, que exige uma gestão pública eficiente e honesta, atrelada aos princípios da segurança jurídica, moralidade administrativa e solidariedade social, além de uma perspectiva humanista, em prol da ética da vida, que visa à preservação do meio ambiente saudável e equilibrado, fundamental para a sobrevivência humana no planeta.[284]

Para tanto, diversos princípios informam o direito ambiental, merecendo realce os seguintes:

i) o princípio da prevenção, considerado um princípio basilar, pois trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, isto é, os riscos certos e concretos. O termo prevenir significa tomar a dianteira, acautelar-se, preparar-se ou precaver-se. Referido princípio é adotado em caso de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (Lei nº 6.938/81) e art. 225, IV, da Constituição Federal, mediante a imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras;

ii) o princípio da precaução, igualmente importante, se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos, ou seja, se preocupa com riscos incertos relacionados a perigos abstratos.[285] Na prática, significa tomar uma medida antecipada para evitar um mal, isto é, para evitar danos futuros, como, por exemplo, a não concessão de uma licença ambiental a uma atividade empresarial que não se tenha certeza de que ela não causará danos irreversíveis ao meio

281 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 5 ed. São Paulo: Foco, 2019, p. 9-15.
282 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2020, p. 553.
283 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2020, p. 553-554.
284 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 149-164
285 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 266.

ambiente;

iii) o princípio do poluidor-pagador, no sentido de que o agente econômico deve assumir o custo social da poluição por ele gerada, isto é, que tem o "dever de internalizar as externalidades ambientais negativas."[286] Significa que, ao elaborar seu custo de produção, o agente deve assumir o custo social do seu processo produtivo, ou seja, o custo resultante dos danos ambientais, restando claro que a exegese correta é a de que se se poluir deve pagar pelos danos e não se pagar pode poluir, conforme assim expresso no art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/1981 e art. 225, § 3º, da Constituição Federal;

iv) o princípio da função socioambiental da propriedade, que significa que a propriedade também deve ter uma função ambiental, ou seja, se achar em sintonia com o meio ambiente sustentável (art. 1.228, § 1º, CC), como um derivativo da sua função social (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º e 186, I e II, CF).

A propriedade não deve se destinar a um fim especulativo, sendo que, além da sua natural função econômica, também deve atender a uma função social ambiental, em prol da preservação do meio ambiente, como, por exemplo, em relação à preservação da Mata Atlântica (art. 2º, Lei nº 12. 651/2012).[287]Nesse sentido, justifica-se a chamada 'obrigação real ou *propter rem*', ou seja, aquela imposta a um proprietário rural, por exemplo, para recompor a vegetação em áreas de preservação permanente e reserva legal, ainda que não tenha sido responsável pelo desmatamento;

v) o princípio da reparação integral, no sentido de que, em caso de degradação ambiental ou poluição, o seu autor deve reparar integralmente o dano, como assim expresso no art. 4º, VII, da Lei 6.938/1981(Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), não se tolerando o ressarcimento parcial ou incompleto, que preferencialmente deve ocorrer pela via *in natura* ou, não sendo possível, mediante indenização em pecúnia, tanto por danos material e/ou moral.

A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, fundada na teoria do risco ambiental, pouco importando se a atividade do empreendedor seja lícita ou ilícita (art. 14, § 1º, Lei nº 6.938/81 e art. 225, § 3º, CF), inclusive sem a necessidade da prova do nexo causal, como na hipótese de obrigação *propter rem*, o que faz gerar responsabilidade solidária entre o atual e o antigo proprietário (arts. 3º, IV e 14, § 1º, Lei nº 6.938/81), consoante Súmula 623 do Superior

286 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 877.

287 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Proteção do bioma mata atlântica na sociedade de risco e possibilidade de manejo sustentável. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 213-222.

Tribunal de Justiça, *verbis*: As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

Ademais, o risco ambiental é tido como da espécie 'risco integral', que é "uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal ou em que este se mostra extremamente diluído",[288]significando dizer que o dever de indenizar é imputado àquele que cria o risco, ainda que a atividade seja considerada causa mediata ou imediata do evento danoso, sendo irrelevantes as causas excludentes de responsabilidade civil aplicáveis à ocasião do fato.[289]

Na percepção de que se vive numa sociedade de risco, conforme prenunciado por Ulrich Beck,[290]o dever de segurança é um postulado essencial, que se contrapõe ao risco, pois este é uma probabilidade de dano, uma vez que risco e segurança são fatores que interagem estritamente na vida moderna, de sorte que "onde há risco tem que haver segurança."[291]

Em caso, pois, de responsabilização civil ambiental, impõe-se ao causador ou causadores, solidariamente (art. 942, *caput,* 2ª parte, CC e art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81), a obrigação de reparação do dano ambiental, da seguinte forma: *i*) obrigação de não fazer, que consiste na cessação da atividade causadora do dano; *ii*) obrigação de fazer, que significa recuperar o bem danificado; *iii*) obrigação de dar, que representa a indenização em pecúnia, em caso de impossibilidade de recuperação do bem degradado.[292]

Anote-se ainda, para bem atestar a incidência da boa-fé objetiva na seara ambiental, os casos ambientais de Mariana e Brumadinho, ambos de notoriedade pública.

A doutrina especializada faz uma distinção entre 'desastre' e 'acidente', entendido o primeiro como desastre natural, isto é, advindo de fatos da natureza e, portanto, estranhos e independentes da ação humana (terremotos, vulcões, tornados, incêndios, secas, epidemias), enquanto o segundo (acidente) – também chamado de desastre humano ou antropogênico – como aquele provocado por ações ou omissões humanas que prejudicam o ambiente ecológico de uma forma geral, como, por exemplo, o desmatamento, a queimada, a poluição, o vazamento de oleoduto, o desastre nuclear, como o de Chernobyl. De qualquer sorte, em que pese a relevância da distinção, na grande maioria das vezes, o desastre tem um caráter híbrido ou misto, pois decorre da "sinergia de fatores naturais e humanos",[293]assim denominado de

288 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 230.
289 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 453-455.
290 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2019, p. 7-376.
291 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 230.
292 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 5 ed. São Paulo: Foco, 2019, p. 635.
293 ATHAR-BARCESSAT, Ana Clara Aben-. **Desastres e direito ambiental**: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, p. 24.

‘desastre misto’.

Concretamente, nos casos dos rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho, ambas no Estado de Minas Gerais, constata-se que se trata de acidentes e não desastres, posto que, notoriamente, decorreram por causa da falta do dever de segurança (negligência) das mineradoras responsáveis (Samarco e Vale), que, na condição de fornecedoras do produto (minério), também desenvolvem uma atividade de risco ou perigosa (art. 927, § único, CC). Some-se a isso, em igual patamar de negligência, a fiscalização ineficiente por parte do Ministério Público e das agências reguladoras, estadual e federal, significando, ao cabo, a ocorrência de acidentes ambientais gravíssimos, com consequências nefastas para o meio ambiente e de danos, individuais e coletivos, para os moradores da região, também consumidores por equiparação (*bystanders)*, nos moldes dos arts. 2º, § único, 17 e 29 do CDC.

In casu, observe-se que a falta do dever de segurança das causadoras diretas dos danos (as mineradoras), em razão da desídia/negligência na atividade de risco desenvolvida, também viola o princípio da boa-fé objetiva, visto que o dever de segurança é uma regra de conduta pertinente à função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC), flagrantemente desobedecido pelas mineradoras, que não atinaram para o dever de consideração em relação ao meio ambiente e às vítimas humanas, as consumidoras por equiparação.

A coletividade em geral e, especialmente, as vítimas de *per si*, tinham as legítimas expectativas de que as barragens jamais rompessem, pois depositavam confiança na gestão ambiental dos riscos a cargo das empresas – o que não ocorreu – significando dizer que as mineradoras violaram o dever de conduta, de cuidado, de proteção, por manifesta transgressão ao princípio da prevenção, que instrumentaliza a boa-fé objetiva na seara ambiental, pois o rompimento de uma barragem se trata de um risco conhecido, atual, certo e concreto.

Dessarte, em sede de processualística ambiental, ressalte-se que milita em prol das vítimas o princípio da inversão do ônus da prova, razão por que cabe às empresas a prova do ‘fato positivo’ de que tomaram todas as medidas contra a poluição e a prova do ‘fato negativo’ de que a atividade desenvolvida não causou os acidentes ambientais, afora o recente entendimento jurisprudencial acerca da imprescritibilidade do dano ambiental, afastando, por conseguinte, a regra do art. 1º, *caput*, do Decreto nº 20.910/1932,[294]o que favorece as vítimas do dano ambiental.

294 LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco: um direito reflexivo frente às gerações de problemas ambientais. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273-295.

Induvidosamente, os acidentes ambientais de Mariana e Brumadinho são exemplos da não observância do princípio da prevenção ambiental, que veicula a boa-fé objetiva – uma vez que o rompimento de uma barragem se traduz em um risco certo, conhecido, atual e real – merecendo destaque que os referidos acidentes geraram danos de causalidade complexa e de consequências indeterminadas, afora o grande clamor social, cujos litígios ainda persistem, como se envoltos numa atmosfera de impunidade.

CAPÍTULO 7: AS OMISSÕES ESTATAIS ESPECÍFICAS NA SOCIEDADE DE RISCO E A BOA-FÉ OBJETIVA

7.1 O século XXI e a objetivação da responsabilidade civil

No sistema jurídico pátrio constata-se que o instituto da responsabilidade civil foi aquele que mais sofreu transformações, muito mais do que o direito de família.

Em sendo reflexo do Estado Liberal, o direito civil clássico, caracterizado pelo individualismo e patrimonialismo, difundiu a Teoria da Culpa, que deu lastro à responsabilidade civil subjetiva, delitual ou aquiliana, baseada na ideia da culpa individual, atinente aos danos advindos de uma sociedade tipicamente agrária.[295]

Desde a Modernidade, sob tal concepção, a culpa serviu como fundamento da responsabilidade civil, atrelada a um caráter moral e psicológico, no sentido de que a vítima tinha o poder de exigir o cumprimento do dever moral da reparação.

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade civil,[296] de acordo com a teoria clássica.

No Código Civil de 1916, a responsabilidade subjetiva era a regra e tinha previsão no art. 159, de sorte que a vítima, para fins de ser indenizada, deveria provar os três pressupostos básicos – culpa, nexo e dano – significando um ônus probatório em regra difícil, às vezes até dificílimo, mormente na sociedade moderna, constituindo-se na chamada prova diabólica (*probatio diabolica*).[297]

Na linha evolutiva histórica, a partir da Revolução Industrial (século XVIII), com o advento do progresso científico e da explosão demográfica, aliada ao processo de industrialização (maquinismo), advieram inúmeros acidentes de trabalho, com grande dificuldade para os trabalhadores provarem a culpa dos patrões, surgindo assim, a partir da segunda metade do século XIX, a chamada culpa presumida e, por último, o advento da teoria do risco.

Conceitualmente, elucida a doutrina que "risco é perigo, é probabilidade de dano."[298]

---

295 SANTOS, Romualdo Batista dos. Responsabilidade civil por risco da atividade: reflexões e propostas a partir das tragédias de Mariana e da boate kiss. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 611-622.
296 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 31.
297 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.16-18.
298 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 227.

A partir dos estudos dos juristas franceses (Raymond Saleilles e Louis Josserand),[299] a ideia da responsabilidade objetiva passou a ser adotada, significando dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente, independentemente de ter ou não agido com culpa.

Na esteira da responsabilidade civil objetiva, também denominada de responsabilidade pelo risco, basta a vítima provar a existência do dano e o nexo de causalidade com a atividade do lesador, uma vez que a teoria do risco é inspirada "em razões de ordem prática e de ordem social",[300] diferente da teoria da culpa, que exige da vítima a prova da culpa do causador.

A Teoria do Risco comporta várias modalidades de risco (risco-proveito, risco-criado, risco-profissional e risco-integral), sendo que, no Brasil, a despeito da cláusula geral da responsabilidade fundada na culpa do art. 159 do Código Civil de 1916, ela passou a ser gradativamente prevista em leis especiais, como, por exemplo, a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912), o Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/1967), a Lei nº 6.194/1974 que institui o seguro obrigatório, a Lei nº 6.453/1977 que regula a exploração de atividades nucleares, a Lei nº 6.938/1981 que trata da proteção ao meio ambiente, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986), a Lei nº 8.213/1991 que prevê a responsabilidade por acidente de trabalho, o art. 37, § 6º da Carta Magna que disciplina a responsabilidade civil do Estado, além do próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A abertura do sistema jurídico civil ocorre na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a partir da Primeira Grande Guerra Mundial dos anos 20 (1920) do século passado e se intensifica mediante o chamado 'Dirigismo Estatal'.

Re vera, o advento das referidas leis especiais ou extravagantes, também denominadas de 'microssistemas jurídicos', revela uma faceta do processo de fragmentação ou descodificação do direito civil, na medida em que o Código Civil de 1916 deixou de ser o centro emanador do direito privado, pois as leis especiais passaram a reger o direito civil especial, de forte cunho social e protecionista, enquanto o Código Civil continuou a reger o direito civil comum ou residual, de forma genérica.

A Constituição Federal de 1988 deu um novo alento à objetivação da responsabilidade civil, não só pelas hipóteses específicas dos artigos 21, XXIII (dano nuclear) e 37, § 6º (responsabilidade objetiva do Estado), mas também à vista de uma nova tábua axiológica

299 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.18-21.
300 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 24.

atrelada à legalidade civil constitucional, conforme os princípios da igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana.

Mas foi com a edição do Código Civil de 2002, a despeito da sua timidez acerca de outros temas (família, por exemplo), que a teoria da culpa foi definitivamente substituída pela teoria do risco, diante da adoção da responsabilidade civil objetiva como regra, de acordo com a cláusula geral da responsabilidade por atividade de risco ou perigosa (art. 927, parágrafo único, CC), além da conversão de uma série de hipóteses antes dominadas pela culpa presumida (responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais) em responsabilidade civil objetiva.

Na atualidade, constata-se que o direito privado pátrio é regido – primacialmente – pela responsabilidade civil objetiva, consoante as diversas cláusulas gerais do Código Civil, tais como: o exercício da atividade de risco ou perigosa (art. 927, parágrafo único), o abuso do direito (art. 187), a responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 c/c art. 933), a responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), a responsabilidade dos incapazes (art. 928), a responsabilidade por danos causados por produtos (art. 931), afora os arts. 12, 14, 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a responsabilidade civil objetiva na relação consumerista, inclusive com a possibilidade de incidência da teoria do 'diálogo das fontes'.

Por conseguinte, na prática, atesta-se que a responsabilidade civil subjetiva ficou reduzida a um espaço diminuto, ou seja, aplicável apenas às relações intersubjetivas – entre iguais – a teor do art. 186 do Código Civil ou pertinente aos profissionais liberais, à luz do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

7.2 Princípios da responsabilidade civil

Assim como outras disciplinas jurídicas, a responsabilidade civil detém princípios próprios, entendido o princípio como uma norma com grau de generalidade alto e que se reporta a valores estruturantes do ordenamento jurídico.

À luz da doutrina, o princípio, diferentemente da regra, guarnece um conteúdo axiológico e é conceituado como "mandamento de otimização",[301] sendo tal expressão concebida em sentido amplo para incluir as permissões e proibições. Além disso, em caso de colisão entre princípios, impõe-se a aplicação da técnica da ponderação (sopesamento) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto.[302]

301 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.
302 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 94.

Basicamente, são quatro os princípios da responsabilidade civil:

i) o princípio da priorização da vítima, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual a vítima não pode ficar ao desemparo, desfalcada, sem o devido ressarcimento, como se tivesse 'no lugar errado e na hora errada' e o evento danoso tivesse sido tão apenas uma mera fatalidade.

Ao contrário, a proteção da vítima é um imperativo constitucional, pois a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República (art. 1º, III, CF), sendo apontado como valor supremo da democracia.

Etimologicamente, o vocábulo 'dignidade' deriva do termo *dignitas*, que significa valor intrínseco, prestígio, mérito ou nobreza, uma vez que a expressão dignidade, enquanto cláusula geral, é inerente à personalidade humana.

Proteger e priorizar a vítima significa, em suma, efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares da legalidade civil-constitucional.

ii) o princípio da solidariedade, igualmente atrelado ao princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, I, CF), segundo o qual não apenas aspectos econômicos devem ser priorizados no meio social, mas também condutas e comportamentos mais solidários e humanos, a partir da ideia de 'corresponsabilidade', na qual "todos atuem conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável."[303]

Assim, ao intérprete cabe perquirir, na solução do evento danoso, não apenas dados econômicos específicos, mas também se os supostos agentes causadores agiram de forma cooperada e solidária, considerando a atividade perigosa ou de risco por eles desenvolvida.

Em linguagem denotativa, a expressão solidariedade significa "compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas",[304] bem como representa uma comunidade de interesses ou uma corresponsabilidade. Dessarte, traduz o sentido do que é 'total ou por inteiro ou pela totalidade', além do que, na acepção jurídica, configura a "consolidação em unidade de um vínculo jurídico diante da pluralidade de sujeitos ativos ou passivos de uma obrigação, a fim de que somente se possa cumprir por inteiro ou *in solidum*."[305]

Na dogmática privada, há várias espécies de solidariedade, como, por exemplo, a

303 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.
304 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1766.
305 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. *In*: SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques (atual.). 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1331.

solidariedade ativa (pluralidade credores), a solidariedade passiva (pluralidade de devedores), além da solidariedade convencional e a legal.

In casu – de maior pertinência para o estudo – merecem destaque as solidariedades legal e passiva, uma vez que, quanto à primeira, por imposição legal, várias pessoas se tornam corresponsáveis, coobrigadas ou corrés de uma obrigação e podem de *per si* ser compelidas ao pagamento total do valor que lhe serve de objeto.

Já em relação à solidariedade passiva, dá-se quando vários devedores de uma obrigação estão atrelados a uma obrigação pela totalidade da prestação ou *in solidum*, haja vista que o credor tem a faculdade de exigir o seu cumprimento integral de qualquer um dos coobrigados (art. 275, CC).

A essência da solidariedade é a unidade da obrigação, ainda que haja pluralidade de credores ou de devedores, sendo a sua finalidade o incentivo ao crédito, protegendo os interesses dos credores no sentido de remediar os inconvenientes originários da divisão do débito.

No direito pátrio não se presume a solidariedade, pois ela nasce do contrato ou resulta da lei (art. 265, CC), sendo que, em sede de responsabilidade civil, há expressa previsão da solidariedade passiva legal de todos os participantes em ato ilícito, conforme art. 942, CC, *verbis*: Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932. (o grifo é nosso).

Em igual senda, há solidariedade legal passiva na relação consumerista (art. 7º, parágrafo único, art. 25, § 1º e art. 34, CDC), o que permite à vítima (o consumidor) "escolher contra quem promover a ação de reparação – se contra um, mais de um ou contra todos."[306] Assim, a responsabilização se estende a todos que integram a cadeia do consumo, de sorte que, em havendo mais de um fornecedor causador do dano, todos respondem solidariamente por tomarem parte na atividade de colocar o produto ou o serviço no mercado consumerista.

Induvidoso, pois, que a solidariedade legal passiva protege e facilita, largamente, os interesses do credor/vítima, mormente na sociedade hodierna.

iii) o princípio da prevenção, que guarda pertinência com a era da globalização, na qual se constata o fim da sociedade industrial e o surgimento de uma sociedade pós-industrial, também denominada 'sociedade de risco', essencialmente tecnológica, massificada e

306 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual do direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 10 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2015, p. 73-74.

cosmopolita.

No contexto atual, há uma mudança de foco, pois, muito mais do que indenização, a sociedade busca a prevenção do risco, que é a probabilidade de dano, considerando que a ação humana, no mais das vezes anônima, é suscetível de produzir riscos em escala global. [307]

Em linguagem denotativa, prevenção é "medida tomada para evitar perigos ou danos",[308] sendo patente que, na sociedade hodierna, impõe-se que a conduta humana ocorra com prudência, a fim de evitar danos em escala crescente e mundial.

Para tanto, a eliminação prévia dos riscos se faz imperiosa, devendo a livre iniciativa e as 'leis do mercado' serem regradas e fiscalizadas a contento, uma vez que, de resto, "as atividades potencialmente lesivas afetam milhares de pessoas em dimensão global, podendo mesmo os efeitos danosos alcançarem as gerações futuras."[309]

Nesse contexto, afora as questões ligadas ao meio ambiente mundial e à saúde pública, basta lembrar o crescente protagonismo das plataformas digitais, detentoras de uma incalculável massa de dados pessoais, armazenados com pouca transparência e segurança, sendo, por conseguinte, potencialmente causadoras de danos aos seus usuários, inclusive influenciando a consciência coletiva.[310]

Essencialmente, diante dos riscos da vida moderna, inserida numa economia digital, a prevenção significa a passagem de um sistema repressivo para um proativo, isto é, aquele que antecede à ocorrência do dano.[311]

iv) o princípio da reparação integral, inspirado na noção de 'justiça corretiva' desenvolvida por Aristóteles e mais tarde reiterada por São Tomás de Aquino na Idade Média, com a denominação 'justiça comutativa', tem por escopo restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o lesador e a vítima.

A *restitutio in integrum* visa a, na medida do possível, repor a vítima à situação anterior à lesão, sendo a indenização fixada em proporção ao dano sofrido, ainda que a plena reparação se configure em um ideal utópico e de difícil concretização. Nesse sentido, observa-se uma

---

307 VAZ, Caroline; TEIXEIRA NETO, Felipe. *Sociedade de risco*, direitos transindividuais e responsabilidade civil: reflexões necessárias rumo à efetivação de uma mudança de paradigma. *In:* ROSENVALD, Nelson; VALLE DRESCH, Rafael de Freitas; WESENDONCK, Tula. (coord.). **Responsabilidade civil: novos riscos.** São Paulo: Foco, 2019, p. 4.

308 AULETE, Caldas**. Dicionário Caldas Aulete da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008, p. 807.

309 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

310 FRASÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 333-349.

311 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.11.

relativa facilidade em fixar a indenização por danos emergentes patrimoniais, o que não ocorre com os lucros cessantes e com a reparação por dano moral.

Na dogmática civilística, tal princípio acha-se insculpido no art. 944 do Código Civil, *verbis:* A indenização mede-se pela extensão do dano. Para tanto, a reparação pode ser feita de forma natural – *in natura* – mediante a restituição ao ofendido do mesmo bem em substituição ao outro ou então via pecúnia, com o pagamento de uma indenização que razoavelmente possa equivaler ao interesse lesado (art. 947, CC).

Trata-se de um princípio primacial à responsabilidade civil, não só porque a vítima precisa ser compensada do dano sofrido, mas também para evitar o enriquecimento sem causa do lesador, conforme a precisa doutrina francesa a respeito – *tout le dommage, mais rien que le dommage* ("todo o dano, mas não mais que o dano").

Assim como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor também prevê o princípio da reparação integral, enquanto direito básico do consumidor, a teor do art. 6º, VI, *verbis*: "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

Malgrado isso, questiona-se na doutrina acerca de uma suposta mitigação ao referido princípio, à vista do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, *in verbis*: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Contudo, a controvérsia vai de críticas a elogios, ou seja, desde a sua inconstitucionalidade até sua ampla e irrestrita aplicação, merecendo ressaltar que a maioria das legislações modernas adota o critério previsto, a cargo do prudente arbítrio do julgador, a fim de evitar excesso na condenação.[312]

Ademais, parte da doutrina defende que a sua aplicação deve ser restrita apenas à hipótese de culpa levíssima e não de culpa leve ou de culpa grave (dolo), mas uma outra parcela sustenta até a sua alteração legislativa, sugerindo que – *de lege ferenda* – se faça referência expressa às condições econômicas do lesante ou à finalidade de se evitar a ruína econômica do ofensor, como assim previsto nas legislações europeias.[313]

7.3 Funções da responsabilidade civil

312 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p 27.
313 CALIXTO, Marcelo Junqueira. Responsabilidade civil objetiva e a mitigação da reparação dos danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 545-558 .

O vocábulo ‘função’, em linguagem dicionarizada, significa “obrigação a cumprir, papel a desempenhar, uso a que se destina algo, utilidade, emprego, serventia.”[314]

Induvidoso que o Direito protege o lícito e reprime o ilícito, eis um dogma, à luz da máxima romana *neminem laedere*, aplicável indistintamente às responsabilidades subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, nos moldes do arts. 186 e 927, § único, do Código Civil.

Dessarte, se a obrigação é um dever jurídico originário e a responsabilidade é dever jurídico sucessivo, a ocorrência de um ilícito em que haja dano faz nascer, *ope legis*, o dever de indenizar o prejuízo.

À luz de abalizada doutrina, a cláusula geral da responsabilidade civil tem um perfil multifuncional e detém três funções distintas – função reparatória, função punitiva e função precaucional.

Trata-se a primeira (função reparatória) de uma função clássica, mas ainda dominante – primacial e inafastável – uma vez que a vítima não deve ficar desassistida diante do dano sofrido, sendo que o ressarcimento se dá *in natura* ou via pecúnia, não obstante dito ressarcimento seja um ideal quase impossível, haja vista que, de resto, nunca há um completo retorno ao *status quo ante.*

Todavia, há críticas à referida função, sob o argumento de que a tutela ressarcitória (*in natura* ou em pecúnia) remonta aos postulados do Estado Liberal, permeado de uma legislação neutra e formal, que não interfere nas leis do mercado, além de agir apenas de forma patológica, isto é, após a “consumação do dano para resgatar o equilíbrio econômico rompido pela lesão”,[315]significando, em suma, uma aceitação passiva à concepção de imunidade do mercado.

A segunda função – função punitiva – significa uma indenização adicional paga à vítima com o fito de punir o lesador e não apenas compensar os prejuízos sofridos.

Também denominada de ‘indenização punitiva’, tem origem no direito norte-americano, a partir da doutrina dos *punitive damages* (danos punitivos) e que, segundo seus adeptos, tem três objetivos específicos: *i*) dissuadir o ofensor de eventual reiteração da conduta lesiva; *ii)* sancionar de modo integral uma conduta extremamente reprovável; *iii*) mitigar os efeitos do cenário jurisprudencial, que mantém relativamente baixos os valores da reparação do dano moral.[316]

---

314 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 937.

315 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 70.

316 REIS JÚNIOR, Antonio. Por uma função promocional da responsabilidade civil. *In*: SOUZA, Eduardo Nunes

Originária do sistema jurídico *commom law*, a função punição visa a "punir o causador do dano, por meio de condenações em valores que superem a extensão do dano causado",[317] o que evidencia o seu relevante caráter dissuasório.

No direito pátrio, apesar de os chamados 'danos punitivos' não terem previsão legislativa, eles têm sido aplicados de forma anômala/tangencial, isto é, não como uma parcela adicional de indenização, mas incluídos na própria compensação do dano moral, uma vez que a compensação do dano moral, conforme a dominante jurisprudência, guarnece um caráter compensatório e um caráter punitivo.

Também há críticas acerca da 'indenização punitiva', por entender-se que vai de encontro à mitigação da reparação integral prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, *in verbis*: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Ademais, entende-se que viola o princípio da proibição do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886, CC), haja vista que a quantia paga a título de indenização adicional é destinada exclusivamente à vítima, afora a afronta à dicotomia entre o ilícito penal e civil, por ser aplicável sem as garantias processuais devidas e sem a necessária tipificação prévia da conduta.[318]

De qualquer sorte, observa-se uma relativa aceitação dos *punitive damages* no direito brasileiro, cuja doutrina vem sendo acolhida em situações de graves violações aos interesses da personalidade, aos valores existenciais da pessoa humana, a exigir do Judiciário uma solução do caso concreto, mormente diante da omissão do Poder Legislativo, o que faz revelar, nesse aspecto, um certo ativismo judicial.

A terceira função – função precaucional – diz respeito à sociedade pós-industrial, também denominada de 'sociedade de risco', pertinente às últimas décadas do século findo e em pleno curso no século atual, na qual se constata uma desmesurada multiplicação de danos coletivos e difusos a atingir toda a coletividade.

Na sociedade hodierna, constata-se que não mais se distribui riqueza e, sim, riscos, que são capazes de causar lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio cultural, artístico, histórico, além do desapreço que

---

de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 573-606.

317 RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade sem dano? *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 607-643.

318 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 200-201.

afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais, gerando um sentimento de comoção, intranquilidade e insegurança.[319]

Nesse contexto, percebe-se que a vítima do dano, e não mais o autor, passa a ser o cerne da responsabilidade civil, de sorte que a expansão da objetivação da responsabilidade civil é um imperativo crescente, por exigência da solidariedade social e da proteção do cidadão, consumidor e usuários de serviços públicos e privados.

Mais do que nunca a sociedade anseia por segurança, razão por que a função precaucional é de importância capital, a fim de que sejam evitados os riscos potenciais, hipotéticos e abstratos que possam causar danos irreversíveis e graves, passando a responsabilidade civil a ser proativa, de longa duração e atinente à proteção do futuro.

Ressalte-se, ainda, que os vocábulos precaução e prevenção têm uma similitude porque ambos se fundam na prudência,[320] mas que, na prática, se diferenciam, uma vez que a precaução diz respeito a um risco potencial, hipotético e abstrato, o chamado 'risco do risco',[321]enquanto a prevenção se reporta a um risco de dano atual, concreto e real, como, por exemplo, o risco de acidente automobilístico por excesso de velocidade, por ultrapassagem indevida, dentre outros.

Ademais, anote-se que a precaução é uma função, enquanto a prevenção é um princípio, de natureza *lato sensu*, aplicável a todo sistema de responsabilidade civil, de sorte que na função reparatória a indenização é acrescida de uma 'prevenção de danos'; na função punitiva ela é acrescida a uma 'prevenção de ilícitos' e na função precaucional é acrescida a uma 'prevenção de riscos'.[322]

A função precaucional representa um "instrumento de controle social e difuso no confronto das atividades potencialmente lesivas",[323] fazendo-se necessária a permanente ampliação da objetivação da responsabilidade civil, para fins de que, com base no princípio da solidariedade social, possa o Poder Público regular as forças do mercado global, protegendo o lucro, mas sem liquidar os interesses difusos e coletivos das pessoas.

Nesse contexto, entende-se que a noção de controle é ínsita à função precaucional, objetivando reprimir situações potencialmente lesivas, através da eliminação prévia dos riscos, mediante, por exemplo, uma fiscalização eficiente e uma regulamentação administrativa intensa

---

319 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p 11.
320 LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101.
321 LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 15.
322 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 56.
323 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil São Paulo: Atlas, 2013, p. 75.

dos agentes econômicos de produção, através de agências reguladoras e organismos afins. De igual forma, serve para reprimir os riscos atinentes à segurança alimentar (alimentos geneticamente modificados), à segurança nos medicamentos, nos cosméticos, nas atividades médicas e hospitalares, nos transportes, no uso das energias, além dos conhecidos riscos ecológicos e nucleares.

Assim, na sociedade de risco, impõe-se a todos uma "obrigação geral de segurança", [324] haja vista que, em suma, a função precaucional "atua para evitar a ocorrência de danos futuros, dissuadindo o agente (potencialmente) ofensor a praticar condutas que venham a lesar outrem."[325]

7.4 Sociedade de risco de Ulrich Beck

Na sua clássica obra – Sociedade de Risco[326] – publicada em 1986, após o acidente nuclear de Chernobyl, o sociólogo alemão Ulrich Beck faz um painel sobre o problema das incertezas sociais, alertando sobre a globalização dos riscos civilizatórios.

Na obra, sustenta dois temas fundamentais – a 'modernidade reflexiva' e o 'risco' – argumentando que, enquanto na sociedade industrial há a distribuição de riqueza, na presente sociedade pós-industrial, pertinente à 'modernidade reflexiva', distribui-se riscos.

Atesta que a modernidade capitalista industrial gerou uma gama de crises, tragédias e catástrofes – escalada da violência banal, terrorismo, retorno de doenças que se acreditava controladas, desemprego estrutural, desequilíbrio ecológico etc. – razão pela qual a humanidade ingressa numa outra modernidade (modernidade reflexiva), em que se distribui e se socializa todos os ônus e oportunidades. Sustenta que a própria civilização humana é uma ameaça a si mesma, na qual a incessante produção de riqueza é acompanhada por uma igualmente incessante "produção social de riscos".

Também elucida que a sociedade de risco gera novas desigualdades internacionais, por ser uma sociedade de incertezas fabricadas e que os riscos não podem ser mensurados, riscos esses não apenas decorrentes de catástrofes naturais, mas também derivados da *internet*, alimentos contaminados e transgênicos, pesquisas biotecnológicas de clonagem, pesquisas

---

324 LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 240.

325 RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade sem dano? *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 607-643.

326 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2019, p. 7-376.

nucleares, terrorismo internacional, dentre outros. Afirma que se trata de uma sociedade fora do controle, em que não há nada certo além da incerteza, sendo marcadamente caracterizada pelo medo, o que faz sobressaltar o ideal de segurança.

Assim é que, nesse cenário hodierno de incerteza, medo e insegurança, entende-se que a função precaucional da responsabilidade civil ganha um papel relevante, na esteira da objetivação da responsabilidade civil crescente e necessária.

7.5 Mitigação dos pressupostos da responsabilidade civil na sociedade de risco

Na sociedade pós-moderna o risco está cada vez mais presente no nosso cotidiano, pois o "risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade contemporânea."[327]

Vive-se hoje, na modernidade, considerada por muitos como pós-modernidade, uma ruptura histórica, que não representa o fim da sociedade moderna e, sim, sua reconfiguração, uma vez que, segundo Ulrich Beck, a sociedade industrial clássica, produtora e distribuidora de riquezas transforma-se numa sociedade industrial de riscos, na qual a produção dos riscos domina a lógica da produção de bens.[328]

Há uma universalização dos riscos – reais e irreais – que são mais democráticos e globalizados, muito própria da sociedade da ciência, da mídia e da informação, a gerar um cenário de risco global, de incertezas não quantificáveis, como, por exemplo, as mudanças vivenciadas na década de 80 do século XX – a crise ambiental, a queda do Muro de Berlim e os avanços tecnológicos.

Induvidosamente, na sociedade de risco impera o medo e a incerteza,[329]diante não apenas de catástrofes naturais, mas também dos riscos de danos materiais e morais advindos da *internet*, de crises econômicas mundiais, de pesquisas biotecnológicas (clonagens), de experiências nucleares, de aquecimento global, de segurança alimentar e de pandemias, como é o caso da presente pandemia Covid-19.

Na pós-modernidade, o risco não se circunscreve apenas a determinado 'grupo de risco', mas antes "se espraia por toda a sociedade, local, regional, mundial, e por isso cria um potencial

---

327 CALMON DE PASSOS, J.J. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coord.). **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133-140.

328 ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Fiocruz,** 2014. Disponível em: < https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/17093/2/9.pdf>. Acesso em 26, fev. 2021.

329 LOPES, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-13.

de medo muito superior, em quantidade e qualidade, ao que se vivia na sociedade industrial dos séculos XIX/XX."[330]

Nesse cenário global de incertezas, os pressupostos clássicos da responsabilidade civil já não mais funcionam a contento, razão por que foram relativizados com o advento da Teoria do Risco, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva.

Há uma erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil,[331]assim caracterizada nos três pressupostos seguintes:

i) Em relação ao primeiro pressuposto, referente à noção de culpa, é considerada uma categoria nuclear da responsabilidade civil, à luz da ideologia liberal, individualista e patrimonialista.

Nesse sentido, a culpa, conceituada como a falta de devida atenção, afastou-se da moral, passando a ser entendida como um modelo abstrato de comportamento, aferida *in abstracto*, assim denominada como 'culpa normativa', isto é, aquela na qual há uma desconformidade a um padrão geral e abstrato de comportamento, de sorte que "o agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar diligência social média."[332]

Nessa perspectiva, com a culpa normativa, os tribunais passaram a analisar a culpa não mais com base no método singular e abstrato, para se alcançar o ideal de *bonus pater familias*, mas a partir de parâmetros externos, como, por exemplo, as diretrizes emitidas por associações profissionais, as recomendações de Agências Reguladoras, os normativos da Comissão de Valores Mobiliários, afora a assistência de órgãos, entidades e técnicos periciais, com o fito de aferir o *standard* de conduta aplicável à casuística.

A consagração da culpa normativa representa a dissociação da culpa da moral, também reforçada pela boa-fé objetiva, entendida como um mandamento de lealdade/conduta/honestidade, e que, mediante sua tríplice função, estabelece regras de conduta aplicáveis aos sujeitos da relação jurídica privada ou pública, o que veio a facilitar a prova da culpa, hoje não mais uma *probatio diabolica.*

ii) Já o segundo pressuposto tem pertinência com o nexo causal, conceituado como a

330 GOMES, Carla Amado. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 195-212.

331 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3-246.

332 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 35.

relação de causa e efeito, o liame entre o ato e o fato, o vínculo, a ligação, a fim de se aferir quando um determinado resultado é imputável ao agente.

Trata-se de um pressuposto indispensável e de difícil demonstração, uma vez que pode haver responsabilidade sem culpa, como é o caso da responsabilidade objetiva, mas jamais pode haver responsabilidade sem nexo.[333]

A relação de causalidade ou nexo causal não se presume, consoante sólida doutrina, o que ratifica a ideia da dificuldade da sua prova, em face da miríade de teorias da causalidade a respeito, isto é, as teorias da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), da causalidade adequada, do dano direito direto e imediato, dentre outras, ao ponto de os tribunais pátrios adotarem, com recorrente confusão, as teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato, a partir da interpretação que emprestam ao único artigo do Código Civil que trata do nexo causal (art. 403, CC), aplicável à responsabilidade contratual e à extracontratual.[334]

Modernamente, observa-se a flexibilização do nexo causal, diante da complexidade dos danos advindos da sociedade de risco, com a aplicação de presunções de causalidade, das regras de experiência do juiz, das excludentes de causalidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima), do fortuito interno, além da teoria da causalidade alternativa, reconhecendo-se, quanto a esta, "a responsabilidade solidária sobre todo o grupo envolvido na geração do dano, embora, a rigor, apenas um de seus integrantes o tenha provado."[335]

Nesse contexto, merece destaque a aplicação da presunção da causalidade, a partir de uma associação estatística entre atividade de risco e dano, permitindo ao julgador superar a prova do nexo tão apenas com a demonstração do risco da atividade.[336]

Também digno de registro é o surgimento de danos de causalidade complexa e de consequências difusas e até mesmo indeterminadas, a exemplo dos danos ambientais,[337]como foi o caso do derramamento de rejeitos de minérios da empresa Samarco, no município de Mariana, Estado de Minas Gerais, em novembro de 2015, onde se constata uma multiplicidade de causas – a inércia da mineradora em zelar pela higidez da barragem, a falta de fiscalização das agências reguladoras, estadual e federal, inclusive do Ministério Público – gerando uma

333 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p 67.
334 CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20-21.
335 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.
336 PAULA, Marcos de Souza. A questão do nexo causal probabilístico no direito brasileiro**.** *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 103-145.
337 SANTOS, Romualdo Batista dos. Responsabilidade civil por risco da atividade: reflexões e propostas a partir das tragédias de Mariana e da boate kiss. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 611-622.

indeterminabilidade de consequências e um forte clamor social.

À vista disso, entende-se que a relativização da prova do nexo causal se justifica como um 'imperativo social da reparação', mormente quando a vítima, de resto vulnerável, acha-se indefesa perante as grandes corporações, públicas ou privadas, ou seja, os inúmeros agentes causadores de danos, poderosos e até invisíveis.

iii) Acerca do terceiro pressuposto, o dano, definido como prejuízo ou uma lesão a um interesse tutelado, observa-se a expansão do dano ressarcível, de cunho individual e coletivo, em razão da tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana.

Na sociedade de risco, há um permanente agravamento dos danos difusos e coletivos, tutelados mediante ações coletivas, majoritariamente de natureza consumerista.

Além disso, também há o surgimento de novos danos individuais, como, por exemplo, o dano sexual, o dano de férias arruinadas, o dano pela prática de *bullying*, o dano pela morte de animal doméstico, o dano pelo rompimento do noivado, o dano por abandono afetivo, o dano da moto nova, o dano de processo lento, além da indenização por perda da chance, dentre outros.

Também se observa que essa expansão desmesurada por novos danos acha-se atrelada à cláusula geral da dignidade da pessoa humana, o que implica na necessidade de a jurisprudência depurar os critérios e métodos aptos a promover a seleção dos interesses merecedores de tutela, mediante um adequado juízo discricionário e não arbitrário (decisionismo judicial), com o fito de afastar os chamados danos bagatelares ou insignificantes, próprios das demandas frívolas da conhecida 'indústria do dano moral'. [338]

7.6 Responsabilidade civil do Estado e suas omissões

Considerado um tema central do direito contemporâneo, mormente na 'sociedade de risco'[339]em que vivemos, entende-se por responsabilidade civil do Estado "como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades."[340]

À luz do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, é a obrigação que incumbe ao Estado "de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos,

338 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79-112.
339 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2019, p. 7-376.
340 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos."[341]

Normalmente a análise da responsabilidade civil do Estado é feita sob o aspecto extracontratual, por causa de seu fundamento constitucional,[342]sendo que, neste estudo, também há breve alusão ao seu aspecto contratual, à vista dos contratos públicos envolvendo um ente estatal e um particular, no âmbito do direito administrativo e, portanto, com incidência da boa-fé objetiva, conforme demonstrado subseção 6.5.

A responsabilidade civil do Estado é um postulado do Estado Democrático de Direito, impondo-se ao Estado o dever de reparar os danos que venham a causar aos cidadãos-administrados,[343]merecendo ressaltar que há uma tendência dos estudos da responsabilidade civil em prol da vítima, a fim de efetivar o princípio da primazia do interesse da vítima, que traduz, em última instância, uma menor relevância do formalismo jurídico e a uma aproximação do direito com a ética, isto é, com a 'lógica do razoável', atrelada aos princípios da dignidade humana, solidariedade, igualdade, proibição do abuso de direito (boa-fé objetiva), dentre outros.[344]

Aponta-se, na doutrina, três fases evolutivas da responsabilidade civil do Estado, sendo a primeira conhecida como a fase da irresponsabilidade, própria do Estado despótico e absolutista, conforme as célebres expressões "o rei não erra" (*the king can do no wrong*) ou "o Estado sou eu" (*L'État c'est moi*) – fase esta não conhecida pelo direito pátrio – uma vez que a Constituição do Império (1824) e a primeira Constituição da República (1891) previam a responsabilidade civil fundada na culpa.

Uma segunda fase – fase civilística – foi acolhida pelo direito pátrio e esteve vinculada a culpa do serviço, fundada na responsabilidade civil subjetiva, consoante art. 15 do Código Civil de 1916 e, por fim, uma terceira fase (fase publicística), que adotou a responsabilidade civil objetiva desde a Constituição Federal de 1946 (art. 194), com fundamento no teoria do risco administrativo, sendo irrelevante a perquirição se decorrente de uma atuação estatal lícita ou ilícita, bastando apenas que a vítima prove o dano e o nexo causal, mas permitindo ao Estado a comprovação de eventuais excludentes de responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima,

341 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 937.
342 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venoza**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 393.
343 BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do código civil: um toque de direito público. *In*: FREITAS, Juarez (org.) **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19-36.
344 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: *Jus*podivm, 2015, p. 25-58.

caso fortuito ou força maior).[345]

Na contemporaneidade, na sociedade pós-moderna do século XXI, aponta-se ainda uma quarta e nova fase evolutiva da responsabilidade civil estatal – que é o Estado como garantidor dos direitos fundamentais – considerando que a teoria dos direitos fundamentais representa o núcleo central do Estado Constitucional,[346]a exigir que o Estado não apenas se abstenha de não causar danos (dimensão negativa), mas também tenha uma postura ativa (dimensão positiva) no sentido de não só respeitar, mas também promover/proteger a efetivação dos direitos fundamentais, considerando a força normativa da Constituição.[347]

No mundo dos fatos, a atividade administrativa estatal pode ocorrer por conduta comissiva ou positiva, cujo próprio comportamento do Estado é quem gera o dano, ou por conduta omissiva ou negativa, quando o Poder Público tinha o dever de agir e não o faz, na hipótese de o serviço público não ter funcionado, ou funcionado tardia ou ineficientemente.[348]

Nos casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano (conduta comissiva), aplica-se a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF), independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, com fundamento na teoria do risco administrativo,[349]segundo a qual se a atividade administrativa estatal, normal ou anormal, é exercida em prol da coletividade, mas que gera riscos para os administrados, os ônus dela decorrentes devem ser suportados por todos, a serem custeados pelos impostos.

Em síntese apertada, "a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa",[350] e que, de forma democrática, reparte os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública, restando patente que o Estado tem o dever de segurança, ou seja, acha-se vinculado a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.[351]

Assim, em caso de danos provocados por ação do Estado (conduta comissiva), a responsabilidade da Administração Pública é objetiva (art. 37, § 6º, CF), sendo esse

345 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 17.
346 HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 59.
347 HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 17.
348 BÜHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 147-149.
349 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 949-954.
350 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 337.
351 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 338.

entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Contudo, em casos de danos por omissão estatal, persiste acesa controvérsia, a partir da recorrente lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende aplicável, em caso de omissão estatal, a responsabilidade civil por ato ilícito ou subjetiva,[352]com a compreensão de que se o Estado não agiu não pode ser tido como causador do dano, não sendo aplicável o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, tão apenas restrito à conduta comissiva.

Já uma outra corrente doutrinária e jurisprudencial entende que a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, CF é aplicável a ambas as condutas (comissiva e omissiva), posto que equiparáveis,[353]uma vez que se o texto constitucional não estabelece qualquer distinção não cabe ao intérprete distinguir, conforme brocardo *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet* (onde a lei não distingue, nem o intérprete deve distinguir). [354]

Por fim, há uma terceira corrente que sustenta haver distinção entre omissão genérica e omissão específica, sob o argumento que, quanto à primeira, não se pode exigir do Estado uma atuação específica, razão por que é aplicável a responsabilidade civil subjetiva, sendo que, quanto à segunda, aplicável é a responsabilidade civil objetiva, quando o Estado tiver na condição de garante (ou de guardião) da pessoa ou da coisa.[355]

Em suma, em caso de omissão genérica, a Administração tem apenas o dever legal de agir, ou melhor, o dever genérico de evitar o resultado, enquanto na omissão específica o Estado tem o dever especial/individualizado de agir e que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado danoso.

Melhor explicando, em caso de omissão estatal, impõe-se uma análise acurada do caso concreto, a partir de múltiplos fatores, como, por exemplo, o nexo causal, as circunstâncias do fato, a natureza do dano, a própria configuração da omissão,[356] a fim de estabelecer a distinção entre "estar a Administração obrigada a praticar a ação em razão de específico dever de agir, por estar na condição de garante ou guardião da pessoa ou coisa, ou ter apenas um dever genérico de evitar o resultado",[357]situações em que, na primeira hipótese, trata-se de omissão

352 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 957.
353 OLIVEIRA, Fernão Justen de. Responsabilidade extracontratual das empresas estatais. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 403-425.
354 MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Expressões latinas mais comuns no direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1982, p. 207.
355 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 349.
356 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: *Jus*podivm, 2015, p. 191.
357 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 349.

específica e se aplica a responsabilidade civil objetiva e, na segunda hipótese, é caso de omissão genérica e se aplica a responsabilidade civil subjetiva.

Inobstante a persistente polêmica (doutrinária e jurisprudencial),[358] a presente pesquisa filia-se à terceira corrente, que argumenta acerca da distinção entre omissão genérica e omissão específica, enfatizando-se que esta consiste na infração de um dever de diligência estatal,[359]a ser avaliada no caso concreto, mormente porque a efetividade dos direitos fundamentais constitui o cerne do Estado Constitucional, a quem compete fazer escolhas administrativas legítimas em prol de uma boa administração pública, que é um direito fundamental dos cidadãos-administrados.[360]

7.7 As omissões estatais específicas e a boa-fé objetiva

Também denominada de mandamento de conduta, de lealdade, de honestidade, a boa-fé objetiva se materializa mediante uma cláusula geral, que é uma técnica própria do sistema normativo contemporâneo, inserido numa sociedade de risco e de incerteza global.

Na sociedade pós-industrial do século XXI, a adoção de modelos jurídicos abertos se faz necessário à vista da conflituosidade das relações humanas, a exigir uma permanente atualização do direito legislado, cabendo a doutrina e a jurisprudência tal mister, haja vista que, no direito moderno, preside a concepção do 'direito como experiência concreta', mediante a correlação dialética entre a realidade social e os modelos jurídicos.

Relativamente à boa-fé objetiva, constata-se que sua força normativa decorre não só da superação da vetusta *summa divisio*, ou seja, a dicotomia entre o direito público e o direito privado, mas também em razão da sua tríplice função (subseção 2.5) – hermenêutica, criadora de deveres anexos ou de proteção e corretora – a evidenciar que sua funcionalidade não está adstrita aos domínios privados (o seu *habitat* natural), alcançando também o direito público, considerando que a tutela da confiança, da segurança e da lealdade igualmente são ínsitas às relações jurídicas públicas, inclusive como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Re vera, em sendo a boa-fé objetiva um princípio ético-jurídico, cujo desiderato é atingir a máxima realização de um valor constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade,

358 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venoza**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 393-432.
359 JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. *In*: FREITAS, Juarez (org.) **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226-248.
360 HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 141-149.

igualdade material, segurança jurídica, moralidade, livre iniciativa, dentre outros), todo sujeito deve agir conforme a boa-fé objetiva, seja pessoa jurídica ou natural, seja pessoa de direito privado ou de direito público, ressaltando que o Estado também deve agir com lealdade e honestidade com seus administrados, em prol das suas legítimas expectativas.

Na 'Sociedade de Risco'[361]em que se vive (subseção 7.4), produtora de um medo social coletivo, impõe-se a observância da quarta fase histórica da responsabilidade civil do Estado, qual seja, a do Estado como garantidor dos direitos fundamentais, posto que em sendo o Estado Constitucional um sujeito de direitos,[362]assiste-lhe à efetivação dos direitos fundamentais nos planos formal e material, mediante escolhas administrativas legítimas, uma vez que todos os administrados têm direito à boa administração pública.

Não basta, pois, que o Estado se abstenha em violar os direitos fundamentais (função de defesa), de matriz liberal-burguesa, mas também que "assuma uma postura ativa no sentido de resguardar os cidadãos de agressões de terceiros",[363] além da função de prestação, pois há "direitos fundamentais a prestações, exercidos e realizados por meio do Estado",[364] sendo isso considerada a dimensão positiva dos direitos fundamentais, visto que compete ao Estado não apenas respeitá-los, mas também protegê-los e efetivá-los.

Assim é que, na sociedade pós-industrial do século XXI – globalizada, massificada, insegura, não solidária – caracterizada pela distribuição de riscos, argumenta-se que, nas situações de omissões específicas estatais, a responsabilidade civil do Estado deve ser aplicada não apenas conforme os princípios já conhecidos, mas também à luz de novéis princípios, como, por exemplo, o princípio da vulnerabilidade, diante da assimetria fática-jurídica entre o Estado e o cidadão-administrado, além do princípio da boa-fé objetiva, na sua função criadora de deveres anexos (dever de informação, dever de segurança, dever de proteção, dever de assistência, etc.), afora os consectários do abuso de direito, pertinente à sua função corretora.

Nesse contexto, considerando que o Estado Constitucional se acha vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, assiste-lhe adotar uma postura ativa no sentido de proteger e promover tais direitos, mediante escolhas administrativas legítimas, sob pena de incidir em omissões específicas ou qualificadas, posto que assiste ao administrador público fomentar políticas públicas conforme os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade

361 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2019, p. 7-376.
362 HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p.24.
363 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: *Jus*podivm, 2015, p. 85.
364 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2020, p. 518-520.

e da eficiência.[365]

Induvidosamente, na hipótese de omissão específica estatal constata-se uma infração ao dever de diligência pelo Estado Constitucional – o que deve ser coibida – mediante a devida reparação à luz da teoria do risco administrativo, uma vez que a vítima não pode ficar ao desemparo e a Administração Pública não pode ficar impune.

No mundo dos fatos, observa-se uma plêiade de omissões específicas estatais que justificam a incidência da boa-fé objetiva, cujas situações se ampliam às largas, razão por que o Estado deve responder objetivamente, servindo de exemplos os casos a seguir expostos.

7.7.1 A questão da bala perdida

Nos últimos trinta anos, a violência urbana no país atingiu números assombrosos, bastando lembrar que, no Estado do Rio de Janeiro, o número de homicídios passou de 2.430 ocorrências em 1987 para 6.416 no ano de 2017.[366]

No cotidiano, com frequência vítimas inocentes são atingidas por balas perdidas em trocas de tiros em meio a operações policiais, afora outros episódios de balas perdidas cuja origem é ignorada ou desconhecida.

Contudo, a casuística geral da bala perdida envolve três situações que merecem ser especificadas, a fim de se identificar o que seja omissão específica estatal e o que seja uma omissão genérica.

Por exemplo, em sendo caso de bala perdida de origem ignorada ou resultante de troca de tiros entre criminosos, não há o dever de indenizar do Estado, por ausência de nexo causal, por se tratar de uma omissão estatal genérica, amparada pela excludente da responsabilidade civil denominada caso fortuito (no caso, fortuito externo), posto que, à luz da teoria do risco administrativo, o Estado não responde por risco integral, não podendo ser considerado um segurador universal.

Por outro lado, em sendo caso de bala perdida resultante de troca de tiros entre policiais e criminosos, o nexo causal é patente e notório entre a conduta estatal e o evento, o que enseja o dever de indenizar do Estado, sendo este um típico caso de omissão específica. Anote-se,

365 CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 10.

366 FARIAS, Rodrigo Vieira. A bala perdida e responsabilidade civil do Estado. *In*: MENDONÇA, Alex Assis de; MOURA, Emerson Affonso da Costa; PORTO, Maria Maria Tamburini (org.). **Controle e responsabilização na administração pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 159-173.

neste caso, ser irrelevante a origem da bala perdida, isto é, se decorrente da arma do policial em operação ou se do criminoso envolvido na troca de tiros,[367]pois o dever de indenizar do Estado deriva da sua atividade administrativa (lícita ou ilícita).[368]

A bem se ver, no caso de uma intervenção policial para coibir uma facção criminosa, por exemplo, a atividade administrativa estatal é lícita, em nome da segurança pública, mas que gera riscos para todos, inclusive para os moradores da comunidade, posto que a ocorrência de balas perdidas é considerada um fortuito interno, ou seja, inerente à atividade administrativa policial e que, como tal, não tem o condão de romper o nexo causal, não elidindo a responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF).[369]

Em suma, uma vez comprovado o nexo de causalidade – operação policial com trocas de tiros no local do evento – tendo a vítima inocente sido atingida por uma bala perdida, irrelevante saber se a bala partiu da arma da polícia ou do bandido, pois isso se constitui numa omissão específica estatal, mormente porque a vítima tem a legítima expectativa de não ser atingida, ou melhor, de continuar viva, uma vez que paga impostos para obter a mínima sensação de segurança pública, o que se constitui num direito fundamental a tal prestação.

7.7.2 A questão da morte de detento em rebelião em presídio

Compete ao Estado zelar pela incolumidade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, CF) (arts. 3º, 40 a 43, Lei de Execução Penal) (art. 38, Código Penal) (Súmula Vinculante 11 do STF), sendo notório que a atividade estatal prisional é de risco ou perigosa, pois deriva do seu dever de guarda de inúmeros detentos, aplicando-se, em sede de 'diálogo das fontes', a regra da responsabilidade civil por atividade de risco prevista no art. 927, § único, do Código Civil, em consonância com o art. 37, § 6º, CF, para fins de incidência da responsabilidade civil objetiva.[370]

A custódia de um preso representa uma atividade administrativa lícita e perigosa e que,

---

367 FARIAS, Rodrigo Vieira. A bala perdida e responsabilidade civil do Estado. *In*: MENDONÇA, Alex Assis de; MOURA, Emerson Affonso da Costa; PORTO, Márcia Maria Tamburini (org.). **Controle e responsabilização na administração pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 159-173.

368 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 343.

369 FARIAS, Rodrigo Vieira. A bala perdida e responsabilidade civil do Estado. *In*: MENDONÇA, Alex Assis de; MOURA, Emerson Affonso da Costa; PORTO, Márcia Maria Tamburini (org.). **Controle e responsabilização na administração pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 159-173.

370 SALUM, Flavia Maria Pelliciari. Responsabilidade objetiva do Estado nas atividades perigosas. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 149-168.

a despeito de o preso ter sido morto por ato próprio do agente prisional ou por ato doloso de um colega de cela, em meio a uma rebelião carcerária, resta evidente a omissão específica do Estado, uma vez que deixou de agir no caso específico, posto que, na condição de guardião do preso, faltou com o seu dever de diligência ao permitir que um colega de cela ou de presídio o assassinasse.

In casu, trata-se de uma omissão específica estatal por infração ao dever de diligência/vigilância, em razão da falta do serviço, seu funcionamento tardio ou ineficiente, quer seja por ter um reduzido número de agentes prisionais, quer seja porque não evitou o ingresso de armas no presídio, quer seja porque não investigou a movimentação prévia dos rebelados, quer porque não o segregou a tempo os líderes da rebelião, quer seja porque eventual agente do presídio, ainda que sabedor do plano da rebelião, tenha se tornado cúmplice dos rebelados e ocultado a sua perpetração à direção do presídio.

Não há dúvida de que a administração penitenciária é de risco.

Assim, considerando que o preso estava sob a proteção do Estado, a omissão específica é iniludível, na medida em que, tendo o preso sido morto na rebelião, o nexo causal está claro entre a atividade estatal carcerária e o evento morte do custodiado, devendo o Estado responder à luz da teoria do risco administrativo, haja vista que a família do detento morto foi atingida nas suas legítimas expectativas, posto que, por certo, sempre quis tê-lo vivo na cadeia e após a sua soltura.

7.7.3 A questão do suicídio cometido por paciente internado em hospital público

Como visto, a omissão específica dá-se desde que exigível a atuação estatal na "execução da obra ou do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular",[371] sendo a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado.

Constata-se um dever jurídico descumprido pelo Estado, quando, por exemplo, há um suicídio de um paciente (doente mental) internado em um nosocômio público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar, o que significa dizer que o Estado, na condição de guardião do doente, deixou de agir no caso específico.

Às claras, observa-se uma falta do dever de atuação estatal, isto é, uma infração ao dever de diligência, no sentido de evitar o suicídio, com a adoção de medidas hospitalares acautelatórias, quer seja fiscalizando a conduta do doente, quer seja o medicando

371 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.221.

adequadamente.

No caso concreto, vê-se que a omissão do médico (agente público) foi a causa e não uma mera condição, sendo notório que o evento morte violou as legítimas expectativas da família do falecido, que o esperava sadio, após a desinternação, mas jamais vítima de suicídio, haja vista que caberia ao Estado agir com segurança, com eficiência e com presteza, em prol da dignidade do doente.

7.7.4 A questão do acidente de aluno decorrente de afogamento em horário escolar por queda em bueiro no pátio da escola municipal

Acidentes com alunos em escolas públicas são corriqueiros no país.

Um primeiro ponto a destacar é que o ingresso de uma criança em uma escola pública faz cessar o dever de vigilância dos pais, que passa a ser exercido pelo Poder Público.

No caso versado, a morte de uma criança numa escola pública em razão de um bueiro destampado no pátio, cuja queda gerou o seu afogamento, evidencia a incúria estrita da Administração Pública, incumbida do dever de diligência/vigilância para preservar a integridade física do aluno, que se achava sob sua guarda imediata.

Neste caso, a omissão específica estatal dá-se pela falta vigilância por algum funcionário no local, afora a inexistência de alguma proteção ou cercado de advertência, sendo tal conduta omissiva uma causa direta e não apenas um condição para o evento.

O dever de indenizar se impõe, sob o pálio da teoria do risco administrativo, por afronta às legítimas expectativas dos pais que, cotidianamente, a levavam e a pegavam na escola, mas jamais imaginavam-na morta no recinto escolar.

7.7.5 A questão da paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte

Como dito, há omissão específica "quando o Estado, tendo o dever de agir, deixe de fazê-lo e isso seja a causa bastante do dano sofrido pelo lesado ou pela coletividade.[372]

372 PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos: *faute de service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 169-194.

No caso exposto, há um dever jurídico concreto de agir que foi descumprido pelo Estado, à vista do não funcionamento do serviço público de saúde, o que viola o princípio da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, CF), que guarda liame com a boa-fé objetiva, na medida em que esta são regras de conduta (deveres de consideração) aplicáveis às relações jurídicas privadas e públicas.

Efetivamente, a não feitura dos exames solicitados, estando a paciente internada numa emergência hospitalar pública, revela a inação do Poder Público, em desacordo com o princípio da eficiência administrativa, haja vista que a coletividade em geral, e quiçá, a paciente e sua família, têm a legítima expectativa de um serviço público minimamente eficiente, até porque são exames corriqueiros e comuns de uma emergência hospitalar.

A omissão estatal específica é notória, pois a administração pública teve uma conduta muito abaixo do mínimo esperado pelo administrados, tendo agido (por omissão) com um grau de eficiência inaceitável, o que dá ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, por ignorar seus deveres específicos.[373]

Observa-se, assim, uma grave ineficiência do serviço público de saúde, muito aquém do padrão mínimo, em prejuízo da boa-fé objetiva na seara pública, uma vez que houve violação às legítimas expectativas da dignidade da paciente, morta por falta de assistência e, *ipso facto*, com geração de danos à sua própria família.

7.7.6 A questão da falta de manutenção das vias públicas

A omissão estatal específica diz respeito a falta do dever de agir do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano,[374] devendo tais circunstâncias serem analisadas no caso concreto, para fins de caracterização de uma omissão juridicamente relevante.

No Estado Constitucional há direitos fundamentais prestacionais a serem atendidos pela Administração Pública, pois os administrados têm direito à boa administração, isto é, a uma boa conduta administrativa,[375] que deve ser pautada na legalidade, na transparência, na moralidade e na eficiência.

No caso de ruas esburacadas e mal sinalizadas, entende-se que há uma omissão específica estatal derivada de uma obrigação legal desatendida, servindo de exemplo o art. 1º,

373 CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 125.
374 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 824.
375 HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 88-89.

§ 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, diante de danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito de trânsito seguro,[376] significando dizer que o Estado responde objetivamente, conforme assim expresso na aludida norma.

Por exemplo, em caso de um veículo cair num buraco (cratera) em alguma via urbana, ali existente já algum tempo e sem qualquer sinalização/fiscalização, vindo a danificar o carro e a ferir o motorista, por certo que se trata de uma omissão estatal específica, bastando a vítima provar o dano e o nexo causal,[377] devendo o Estado responder objetivamente, à vista da manifesta ineficiência na gestão do trânsito, por afrontar a legítima expectativa do usuário administrado.

No caso em tela, percebe-se a infração do dever de diligência/segurança estatal porque o Estado não consertou a via pública, isto é, por não ter tapado o buraco já conhecido/antigo, não obstante tivesse a possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

7.7.7 A questão do motorista embriagado que provoca acidente, após ter sido parado numa *blitz* rodoviária

O princípio da boa-fé objetiva tem estrita influência na responsabilidade civil em geral, cuja noção também deve ser atendida pela Administração Pública nas relações com os cidadãos, de sorte que a atividade administrativa estatal deve ser guiada por parâmetros ou *standards* de comportamento marcados pela confiança recíproca e pelo respeito aos interesses alheios.[378]

Enquanto na acepção não jurídica a omissão significa a ausência de atividade, ou seja, um não fazer, no plano jurídico ela tem uma natureza normativa e não naturalística, significando dizer que se trata de uma abstenção de atividade que o omitente podia e devia realizar.

Em caso de omissão específica estatal, há um dever jurídico especial imposto ao Estado para impedir o resultado, dever esse que decorre da lei e é afeto aos princípios constitucionais (legalidade, moralidade, eficiência) ou derivado do negócio jurídico, na condição de garante.

Por exemplo, em caso de um motorista embriagado, após ter sido parado numa *blitz* rodoviária, provocar um acidente e a atropelar um pedestre que veio a óbito, constata-se uma

376 HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 105-106.
377 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 1057-1058.
378 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44-46.

omissão qualificada do Estado, posto que deveria ter agido para impedir o resultado, ou seja, impedir o motorista de seguir viagem, uma vez que, durante a *blitz*, ele estava sob sua guarda e proteção.[379]

Notoriamente, na situação retratada evidencia-se uma inação estatal específica, reveladora de uma prestação de serviço público de segurança muito aquém do mínimo esperado pelos cidadãos administrados, titulares de direitos fundamentais a uma boa administração pública – que deve ser pautada na confiança e na legítima expectativa de que o Estado não deve permitir o trânsito de motoristas embriagados, mormente após uma *blitz* policial.

7.7.8 A questão dos movimentos multitudinários, motins populares, tumultos ou quebra-quebras

Reitere-se que ocorre a omissão específica estatal quando o Estado deixa de agir não obstante legalmente obrigado para tanto, ou seja, quando falta com um dever específico de diligência, sendo a inércia administrativa a causa direta e imediata do evento danoso.

A omissão específica estatal é uma omissão juridicamente relevante, também conhecida como uma omissão qualificada, haja vista que o Estado, no caso *in concreto*, tem o dever de impedir o resultado por se achar na condição de garante ou guardião do bem jurídico lesado.

Consoante já assentado, para bem caracterizar a omissão específica estatal deve-se aferir, na casuística concreta, diversos fatores, como, por exemplo, o nexo causal, as circunstâncias do fato, a natureza do dano, além da própria configuração da omissão, sendo considerada uma omissão específica aquela inação estatal que estiver muito aquém do mínimo de eficiência que se espera do aparelho estatal.[380]

Assim, nas situações fáticas de quebra-quebras em vias públicas, motins populares, tumultos, movimentos multitudinários, cuja notícia da ocorrência se dá, em regra, com antecedência, inclusive porque anunciada nas redes sociais (*internet*), e de cuja consumação gere danos à propriedade particular (depredação de estabelecimentos comerciais, por exemplo) ou viole fisicamente pessoas não integrantes de tais movimentos, constata-se uma induvidosa inação estatal para contê-los, isto é, para reprimir a baderna, o saque e a depredação.

De fato, nas situações referidas, observa-se que o Estado, já sabedor da premeditação

379 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. Salvador: *Jus*podivm, 2014, p. 730, v. 3.
380 CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 187.

dos eventos coletivos, queda-se inerte – não age quando deveria e poderia agir – fato que configura sua omissão ou a falta de diligência pelo não exercício do poder de polícia (preventiva e ostensiva), para fins de conter o tumulto ou as hostilidades coletivas,[381]significando dizer que a ineficiência do serviço púbico fica bem aquém do mínimo esperado pelos cidadãos, que têm legítimas expectativas de uma boa administração pública.

7.7.9 A questão do incêndio da Boate *Kiss*

"No mundo em que vivemos apenas uma coisa é certa: a incerteza." [382]

E foi exatamente sob esse véu de incerteza cotidiana que em novembro de 2010 deu-se o incêndio na Boate *Kiss*, no município de Santa Maria, Estado do Rio Grande do Sul, que tanto clamor social provocou e ainda provoca, diante do litígio ainda em curso.

Da tragédia resultou a morte de 242 pessoas e lesões em outras tantas, na sua grande maioria jovens universitários. À luz das investigações feitas, evidenciou-se um grave acidente de consumo, que gerou danos de causalidade complexa e de consequências indeterminadas, a revelar o grau de risco da sociedade contemporânea.

Acerca do pressuposto do nexo de causalidade, constata-se que o incêndio teve múltiplas causas, a saber: *i*) o fato de o vocalista da banda Gurizada Fandangueira ter disparado um artefato pirotécnico no palco em que se apresentava; *ii*) o fato de o empresário ter colocado material inflamável na decoração da boate; *iii*) o fato de o empresário ter permitido a superlotação do local, pois a boate tinha capacidade para 700 pessoas e existiam, por estimativa, cerca de 1.500 pessoas; *iv*) o fato de o empresário, por seus agentes de segurança, terem dificultado ou impedido a saída dos clientes enquanto não pagassem o consumo; *v*) o fato de o Poder Público ter autorizado o funcionamento da boate, sem a devida fiscalização.[383]

Concretamente, constata-se que o incêndio teve múltiplas causas e consequências graves, muitas dessas até indeterminadas ao longo da vida dos sobreviventes, razão pela qual o incêndio representa um acidente de consumo (fato do serviço), pois houve a falta do dever de segurança por parte do fornecedor (dono da boate), principalmente, e dos demais entes

381 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.385-390.
382 FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e direito do consumidor. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 375-379.
383 SANTOS, Romualdo Batista dos. Responsabilidade civil por risco da atividade: reflexões e propostas a partir das tragédias de Mariana e da boate *kiss*. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 611-622.

causadores, uma vez que suas condutas geraram danos materiais e morais às vítimas consumidoras, comportando, à luz do 'diálogo das fontes', a aplicação do art. 14 do CDC c/c os art. 927, § único do Código Civil, afora o art. 37, § 6º da Constituição Federal, com a incidência da responsabilidade objetiva e solidária de todos os agentes causadores, inclusive a Administração Pública, a teor dos arts. 7º, 25, 34 do CDC c/c art. 942, § único do Código Civil.

Anote-se ainda que, não obstante, à luz do direito vigente, a solução jurídica seja a solidariedade passiva legal de todos os envolvidos no evento, convém observar que uma parcela da doutrina defende que, em casos dessa magnitude, já recorrentes na sociedade de risco, impõe-se uma similitude aos danos de natureza ambiental, a exigir uma transversalidade dogmática em sede de responsabilização penal, civil e administrativa, cabendo a aplicação de todas essas responsabilizações.

Ademais, a novel doutrina enaltece o dever de prevenção de todos os agentes causadores e a flexibilização do nexo causal, para fins de distribuir-se "proporcionalmente os encargos da precaução dos danos potenciais e da reparação dos danos efetivos entre aqueles que se encontram na linha de causalidade",[384] sustentando, ainda, a necessidade de uma alteração legislativa em prol da adoção da chamada "responsabilidade civil proporcional".[385]

Na situação exposta, pois, vê-se uma multiplicidade de causas que geraram o evento danoso, merecendo destaque a inação administrativa estatal pelo fato de o Poder Público ter autorizado o funcionamento da boate e não ter feito a devida fiscalização, significando dizer que a ineficiência do serviço público ficou muito aquém do mínimo esperado pela coletividade, o que se traduz numa omissão específica.

7.7.10 A questão do desmoronamento das barragens de Brumadinho e Mariana

Na seara ambiental preside a teoria do risco integral, ou seja, aquela segundo a qual impõe-se a responsabilização civil, ainda que não haja nexo causal.

No país, a proteção ao meio ambiente surge com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), recepcionada pela Constituição Federal de 1998, que expressamente também dispôs sobre o tema, conforme art. 225 da Carta Magna.

---

384 SANTOS, Romualdo Batista dos. Responsabilidade civil por risco da atividade: reflexões e propostas a partir das tragédias de Mariana e da boate *kiss*. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 611-622.
385 SANTOS, Romualdo Batista dos. Responsabilidade civil por risco da atividade: reflexões e propostas a partir das tragédias de Mariana e da boate *kiss*. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 611-622.

A responsabilidade civil ambiental é objetiva (art. 225, § 3º, CF) e o direito ambiental é regido por princípios próprios, entendidos os princípios como "verdades fundantes", segundo Miguel Reale.[386]

Conforme a doutrina, dentre os princípios relevantes do direito ambiental destaca-se o princípio da precaução, apenas implícito na Constituição Federal, apesar de visualizado, como ideal do constituinte originário, nos campos da saúde pública (art. 196, CF), da criança e do adolescente (art. 227, CF) e do meio ambiente (art. 225, CF).[387]

O princípio da precaução guarnece uma máxima popular – "é melhor prevenir do que remediar" – e diz respeito aos cuidados antecipados com o desconhecido, isto é, a cautela para que uma conduta não venha a concretizar-se ou resultar em efeitos indesejáveis. [388]

Contudo, o princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção, uma vez que o primeiro busca evitar os riscos potenciais, hipotéticos, desconhecidos e abstratos, ou seja, visa a afastar o 'risco do risco', enquanto a prevenção se reporta a um risco de dano atual, concreto e real, isto é, busca refutar um risco conhecido. Ademais, a incerteza científica é ínsita ao princípio da precaução, em oposição ao princípio da prevenção, que se refere à certeza científica, além do que o princípio da precaução visa a afastar o risco de dano e o princípio da prevenção o dano propriamente dito.[389]

Na sociedade pós-industrial, os riscos são abstratos ou invisíveis, além de globalizados, como, por exemplo, na ocorrência de um risco ambiental decorrente de um desastre natural, cujos efeitos vão além dos limites territoriais, atingindo, direta ou indiretamente, a população mundial, sendo assim caracterizados pela transtemporalidade,[390] pois vão além do momento de sua descoberta.

Também registra a doutrina que o princípio da precaução tem elementos próprios – a incerteza científica, o risco de dano e a inversão do ônus da prova – sendo isso perfeitamente aplicável quando houver um risco de dano à saúde pública e ao meio ambiente.[391]

A doutrina especializada faz uma distinção entre 'desastre' e 'acidente', entendido o primeiro como desastre natural, isto é, advindo de fatos da natureza e, portanto, estranhos e

386 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 299.
387 WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 34-39.
388 ATHAR-BARCESSAT, Ana Clara Aben-. **Desastres e direito ambiental**: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, p. 63.
389 WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 228.
390 ATHAR-BARCESSAT, Ana Clara Aben-. **Desastres e direito ambiental**: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, p. 53.
391 WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 227.

independentes da ação humana (terremotos, vulcões, tornados, incêndios, secas, epidemias), enquanto o segundo (acidente) – também chamado de desastre humano ou antropogênico – como aquele provocado por ações ou omissões humanas que prejudicam o ambiente ecológico de uma forma geral, como, por exemplo, o desmatamento, a queimada, a poluição, o vazamento de oleoduto, o desastre nuclear, como o de Chernobyl. De qualquer sorte, em que pese a relevância da distinção, na grande maioria das vezes, o desastre tem um caráter híbrido ou misto, pois decorre da "sinergia de fatores naturais e humanos",[392] assim denominado de 'desastre misto'.

Concretamente, nos casos dos rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho, ambas no Estado de Minas Gerais, constata-se que se trata de acidentes e não desastres, posto que, notoriamente, deveram-se à falta do dever de segurança (negligência) das mineradoras responsáveis (Samarco e Vale), que, na condição de fornecedoras do produto (minério), também desenvolvem uma atividade de risco ou perigosa (art. 927, § único, CC).

Re vera, tais acidentes revelam a inobservância do princípio da prevenção, haja vista que o rompimento de uma barragem de minério significa um risco atual, concreto, real e conhecido, não se tratando de um risco desconhecido, hipotético, incerto e abstrato.

Ademais, some-se a isso, em igual patamar de negligência, a fiscalização ineficiente por parte do Ministério Público e das agências reguladoras, estadual e federal – o que se traduz numa clara omissão específica estatal – o que gerou, ao cabo, a ocorrência de acidentes ambientais gravíssimos, com consequências nefastas para o meio ambiente e de danos, individuais e coletivos, para os moradores da região, também consumidores por equiparação (*bystanders)*, nos moldes dos arts. 2º, § único, 17 e 29 do CDC.

Induvidosamente, os casos referidos – Mariana e Brumadinho – são exemplos da não observância do princípio da prevenção ambiental e que geraram danos de causalidade complexa e de consequências indeterminadas, afora o grande clamor social, cujos litígios ainda persistem, como se envoltos numa atmosfera de impunidade.

392 ATHAR-BARCESSAT, Ana Clara Aben-. **Desastres e direito ambiental**: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, p. 24.

CAPÍTULO 8: O CONTEÚDO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DECISIONISMO JUDICIAL

8.1 A estrutura das normas de direitos fundamentais

O conceito de norma é primacial para a Ciência do Direito, entendida a norma como o significado de um enunciado normativo.

Há uma estreita conexão entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental.

A partir da compreensão da obra de Robert Alexy – Teoria dos Direitos Fundamentais[393] – entende-se que toda norma de direito fundamental garante um direito fundamental, pois são lados de uma mesma moeda, significando dizer que sempre que alguém tem um direito fundamental há uma norma que garante esse direito.

Direito fundamental é aquele definido pela Constituição.[394]

Na Constituição Federal há normas de direito fundamental e outras não, sendo imperioso proceder-se à sua correta identificação.

Não obstante haja vários critérios para essa identificação (substanciais/estruturais), aponta-se que um conceito mais conveniente é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação,[395] sendo entendidas como tais aquelas que expressam disposições de direitos fundamentais, conforme acha-se assim previsto no Título I, Dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 5º a 17), da nossa Carta Magna.

Norma de direito fundamental é aquela que é expressa por disposições de direitos fundamentais.[396] A título de um definição geral, entende-se por norma de direito fundamental toda aquela para "as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais."[397]

Relativamente à estrutura das normas de direitos fundamentais, impõe-se apartar os conceitos de princípios e regras, que são espécies do gênero norma, sendo tal distinção a coluna-mestra do edifício dos direitos fundamentais.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam

393 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 9-627.
394 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 101.
395 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.68.
396 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.65.
397 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.76.

no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão por que a diferenciação se impõe.[398]

Didaticamente, com base nas obras de Robert Alexy,[399] Ronald Dworkin[400] e Humberto Àvila,[401] há diversos critérios distintivos entre regra e princípio, a saber:

i) o critério da generalidade, apontado como o mais utilizado, pois o princípio é uma norma com grau de generalidade relativamente alto, uma vez que se reporta a bases ou pilares do ordenamento jurídico,[402] enquanto a regra tem grau de generalidade relativamente baixo;[403]

ii) O princípio é considerado um 'mandamento de otimização', posto que institui deveres preliminares, ou seja, ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. O princípio é caracterizado por poder ser satisfeito em grau variado e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.[404]

A expressão 'mandamento de otimização' deve ser entendida em sentido amplo para incluir as permissões e proibições, ou seja, diz respeito à máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais – adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). [405]

Já a regra é uma norma sem conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra é sempre satisfeita ou não satisfeita, [406]; pois institui um dever definitivo, independente das possibilidades fáticas ou normativas.[407] A regra contém 'determinações', haja vista que se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais e nem menos;[408]

iii) Os princípios se colidem e as regras se conflitam.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.[409]

Melhor explicando, em caso de colisão entre princípios, um dos princípios deve ceder,

---

398 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 44.
399 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 9-627.
400 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 1-564.
401 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 37-230.
402 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 44.
403 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.87.
404 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.90.
405 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.116-117.
406 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.91.
407 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 46.
408 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.91.
409 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p.42.

sem que o princípio cedente seja declarado inválido e sem que seja introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições, podendo ser invertida essa precedência em uma outra situação, devendo prevalecer o princípio que tiver maior peso.

A colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso e não na dimensão da validade, de sorte que, se dois princípios entram colisão, "ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, contudo, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles."[410] É a chamada lei de colisão.[411]

Já o conflito entre regra é solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.[412]Melhor esclarecendo, quando duas regras conflitam, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito.[413]

No conflito entre regras aplica-se o método subsuntivo, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, pois a regra é um mandamento definitivo, isto é, que pode ser cumprida ou não, sendo realizada por meio da lógica 'tudo ou nada'.[414] Diferentemente do princípio, a regra garante deveres definitivos, não podendo existir graduações;

iv) O distintivo caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

Os princípios são sempre razões *prima facie*.[415]

O princípio exige que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de sorte que "princípios representam razões que podem ser afastados por razões antagônicas."[416] Os princípios são normas imediatamente finalísticas.[417]

O princípio é um mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, o que exige o sopesamento. A máxima da proporcionalidade do princípio significa que ela deve ser aferida com suas três máximas parciais (adequação, necessidade e

410 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 153.
411 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.93-103.
412 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.92.
413 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 46.
414 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p.39.
415 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.106.
416 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.104.
417 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 227.

proporcionalidade). O princípio contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.[418]

Já as regras são razões 'definitivas' se não houver o estabelecimento de alguma exceção.[419] Elas têm um caráter definitivo, pois exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, de sorte que as regras, se válidas, são aplicadas à maneira do 'tudo ou nada'.

Melhor explicando, "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão."[420] As regras são normas imediatamente descritivas.[421]

Dessarte, afora tais diferenciações, impõe-se elucidar que não há princípios absolutos, mas, sim, princípios extremamente fracos, isto é, princípios que em caso algum prevalecem sobre outros. A outro giro, há princípios fortes, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, mas que também devem ser sopesados frente a outros princípios, como, por exemplo, frente ao princípio da proteção do Estado.

Os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, sendo que a teoria dos princípios se acha atrelada à máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – da adequação; da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).[422]

Acerca dessas máximas parciais, anote-se que, em relação às máximas da adequação e da necessidade, elas decorrem das possibilidades fáticas, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre das possibilidades jurídicas,[423] sendo imperioso observar, diante de uma colisão de princípios, a aplicação do modelo de sopesamento no caso concreto, devidamente fundamentado e não decisionista.

Melhor explicando, a despeito da ideia de sopesamento representar um modelo aberto, e que, *a priori*, permita o subjetivismo e o decisionismo judicial, impõe-se a observância do sopesamento fundamentado, mediante argumentação racional, que não pode ser generalizante e nem abstrata.

8.2 Restrições a direitos fundamentais

418 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.104.
419 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.106.
420 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p.39.
421 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 227.
422 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116-117.
423 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.118.

Um primeiro ponto a destacar é de que a grande maioria das normas de direitos fundamentais ou de garantias de direitos fundamentais tem a estrutura de norma-princípio, sendo que uma minoria tem a estrutura de norma-regra, como, por exemplo, a regra que dispõe acerca da casa como asilo inviolável (art. 5º, XI, CF), a regra que prevê a inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF), a regra que trata da irredutibilidade do salário (art. 6º, VI, CF), posto que em todas elas há previsão de exceções, que são partes integrantes da própria regra.

Consoante demonstrado, à luz da teoria dos princípios (Robert Alexy), há distinções entre direitos definitivos e direitos *prima facie*, haja vista que as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, ao passo que os princípios garantem direitos (ou são impostos deveres) *prima facie.* [424]

Assim é que, na hipótese de um direito garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deve ser atendido *in totum*, caso a regra seja aplicável ao caso concreto, merecendo destacar que as regras podem conter exceções – que são consideradas partes da própria regra excepcionada – como, por exemplo, no caso da regra que proíbe a retroação da lei penal, salvo quando beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF).[425]

Já no caso dos princípios, contudo, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, pois há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.

Os princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes e que podem ser realizados em graus diversos.

Também os princípios são normas imediatamente finalísticas,[426]pois visam a sua realização máxima, somente atingível se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que é algo incomum, mormente em casos difíceis, diante das razões antagônicas albergadas nos respectivos princípios, somente dirimível à luz da lei de colisão, cujo método de sopesamento vincula-se à máxima da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[427]

---

424 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, p. 23-51, v. 4.
425 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, p. 23-51, v. 4.
426 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 227.
427 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, p. 23-51. v. 4.

Nesse contexto, bem compreendido que uma norma de direito fundamental expressa uma disposição de direito fundamental, conclui-se que a norma de direito fundamental – em sua larga maioria – tem estrutura de princípio, ou seja, de um direito *prima facie*, significando dizer que todo direito fundamental é passível de restrição, pois não tem caráter absoluto.

Acerca da teoria das restrições dos direitos fundamentais, há duas teorias relevantes.

A primeira delas – teoria interna – sustenta que não existe diferença entre o direito e sua restrição, uma vez que sua limitação interna se confunde com o seu próprio conteúdo, isto é, trata-se de uma limitação imanente, inerente, inseparável.

Sob tal ótica, a ideia central é calcada na máxima 'o direito cessa onde o abuso começa', pois "o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele",[428] existindo apenas um objeto, qual seja, o direito com seus limites imanentes, cuja limitação não depende de fatores externos,[429] uma vez que não há colisão com outros direitos, não sendo cabível, pois, o processo de sopesamento. Por tal compreensão, os direitos definidos têm sempre a estrutura de regra, não sendo passível de restrição.

Já a teoria externa, ela admite as restrições, que não se confundem com o direito em si e são identificáveis no caso concreto, pelo exercício da metódica, via lei de colisão. Assim, sob tal ótica, entende-se que há um direito em si e, destacado dele, há as suas restrições.[430]

Referida teoria tem estreita ligação com a teoria dos princípios,[431] não se aplicando as regras, uma vez uma norma-princípio guarnece um direito *prima facie* e uma norma-regra guarnece um direito definitivo.

Assim, em caso de direitos restringíveis, "a realização de um direito pode, em determinados contextos, ser obstaculizada pela realização de outro, o qual, nesse caso, tem precedência e, por isso, limita os efeitos do primeiro,"[432] não obstante possa ocorrer que, em outras circunstâncias, envolvendo os mesmos direitos em colisão, a relação de precedência entre eles seja diversa/oposta.

Portanto, no caso de norma-princípio, após o devido sopesamento entre os princípios colidentes, somente no caso concreto pode-se elucidar o que definitivamente vale, ou seja, o conteúdo definitivo do direito, definido 'a partir de fora', quer dizer, a partir das condições

---

428 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128.
429 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129.
430 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.
431 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 139.
432 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 118.

fáticas e jurídicas existentes, a fim de alcançar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade no caso de restrições a esses direitos.[433]

8.3 Parâmetros de controle das medidas restritivas e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Na hipótese de um direito fundamental ter estrutura de uma norma-princípio é possível a adoção de medidas restritivas, sendo isso incabível em caso de uma norma-regra.

Contudo, tais medidas restritivas exigem controle, a fim de evitar excessos. Os parâmetros de controle das medidas restritivas são atinentes aos princípios e não às regras, sendo que tal restringibilidade deve ocorrer mediante rigorosa fundamentação constitucional – o chamado 'ônus argumentativo'[434] – afeto ao administrador, ao legislador e ao juiz, em prol do Estado Democrático de Direito.

Uma argumentação racional é imperiosa, pois as medidas de restrição a direitos fundamentais não podem estar sujeitas ao subjetivismo da autoridade, movida pela intuição, pelo costume ou pela moral, para fins de aquilatar se está ou não em consonância com a Constituição.

Diante da colisão de princípios, que são normas restringíveis, impõe-se a adoção da lei de colisão, via a metódica do sopesamento, com o fito de ponderar qual princípio que deve prevalecer no caso concreto em face das possibilidades jurídicas e fáticas.

Portanto, a análise da compatibilidade da medida de restrição com a Constituição deve ser feita mediante o teste da proporcionalidade,[435] que é estruturado pela máxima (regra) da proporcionalidade, com suas três máximas parciais (sub-regras) – da adequação; da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).[436]

Melhor explicando: quando uma medida estatal (um decreto municipal, por exemplo) intervém no âmbito de proteção de um direito fundamental do cidadão munícipe, necessariamente esse decreto tem como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em

433 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, p. 23-51. v. 4.
434 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 254.
435 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 120.
436 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116-117.

geral, é a realização de outro direito fundamental. Nesta situação, pois, faz-se iniludível que tal decreto passe pelo teste de proporcionalidade, que é estruturado em três passos/máximas ou sub-regras, a fim de se aferir se é ou não compatível com a Constituição.

Ademais, acerca dessas máximas parciais (sub-regras) mencionadas, anote-se três particularidades importantes, quais sejam:

i) que as máximas da adequação e da necessidade decorrem das possibilidades fáticas, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre das possibilidades jurídicas;[437]

ii) que a máxima da adequação, que diz respeito à utilidade, à eficiência e à finalidade da medida restritiva, deve ser analisada primeiramente e que, somente acaso aceita e adotada, é que se deve analisar as demais sub-regras;

iii) que as sub-regras da necessidade e da proporcionalidade estrita têm uma natureza subsidiária, ou seja, a fim de se observar se houve ou não uma medida alternativa adotável ou se houve ou não uma restrição excessiva (necessidade) e qual o princípio deve prevalecer na casuística posta (proporcionalidade estrita), para fim de avaliar, nesta última sub-regra, "se o grau de restrição a um direito fundamental é justificado pelo grau de realização de outro direito fundamental concorrente."[438]

Relativamente à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, registra a doutrina que é um fenômeno complexo,[439] que se vincula à regra da proporcionalidade, significando a consequência da aplicação dessa máxima (regra), haja vista que ambos os conceitos (conteúdo essencial e proporcionalidade) têm íntima relação – de sorte que "restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos."[440]

Assim, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o resultado da aplicação da regra da proporcionalidade (teste da proporcionalidade).

Possível, por conseguinte, a restringibilidade dos direitos fundamentais, desde que a garantia do seu conteúdo essencial ocorra mediante uma argumentação racional fincada na Constituição Federal, atinente ao administrador, ao legislador e ao julgador, em conexão com as exigências de um Estado Democrático de Direito.[441]

---

437 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.118.
438 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 121.
439 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, p. 23-51, v. 4.
440 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, p. 23-51, v. 4
441 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo:

8.4 O princípio da boa-fé objetiva enquanto mandamento de conduta, de lealdade ou de honestidade

A noção de boa-fé no Direito tem um caráter universal e é considerada a alma das relações jurídicas. Trata-se de uma criação humana ao longo da história e, como tal, detém uma natureza juscultural.[442]

Como antes visto (subseção 2.1), a boa-fé tem origem no Direito Romano (*fides*) e desde então teve vários significados, merecendo destaque as suas acepções mais relevantes – a subjetiva e a objetiva – com a ressalva de que os estudos acerca desta última estiveram por muito tempo ao limbo.

Acerca da primeira – boa-fé subjetiva – também denominada de psicológica ou possessória, define-se como um estado psicológico de um sujeito que age (por meio de um comportamento), ou encontra-se em uma determinada posição jurídica, ignorando lesão (efetiva ou potencial) a um interesse alheio juridicamente protegido.

Com clareza, António Menezes Cordeiro a conceitua como a "não consciência do injusto, apesar de uma falha no direito" [443] e, em igual teor, Rodolfo Pamplona Filho a define como "uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do que vício que a inquina."[444]

A boa-fé, em linguagem dicionarizada, trata-se da 'intenção pura', isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, consequentemente protegida pelos preceitos legais.[445]

Anote-se que a boa-fé subjetiva remonta a *fides* romana, passando pelo direito medieval, pelo direito canônico e pelo direito moderno, sendo largamente reconhecida até os dias atuais, conforme, por exemplo, assim se acha prevista em diversas passagens do Código Civil de 2002 (arts. 113, 128, 164, 309, 637, 689, 1.214, 1.219, 1.222, 1.238, 1.239, 1.561, 1.827), dentre outros. Em sua antinomia, há a má-fé, isto é, a intenção de lesar outrem, que deve ser suficientemente provada, quer seja por conduta dolosa ou culposa (imprudência, negligência ou imperícia), considerando que a boa-fé é presumível.

Malheiros, 2010, p. 254.

442 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 18.

443 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa é no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 411.

444 PAMPLONA FILHO, Rodolfo**.** Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 37.

445 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. *In*: SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques (atual.). 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 225.

Já a boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé ética, deriva da *bona fides*, a exigir que a promessa seja cumprida não segundo a letra fria do contrato, mas segundo o espírito deste, enaltecendo a lealdade à palavra dada. Tal concepção foi fortalecida com o advento da *bona fidei iudicia*, que era um instrumento que conferia ao juiz a prerrogativa de decidir de acordo com a hipótese concreta, conforme as respectivas condutas éticas das partes.

A boa-fé objetiva conceitua-se como um modelo de conduta exigível em conformidade com imperativos éticos, isto é, trata-se de uma norma de correção para o qual o estado psicológico do sujeito é irrelevante. Não decorre de qualquer tipo de crença ou estado de consciência, mas de um dever efetivo de conduta fundado nos padrões de lealdade, honestidade, probidade, a ser seguido por todos os membros de determinada sociedade e, inclusive, em consideração às legítimas expectativas do outro contratante.

A boa-fé objetiva é explicada como um dever recíproco de conduta, lastreado na solidariedade e cooperação entre os contratantes, em respeito às suas legítimas expectativas para alcance do fim colimado no contrato, sendo modernamente extensível às relações jurídicas de direito público.

Induvidosamente, as distinções entre ambas são claras.

Nesse diapasão, a pesquisa também sustenta que a primeira (boa-fé subjetiva) não é um princípio e sim um elemento constitutivo para a aplicação de uma norma, sujeita, portanto, à configuração da culpa *lato sensu* para fins de condenação do lesador em perdas e danos. Sob tal ótica, a boa-fé subjetiva serve tão apenas como parâmetro para aferição da culpa em sentido amplo e, por conseguinte, para fins de eventual responsabilização do causador do dano.

Re vera, enquanto elemento constitutivo de uma norma, entende-se que a boa-fé subjetiva é tão apenas uma norma-regra e não uma norma-princípio, haja vista que, na situação concreta, impõe-se aferir se o litigante está de boa-fé ou de má-fé, a partir do modelo subsuntivo, diante do eventual conflito entre as regras da boa-fé e da má-fé, consoante, por exemplo, as disposições legais atinentes ao possuidor de boa e de má-fé previstas no Código Civil (arts. 1.214 a 1.222), afora diversas outras situações previstas no Código Civil (arts. 128, 164, 309, 637, 689, 1.238, 1.239, 1.561, 1.827), dentre outras.

Diferentemente, a boa-fé objetiva é um princípio – uma norma de conduta – que remonta ao direito romano (*bona fides)*, sendo, após, expressamente inserida no Código Civil alemão (§ 242 do *BGB*), em que se lê: "o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-

fé, com consideração pelos costumes do tráfego",[446] cuja norma é tida como a consagração máxima da boa-fé objetiva, a orientar todo o ordenamento jurídico alemão como parâmetro corretivo das normas legais.

Também denominada de mandamento de conduta, de honestidade, de lealdade, a boa-fé objetiva é uma norma de ordem pública, imperativa, cogente, que "engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam."[447]Trata-se de um modelo de conduta social, um *standard* jurídico, um parâmetro objetivo a ser observado em prol da lealdade, da confiança, da cooperação, da justa causa, e cujo modelo comportamental adotado pelas partes independente de uma crença subjetiva, pois exige uma atuação 'refletida' em prol do fim colimado na avença e em respeito às legítimas expectativas recíprocas.

Partindo da compreensão de que o direito é uma técnica a serviço de uma ética, a boa-fé objetiva, que é uma cláusula geral, tem liame com um dos princípios gerais do Código Civil (o princípio da eticidade), que se refere à lealdade, à cooperação, ao solidarismo, ou melhor a ´ética da situação', na esteira dos ideais do culturalismo defendido por Miguel Reale.

A boa-fé objetiva é uma fonte direta de deveres e obrigações atinentes às partes, quer seja nas relações jurídicas privadas e/ou públicas e que, historicamente, no Brasil, foi inicialmente insculpida no Código Comercial de 1850, mas sem eficácia prática, e, depois, expressa no Código de Defesa do Consumidor e, atualmente, no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422).

Em sua antinomia, exige-se o comportamento em desacordo com o padrão objetivo aceito em certo tempo, em certo meio social/profissional e em certo momento histórico, sendo desnecessária a prova da culpa *lato sensu* para a ocorrência da violação da boa-fé objetiva, posto que o dever de reparar os riscos da vida é distribuído em sociedade, inclusive aos contratantes, "a quem não tenha agido conforme padrões ou *standards* de conduta desta mesma sociedade." [448]

Anote-se, ainda, que não obstante parcela minoritária da doutrina sustente que a expressão princípio da boa-fé objetiva seja pleonástica, por considerar que somente a boa-fé objetiva é um princípio e porque a boa-fé subjetiva não o é, e que, por isso, bastaria tão apenas

---

446 SCHREIBER, Anderson. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; DE MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 288.
447 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 33.
448 RACY, Vivien. **A Cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002**: a boa-fé dos artigos 113 e 422 do Código Civil brasileiro. Deutschland: Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 81.

o uso da expressão princípio da boa-fé[449] – a pesquisa adota o entendimento majoritário já consagrado no ordenamento pátrio (doutrina e jurisprudência), inclusive para reforçar que a boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra.

E por que a boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra?

Por várias razões, explica-se:

i) a uma, porque foi a partir da sua consagração máxima no Código Civil alemão (§ 242, *BGB*) – "o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego" – seguida da sólida orientação jurisprudencial subsequente, que a boa-fé objetiva passou a orientar todo o ordenamento jurídico alemão como parâmetro corretivo das normas legais, uma vez que tem raiz constitucional no personalismo ético alemão (Constituição Alemão, art. 1º), que se reporta à pessoa e à sua dignidade,[450]merecendo destacar que tal dispositivo guarda inegável simetria com o art. 422 do nosso Código Civil. [451]

Já no direito pátrio, a boa-fé objetiva é considerada um macroprincípio do direito civil,[452] não apenas vinculada a um dos princípios gerais do Código Civil (eticidade), mas também estritamente ligada aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), afora ao valor constitucional da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), bem como aos princípios da moralidade pública (art. 37, *caput*, CF), da eficiência (art. 37, *caput*, CF) e ao princípio implícito da segurança jurídica que permeia todo o ordenamento jurídico e se visualiza, por exemplo, nas cláusulas do direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e acabado e do juiz natural.

Ressalte-se que a boa-fé objetiva, expressamente acolhida nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, materializa, no plano infraconstitucional, toda a principiologia constitucional mencionada, cujo teor dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, significando dizer que a norma da boa-fé objetiva tem estrutura normativa de um princípio e não de uma regra;

ii) a duas, porque em sendo uma norma cogente, imperativa, de ordem pública, a boa-fé objetiva é passível de ser reconhecida *ex officio* pelo julgador no caso concreto, uma vez que

---

449 PAMPLONA FILHO, Rodolfo**.** Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 39.

450 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105.

451 SCHREIBER, Anderson. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; DE MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 288.

452 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.

reflete, no plano do direito ordinário, os direitos e garantias fundamentais guarnecidos na principiologia constitucional reportada;

iii) a três, porque a boa-fé objetiva, em sendo um mandamento de lealdade, de conduta, de honestidade, significa um mandamento de otimização, pois garante direitos (ou são impostos deveres) *prima facie* e que, como tal, representa, implícita e indiretamente, uma norma de direito fundamental, na medida em que expressa e garante disposições de direitos fundamentais previstas na Carta Magna;

iv) a quatro, porque a boa-fé objetiva, enquanto uma norma-princípio, busca atingir a máxima de um valor constitucional e que, por isso, sujeita-se a restrições, mediante a aplicação do teste da proporcionalidade, estruturado pela regra da proporcionalidade com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;

v) a cinco, porque a boa-fé objetiva é implementada via cláusula geral, compreendida como uma técnica legislativa que se afasta do casuísmo, mediante a adoção de termos semânticos abertos e múltiplos, permitindo a criação da norma para o caso específico, sendo um poderoso instrumento à disposição do julgador para a concretização da ordem pública constitucional;

vi) a seis, porque a boa-fé objetiva, apesar de originariamente gestada no direito civil desde a *bona fides* romana, revela uma clara vocação expansionista para outros ramos do Direito em razão da sua tríplice função – função hermenêutica (art. 113, CC), função de criação de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) e função corretora (art. 187, CC) – e, principalmente, em razão do esmaecimento da dicotomia direito público e direito privado (*summa divisio*), mormente na atual sociedade pós-industrial (globalizada, assimétrica, massificada, digital), a exigir a prevalência da eticidade nas relações jurídicas privadas e públicas;

vii) a sete, porque a boa-fé objetiva, enquanto um *standard* (modelo) de conduta leal e confiável vincula a todos – quer nas relações privadas e públicas – independentemente de considerações subjetivas, ou seja, de qualquer tipo de crença ou estado psicológico do sujeito de direito, merecendo destaque que a sua tríplice função tem larga aplicação na práxis judicial.

Por exemplo, na sua função corretora (art. 187, CC), pertinente ao exercício abusivo do direito, a boa-fé objetiva apresenta uma noção mais moderna e mais intensa que a do abuso do direito na sua visão tradicional (pautada como ato emulativo),[453]de sorte que as figuras

453 SCHREIBER, Anderson. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; DE MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 133.

parcelares ou subprincípios da boa-fé objetiva atinentes à dita função (subseção 3.3) hodiernamente prescindem da demonstração de culpa (Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil) e são de larga aplicação no direito concreto, sendo considerada a mais copiosa e recorrente função da boa-fé objetiva acolhida pelos tribunais pátrios. Anote-se, ainda, que tal função visa a delimitar o exercício desenfreado de condutas jurídicas, em prol de um dever geral de lealdade e confiança recíprocas.

Em igual senda, na sua função de criação de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC), que diz respeito a deveres anexos ou acessórios à prestação principal, também denominados de 'deveres de consideração ou de conduta', registre-se que tais deveres independem da vontade das partes e são exigíveis em qualquer contrato, bem como nas relações jurídicas de direito público. Ademais, consigne-se que tais 'deveres de consideração' não integram um rol taxativo e não derivam da autonomia da vontade e, sim, da boa-fé objetiva, que é uma norma cogente ou de ordem pública, servindo como exemplos o dever de lealdade, o dever de proteção/segurança, o dever de informação, o dever de assistência/cooperação, o dever de sigilo, dentre outros.

Assim, por conseguinte, percebe-se que a efetivação da tríplice função boa-fé objetiva, especialmente as duas mencionadas – função corretora e função de criação de deveres anexos ou de proteção – deve ser analisada e aferida no caso concreto, mediante adequado sopesamento principiológico, a fim de aquilatar-se a abusividade ou não no exercício do direito ou a violação ou não de algum dever de consideração, sendo que tal aferição somente é possível mediante a aplicação da lei de colisão, consoante o teste da proporcionalidade.

8.5 O conteúdo essencial do princípio da boa-fé objetiva e o direito privado

Como antes visto (subseção 8.3), em caso de norma-princípio, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o resultado da aplicação da regra da proporcionalidade (teste da proporcionalidade).

Na seara privada, não obstante a relevante classificação contratual clássica referente às categorias – contratos de adesão e paritário – ainda hoje usual e recorrente, impõe-se destacar a classificação contratual idealizada pelo Professor Antônio Junqueira Azevedo, que adota uma hodierna dicotomia, desdobrada em contratos empresarial e essencial.

Na sociedade pós-industrial típica do século XXI, marcadamente globalizada,

assimétrica, complexa e massificada, constata-se que há dois fortes anseios antagônicos, quais sejam, os que visam a acautelar os interesse empresariais e os que buscam tutelar os interesses dos contratantes vulneráveis, em suas várias acepções.

Nesse diapasão, relembrando a dogmática exposta (subseção 4.4.6), entende-se por contrato empresarial aquele celebrado entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário que, contudo, naquele contrato visa obter lucro, ressaltando-se que no contrato empresarial "ambas [ou todas] as partes têm no lucro o escopo de sua atividade."[454] Já o contrato existencial é aquele firmado entre pessoas não empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não empresária, desde que não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato a terceiros.[455]

Na doutrina, o contrato empresarial também aparece como sinônimo de contrato de lucro ou profissional e que, considerando que a figura do 'contratante não empresário' pode integrar ambas as categorias, quer dizer, nos dois tipos contratuais poderá haver contratação entre empresário e não empresário, entende-se que o critério mais claro para a distinção entre eles seja a intenção ou não de lucro das partes do contrato, assim resumida: nos contratos empresariais todas as partes teriam a intenção de lucro e, nos contratos existenciais, apenas uma das partes não teria intenção de lucro.[456]

Anote-se que ao contrato empresarial aplicável é o Código Civil, assim exemplificável por todos os contratos que tenham por fim precípuo a obtenção do lucro, isto é, os contratos de franquia, de agência, de distribuição, de locação comercial, de consórcio interempresarial, de *engineering*, de compra de matéria-prima, de fornecimento, de *factoring* ou faturização, de risco ou de *joint venture*, dentre outros.

Já ao contrato existencial aplicável é o Código de Defesa de Consumidor e é exemplificável como todo contrato de consumo em que o consumidor é o destinatário final ou não vise a obtenção de lucro, à luz da Teoria Finalista, além do contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária, dentre outros, figurando como seu objeto característico bens ou serviços destinados à subsistência da pessoa humana, isto é, que integram o patrimônio mínimo existencial do ser humano

454 FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 33.
455 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.
456 EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 125.

(alimentação, moradia, educação, saúde, dentre outros).[457]

Na contemporaneidade, à luz do direito concreto, referida dicotomia importa em distinções jurídicas importantes.

Por exemplo, consoante a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), há efeitos jurídicos práticos entres as modernas categorias, uma vez que no contrato empresarial a interferência judicial deve ocorrer de forma mais branda, em respeito ao pactuado pelas partes (*pacta sunt servanda*) e ao princípio da autonomia da vontade, não sendo possível, por exemplo, a revisão judicial por onerosidade excessiva subjetiva, haja vista que a boa-fé objetiva deve ser aplicada com parcimônia.

Já no contrato existencial, diferentemente, a interferência judicial deve ocorrer com maior intensidade, em homenagem aos princípios sociais do contrato (função social, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual), para fins de tutelar a dignidade da pessoa humana, cujo contratante não pode ser visto como um mero interesse 'descartável'.

Nesse sentido, em sendo a boa-fé objetiva um macroprincípio do direito civil, tem-se que sua incidência é graduável, podendo haver uma densidade maior ou menor da sua aplicação a depender do contexto contratual, isto é, da natureza contratual em discussão.

Portanto, nos contratos empresariais pode haver uma maior dispositividade dos deveres anexos de conduta e, nos contratos existenciais, uma menor dispositividade ou, melhor explicando, nos contratos empresariais a incidência da boa-fé objetiva ocorre em menor gradação, em respeito ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da autonomia da vontade, havendo uma eficácia máxima da dispositividade dos deveres anexos da boa-fé objetiva, enquanto que nos contratos existenciais a incidência da boa-fé objetiva é de maior monta, havendo, neste caso, uma eficácia mínima da dispositividade desses deveres.[458]

Melhor explicando, no contrato empresarial o princípio da boa-fé objetiva pode ser relativizado ou mais largamente desconsiderado, o que significa dizer, por exemplo, que os deveres de conduta atinentes à função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) podem ser mitigados ou abrandados, por causa de traços marcantes dos contratos empresariais, a saber, risco empresarial, profissionalismo, dever de diligência, organização, concorrência e rivalidade, razão por que "o dever de cooperação pode ser relativizado pelo ambiente concorrencial dos negócios empresariais e pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que

457 GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 111-112.
458 EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 122.

cabe a cada empresa."[459]

Assim é que, considerando que o contrato empresarial é tido como paritário ou simétrico (art. 421-A, CC), inquestionável que a alocação dos riscos do negócio é legítima (art. 421-A, II, CC), posto que feita de forma amiúde e profissional, conforme os respectivos interesses empresariais em jogo, assistindo a cada empresa contratante aquilatar tais riscos, seguindo seus padrões de diligência e cuidado – devendo assim, em caso de litígio contratual, prevalecer a lei do contrato (*pacta sunt servanda*) em detrimento da boa-fé objetiva.

Já no contrato existencial, contudo, a lógica é inversa.

Em seguida, seguem alguns exemplos.

8.5.1 Exemplo em sede de contrato empresarial

Imagine-se um contrato empresarial envolvendo duas empresas, cujo objeto seja o fornecimento de borracha para a fabricação de pneus. Nesta hipótese, se acaso a empresa vendedora não cumprir o prazo de entrega do produto (borracha), assiste à empresa compradora executar o contrato, arguindo a mora da devedora (*mora debitoris*), com base no princípio do *pacta sunt servanda*, não cabendo à parte vendedora arguir a violação do dever de colaboração da empresa *ex adversa*, com base na boa-fé objetiva.

Explica-se.

Em tal exemplo, observa-se que se trata de um contrato empresarial, de lucro ou profissional, de perfil paritário e simétrico (art. 421-A, *caput*, CC), que envolve duas empresas, e que, uma vez judicializada a demanda, diante da colisão de princípios – *pacta sunt servanda* e boa-fé objetiva – a interferência estatal (judicial) deve ser mínima (art. 421, § único, CC), sendo permitida apenas a sua revisão de maneira excepcional e limitada (art. 421-A, III, CC), de sorte que o contrato não deve ser revisto, *a priori.*

De conseguinte, cabe ao julgador, após o devido sopesamento dos princípios em colisão, mediante a aplicação do teste da proporcionalidade, conferir prevalência ao princípio do *pacta sunt servanda* em detrimento do princípio da boa-fé objetiva, sendo este o conteúdo essencial da boa-fé objetiva, posto que, *in casu*, impõe-se a preponderância do valor constitucional da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), implementada pela lei do contrato (*pacta sunt servanda*) em detrimento do princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF), refletida na boa-fé objetiva (solidariedade contratual), sendo ambas normas de direitos fundamentais.

---

459 LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011, p. 155.

8.5.2 Exemplo em sede de contrato existencial

Diversamente, contudo, no contrato existencial a lógica é a contrária.

Exemplifica-se.

Imagine-se que uma empresa operadora de plano de saúde imponha, via contrato de adesão consumerista, uma cláusula que preveja um tempo de internação hospitalar e que, passados alguns anos, venha o aderente usuário adoecer, precisando ser internado por um período superior ao previsto no contrato.

Ora, considerando que todo contrato existencial é um contrato de consumo, essa limitação do tempo de internamento é manifestamente abusiva, posto que, estando a doença (risco) coberta pelo contrato, o internamento (tratamento) do segurado não pode ficar sujeito a um lapso temporal previamente fixado na avença e, sim, tão apenas sujeito à recomendação médica a fim de curar o paciente.

Às claras, vê-se que o consumidor não é o senhor do prazo de sua recuperação, pois depende de muitos fatores, de sorte que exigir a retirada do paciente de uma UTI, por exemplo, por ter ultrapassado o tempo de internamento, implica em severo risco de morte e, como tal, se traduz numa conduta abusiva da operadora do plano de saúde.

Na casuística posta, pois, constata-se uma colisão de princípios, ou seja, entre o princípio da irretratabilidade das convenções (*pacta sunt servanda*) atinente aos interesses da empresa de plano de saúde (livre iniciativa), no sentido da higidez e validade da cláusula e, de outro lado, o princípio da solidariedade, com fundamento na boa-fé objetiva, em prol dos interesses do usuário consumidor, no que tange à sua função corretora (art. 187, CC), diante da abusividade e consequente nulidade da cláusula (art. 51, IV, CDC).

In casu, vê-se que o conteúdo essencial é o resultado do teste da proporcionalidade em razão do sopesamento dos princípios em colisão, e que, diferentemente do exemplo relativo ao contrato empresarial, impõe-se aqui uma lógica inversa, qual seja, a preponderância da solidariedade (art. 3º, I, CF), materializada na boa-fé objetiva (função corretora), com base na solidariedade contratual, em detrimento do valor constitucional da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), implementada pela lei do contrato (*pacta sunt servanda*), sendo ambas normas de direitos fundamentais, merecendo destacar que, neste caso, o conteúdo essencial já se acha consolidado na Súmula 302 do STJ, *verbis*: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação do segurado".

8.6 O conteúdo essencial do princípio da boa-fé objetiva e o de direito público

O sistema jurídico contemporâneo tem preferência pelo modelo normativo aberto, caracterizado pela adoção de diversas cláusulas gerais, que são uma técnica legislativa capaz de produzir normas de conteúdo jurídico amplo, impreciso, fluido, genérico, não casuístico, permitindo ao julgador proceder a sua concreção ao caso concreto.

A adoção dos modelos jurídicos abertos decorre primacialmente da conflituosidade das relações humanas na sociedade pós-industrial, o que justifica a técnica da cláusula geral, na medida em que assegura uma permanente atualização do direito legislado, cabendo à doutrina e à jurisprudência um papel de relevo na sua boa aplicação.

A prevalência de modelos jurídicos abertos também deriva da superação da vetusta *summa divisio*, ou seja, a dicotomia entre o direito público e o direito privado, já largamente esmaecida, posto que qualquer norma jurídica (de direito público ou privado) deve refletir os valores constitucionais, pois ambas se acham entrelaçadas, não havendo mais uma norma que seja estritamente de direito público e vice-versa.

No direito moderno preside a concepção do 'direito como experiência concreta', razão por que o ordenamento jurídico pátrio é permeado de cláusulas gerais, que não são privativas apenas do direito civil, mas também são encontradas no direito constitucional, no direito administrativo, no direito processual, dentre outros domínios.

Em sendo a boa-fé objetiva um princípio ético-jurídico, a sua expansão/adoção para o direito público é um fato inconteste (Capítulo 6), visto que a tutela da confiança, da lealdade e honestidade também é ínsita às relações de direito público. Ademais, também os princípios da confiança e da segurança jurídica assim o exigem, inclusive como fundamento do Estado Democrático de Direito,[460] estando tal vocação expansionista já sufragada no Enunciado n. 414 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "Art. 187: a cláusula geral do art. 187 do CC tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito".

Como visto, a boa-fé objetiva visa a máxima realização de um valor constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade material, segurança jurídica, moralidade, livre iniciativa, dentre outros), razão pela qual todo sujeito de direito deve agir conforme a boa-fé objetiva, seja pessoa jurídica ou natural, seja pessoa de direito privado ou de direito público.

Ademais, ressalte-se que o Estado também deve agir com lealdade e honestidade com seus administrados, em prol das suas legítimas expectativas e em respeito aos princípios da

460 PENNA, Bernardo Schimdt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 93.

confiança, da moralidade administrativa, da segurança jurídica, da legalidade, dentre outros, [461]implicando em dizer que as funções da boa-fé objetiva referidas – de criação de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) e corretora (art. 187, CC) – se aplicam reciprocamente às relações jurídicas envolvendo o Estado e o administrado/particular.

Em seguida, seguem alguns exemplos.

8.6.1 Exemplo em sede de direito administrativo

Imagine-se que num contrato administrativo de obra (empreitada) pública a empreiteira já tenha feito 80% da obra, mas só tenha recebido metade do preço, havendo sido estipulada a cláusula *solve e repete*.

Pergunta-se: tal cláusula é lícita ou abusiva? Viola a boa-fé objetiva ou deve prevalecer a supremacia do interesse público?

Conforme explanado na subseção 6.5, a boa-fé objetiva é aplicável ao direito administrativo, uma vez que o princípio da moralidade administrativa (art. 5º, LXXII, e art. 37 *caput,* CF) é um reflexo da ética na Administração Pública[462]e que deve ser observado por todos, quer seja pelo administrador público, quer seja pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

A moralidade administrativa é entendida como um pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, não podendo o agente administrativo desprezar o elemento ético de sua conduta, isto é, não deve examinar apenas se o ato é legal ou ilegal, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno, mas também aferir se o ato é honesto ou desonesto, em prol do bem comum, haja vista que nem tudo que é lícito é honesto, conforme brocardo romano *non omne quod licet honestum est*.[463]

No Estado Democrático de Direito, a moralidade administrativa veicula a boa-fé objetiva no direito administrativo, que pressupõe o agir conforme a ética e que deve ser atendida por todos indistintamente, tanto pelo administrador como pelo administrado,[464]significando dizer que há um dever de boa-fé atinente a todos os integrantes da relação jurídica

461 RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 62-88.
462 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1016.
463 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.
464 CARVALHO NETO, Tarcísio de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 16.

administrativa, mormente no contrato administrativo.[465]

Nesse sentido, cabe à Administração Pública proteger a confiança legítima que lhe é devotada pelos administrados,[466]mediante uma conduta estatal coerente e não contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos,[467] uma vez que há um dever de coerência a ser observado pelo administrador, inclusive em sede de contrato administrativo, à vista dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da segurança jurídica.[468]

Assim, em resposta ao exemplo referido, não há dúvida de que a mencionada cláusula – *solve e repete* (pague e depois reclame) – é nula de pleno de direito, à vista da sua abusividade, por violar o subprincípio da boa-fé objetiva denominado *tu quoque*, pertinente à sua função corretora (art. 187, CC).

Explica-se.

Considerando que o contrato de empreitada de obra pública é um contrato bilateral ou sinalagmático, ou seja, que gera obrigações para ambas as partes, observa-se que há uma reciprocidade de prestações, cabendo a realização e entrega da obra por parte da empreiteira e o pagamento do preço por parte do Poder Público, o dono da obra.

As prestações são recíprocas, atreladas umas às outras, posto que, em se tratando de um contrato de trato sucessivo, de execução prolongada ao longo do prazo previsto, o desembolso (pagamento) ocorre, de regra, por etapas, conforme previamente estipulado no contrato.

Ora, na hipótese de o dono da obra não efetuar a sua prestação (pagar) o já executado, assiste à empreiteira suspender a execução do restante da obra, com base na regra do art. 476 do Código Civil, a chamada exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), que é uma defesa indireta, de direito material, em favor da empreiteira e contra a pretensão ajuizada pelo Poder Público, no sentido de exigir o término da obra.

Na doutrina clássica, a exceção do contrato não cumprido resulta em que, "se uma das partes, sem ter cumprido a sua prestação, exigir o cumprimento da outra, esta se defende,

---

465 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 611.

466 GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320.

467 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na administração pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo brasileiro na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 955-973.

468 CASTRO, Luciano Araújo de. **A boa-fé objetiva nos contratos administrativos brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018, p. 182.

alegando que não pode ser coagida, porque o outro contratante não cumpriu o prometido."[469]

A *exceptio non adimpleti contractus* é uma medida de equidade, pois significa um meio legal para o contratante "de fazer valer aquele seu direito de não cumprir a sua obrigação sem que, primeiro ou contemporaneamente, seja cumprido a do que quer exigi-la."[470]

Conforme explanado na subseção 3.3, a boa-fé objetiva guarnece diversas figuras parcelares ou deveres anexos, também denominados de subprincípios, que são ínsitos à sua função corretora, pertinente ao exercício abusivo de direitos (art. 187, CC), sendo considerada a função mais copiosa e recorrente na jurisprudência nacional (o direito concreto).

A exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC) tem relação com o subprincípio da boa-fé objetiva – *tu quoque* – descrita na subseção 3.3.4, que tem fundamento no justo equilíbrio no adimplemento do contrato, haja vista que não se admite a vulneração de uma regra jurídica por uma parte e a exigência por esta de que o outro contratante respeite os termos do contrato.

A expressão *tu quoque* evidencia uma conduta desleal, antiética, maliciosa, pois a parte que viola a norma jurídica tenta tirar proveito da situação, com o objetivo de se beneficiar, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra.

No tocante à cláusula *solve et repete* (paga e depois pede), entende-se que deriva do princípio da autonomia da vontade, para fins de restringir o direito das partes na utilização da exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC), obrigando o contratante cumprir sua prestação, mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se a, posteriormente, voltar-se contra este para pedir o cumprimento ou as perdas e danos.

Assim, por força da dita cláusula, o contratante deverá cumprir a sua prestação mesmo que a contraparte haja negligenciado o cumprimento da que lhe incumbia primeiramente, remanescendo em favor do contratante inocente ação autônoma para exigir o cumprimento ou pretensão ressarcitória.

A cláusula *solve e repete* significa a renúncia ao benefício da oposição da *exceptio non adimpleti contractus*.

Contudo, à luz da doutrina dominante, referida cláusula apenas é admitida nos contratos paritários civilísticos, sendo inaceitável, por abusiva, nos contratos civilísticos de adesão e nos contratos de consumo, a teor dos 424 do Código Civil e art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

---

469 BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1958, v. 4, p. 208.
470 CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código civil brasileiro interpretado**: direito das obrigações. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 15, p. 238.

Já na seara administrativa, conforme a doutrina administrativa clássica, a cláusula *solve e repete* tem sido adotada nos contratos administrativos, para fins de proteger a Administração Pública, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, isto é, a continuidade do serviço público, em desfavor do interesse privado, de menor proteção.

Malgrado tal entendimento, contudo, na modernidade, a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) faculta ao particular a opção de suspender o cumprimento da obrigação diante do atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública (art. 78, XV), havendo inclusive entendimento doutrinário que admite a suspensão antes desse prazo, mediante o ajuizamento de uma tutela preventiva imediata pelo administrado, com o fito de evitar que a Administração se locuplete da sua própria torpeza. [471]

A despeito de inexistir uma regra expressa que acolha a exceção do contrato não cumprido (*tu quoque*) nos contratos administrativos, a Lei de Licitações, indireta e implicitamente, a admite, consoante os arts. 57, VI e 78, XIV, XV e XVI, o que importa na mitigação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, a fim de efetivar a justiça do caso concreto, uma vez que o particular adimple corretamente a sua prestação, mas a Administração lhe falta com o pagamento.[472]

Portanto, no exemplo exposto, observa-se que há dois princípios em colisão, ou seja, o princípio da supremacia do interesse público, materializado na cláusula *solve et repete* e o princípio da moralidade pública, que reflete a boa-fé objetiva, atinente ao dever anexo denominado *tu quoque*, que autoriza a empreiteira opor em seu favor a *exceptio non adimpleti contractuas*, para fins de reconhecer a abusividade da referida cláusula.

Assim, em suma, observa-se que após do devido sopesamento principiológico, mediante o teste da proporcionalidade, o conteúdo essencial restante revela a prevalência do *tu quoque* sobre a referida cláusula, manifestamente abusiva.

8.6.2 Exemplo em sede de direito processual

Consoante explicitado na subseção 6.1, há uma enorme potencialidade da boa-fé objetiva no direito processual, trazendo-se à colação, como exemplo-paradigma, a seguinte situação:

---

471 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 188.

472 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* aos contratos administrativos**.** *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual –** temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 547-580.

Imagine-se que numa demanda sucessória empresarial, tenha o espólio, por mais de uma vez, postulado a homologação do laudo pericial que avaliou os haveres do sócio falecido de uma sociedade de quotas de responsabilidade limitada, e que, inclusive, tenha feito elogios ao trabalho do perito. Ocorre que, após a sentença homologatória judicial, o mesmo espólio apelou da sentença contestando a veracidade do laudo.

Indaga-se: a conduta processual do espólio em recorrer é lícita ou abusiva?

Pois bem.

Primeiramente, impõe-se aduzir que no Estado Democrático de Direito o modelo de processo é o instrumento apto a conciliar a técnica e a ética, de forma cooperada, aplicável a todos os sujeitos do processo a fim de se obter uma solução com efetividade e em tempo razoável.

A moderna processualística refuta o excesso de formalismo (verdade formal), em busca de uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável,[473]pautada na verdade material.

A boa-fé objetiva visa a instrumentalizar valores constitucionalmente previstos e que, no campo processual, se reportam à segurança, certeza, lealdade, celeridade, efetividade, numa perspectiva bem distinta da concepção liberal das garantias constitucionais processuais, tão apenas fundada numa visão meramente formal e abstrata.

No âmbito processual, entende-se que a boa-fé objetiva, também denominada boa-fé processual, representa um sobreprincípio, isto é, uma norma otimizadora das garantias processuais constitucionais em busca de um processo justo e équo.[474]

No direito processual vigente, a boa-fé objetiva tem relevância extrema, pois visa a equilibrar a amplitude e o alcance do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, para fins de aferir, no caso concreto, se há o uso devido ou indevido do processo, o que significa dizer que serve de parâmetro limitador do uso das garantias processuais, tal qual como idealizado pelo modelo liberal e clássico do processo.

A boa-fé objetiva traz ínsita em seu conteúdo a noção de 'correção processual', a exigir a máxima do comportamento correto, uma vez que busca alcançar a chamada 'defesa necessária' e não a 'defesa pródiga/ilimitada/abusiva'.[475]

A moderna processualística tem por escopo alcançar um 'processo justo', cujo resultado

473 NEVES, Daniel Amorim Assumpção**. Manual de direito processual civil**. 8 ed. São Paulo: *Jus*podivm, 2016, p. 144-145.
474 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p.35-48.
475 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p.42.

(direito material) seja materialmente disposto e efetivamente entregue, o que implica em dizer que as partes e o próprio Judiciário estão compelidos a agirem com lisura, probidade, transparência e de forma cooperada em prol de um processo justo e democrático, sem voluntarismos e decisionismos.[476]

Enquanto uma cláusula geral, no CPC atual a boa-fé objetiva acha-se expressamente prevista no art. 5º, *caput*, para disciplinar a lealdade processual, e, por conseguinte, para coibir o abuso do direito processual, cuja ilicitude é aferida 'objetivamente', diferentemente da litigância de má-fé, que é aferível 'subjetivamente',[477]sendo tal entendimento já sufragado na 1ª Jornada de Direito Processual Civil – STJ: "A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa comprovação do *animus* do sujeito processual".

Induvidoso que a lealdade processual é um imperativo principiológico inafastável, que também visa a rechaçar o abuso do direito processual, sendo considerada um dever e não apenas um ônus a ser obedecido pelas partes, procuradores e julgador.[478]

Demais disso, a boa-fé objetiva é avistável no dever de cooperação previsto no art. 6º, CPC, também a ser observado por todos os participantes do processo, ou seja, as partes, os procuradores, Promotor de Justiça, Defensor Público e magistrado – merecendo destaque o dever de esclarecimento, o dever de diálogo, o dever de auxílio, o dever de informação, o dever de vedação à decisão-surpresa (art. 10, CPC), dentre outros.

Na hodierna processualística, não há dúvida de que as partes são livres para escolher os meios idôneos à consecução de seus objetivos, mas com a ressalva de que os procedimentos adotados sejam eficazes e probos, a fim de evitar a litigância de má-fé, que tem o objetivo de impedir que as partes abusem do seu direito de petição, fundado no princípio do livre acesso à justiça (art. 5º, XXXIV a XXXV e LV, CF) – mas que, certamente, não comporta banalização,[479]em respeito à cooperação processual.

Também à vista do esmaecimento da *summa divisio*, a boa-fé objetiva processual é o instrumento de ruptura da dicotomia entre os ramos do direito público e do direito privado, uma vez que a noção de sistema jurídico é conformada a partir da Constituição Federal e que, em sendo uma norma otimizadora das garantias processuais constitucionais (ampla defesa,

476 PENNA, Bernardo Schimdt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 103.
477 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 226.
478 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 227.
479 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 228.

contraditório, devido processo legal), tem lastro no princípio da solidariedade, posto que o dever de cooperação está ligado ao uso adequado e racional do processo,[480] não sujeito a condutas aéticas e fraudulentas, visando a atingir um processo justo e équo.

Assim é que, em resposta ao caso *sub examine*, inquestionável é a abusividade processual do recurso interposto diante da evidente contradição entre o pedido de homologação do laudo pericial e sua posterior impugnação por meio de recurso contra a respectiva sentença homologatória, uma vez que os dois atos processuais se encontram em frontal contradição, o que retira do recurso a sua admissibilidade.[481]

O recurso sequer deve ser conhecido.

Em essência, a boa-fé objetiva processual serve como parâmetro limitador do uso das garantias processuais em prol de um processo justo, devido, équo, e não de um processo indevido ou abusivo.

In casu, constata-se uma situação envolvendo a proibição de comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* – que é classificado como uma figura parcelar/dever anexo ou subprincípio da boa-fé objetiva, descrita na subseção 3.3.1, que é ínsita à sua função corretora, pertinente ao exercício abusivo de direitos (art. 187, CC).

Portanto, no exemplo exposto, observa-se que há dois princípios em colisão, ou seja, o princípio do livre acesso à justiça (art. 5º, XXXIV a XXXV e LV, CF), mediante a interposição do recurso e o princípio da boa-fé objetiva processual (arts. 5º e 6º, CPC), fundado no dever anexo denominado *venire contra factum proprium*, que é pertinente à função corretora da boa-fé objetiva (art. 187, CC) – o que vale dizer que, após do devido sopesamento principiológico, mediante o teste da proporcionalidade, o conteúdo essencial restante evidencia a prevalência do *venire contra factum priprium* sobre o princípio da ampla defesa, em prol dos valores constitucionais da segurança, certeza, lealdade, celeridade e efetividade do processo moderno.

8.7 A escola do direito livre, o decisionismo judicial e a boa-fé objetiva

O Direito existe para resolver o conflito humano, sendo um produto cultural da humanidade e não uma abstração celestial, como assim enaltece o genial sergipano Tobias Barreto: “O Direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto

480 SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p.153.
481 SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 155.

cultural da humanidade."[482]

Também acerca da Ciência Jurídica há outras máximas dignas de registro: "a essência do direito é a realização prática;"[483]"o direito é uma disciplina aplicada", [484]o que significa dizer que o Direito é fruto da sociedade, do mundo concreto, e serve para resolver os problemas humanos.

Inquestionável que a aplicação do Direito requer, *a priori*, uma atividade hermenêutica, objetivando enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Primeiro interpreta-se a norma e, depois, aplica-se o Direito, que então transforma-se em uma realidade eficiente, no interesse coletivo e no individual.[485]

O sistema jurídico pátrio segue o sistema do *civil law*, o que significa dizer que o magistrado não formula ou cria o Direito, mas apenas interpreta-o, não obstante não interprete a norma de forma cega ou escravizante, uma vez que o Direito não se esgota na lei.

A interpretação jurídica é fundamental na operacionalização o Direito, sendo patente que a Hermenêutica, que é a teoria científica da arte de interpretar, visa a determinar o sentido e o alcance das expressões jurídicas.

A despeito disso, o direito brasileiro não admite a Escola da Livre Indagação ou Escola do Direito Livre, o que é salutar e conveniente, mormente num país continental como o nosso, posto que, do contrário, geraria enorme insegurança jurídica, além do que tenderia a desbordar para uma nefasta ditadura judiciária, não menos nociva que a do Executivo.

Inobstante registre a doutrina a existência de facetas ou consectários da Escola do Direito Livre, como é o caso, por exemplo, do chamado direito alternativo ou uso alternativo do direito, doutrina e jurisprudência dominantes não admitem o puro arbítrio do juiz na arte de interpretar, para negar a lei posta e criar a sua própria norma.

Em geral, cabe ao juiz tão apenas dilatar, completar e compreender a norma, mas jamais alterar, corrigir ou substituir, e muito menos negar a norma, decidindo *contra legem*.

Ademais, o direito pátrio não aceita a chamada jurisprudência sentimental, segundo a qual o juiz "mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas a sua jurisdição."[486]

---

482 BARRETO, Tobias. Ideia do Direito. *In*: **Estudos de Direito**. Salvador. Livraria progresso editora, 1951, p. 168-169.
483 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.
484 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Edusp, 2021, p. 25.
485 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 6.
486 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83.

Dita de outra forma, a jurisprudência sentimental é aquela fundada em sentimentalismos, achismos, subjetivismos, ideologismos, o que faz gerar insegurança jurídica e arbitrariedade, além do que fomenta o frágil argumento de autoridade (*ab auctoritate*) em detrimento da autoridade do argumento, este sim – meritório e eficaz – considerando que o Direito é ciência de raciocínio, que se curva ante a razão e não perante o prestígio profissional de quem quer que seja.[487]

Ocorre que, a partir da redemocratização do país e diante da superação da vetusta *summa divisio*, isto é, a dicotomia entre o direito público e o direito privado, percebe-se que as inúmeras cláusulas gerais que permeiam o ordenamento jurídico têm sido usadas a esmo, de forma desmedida e indiscriminada.

Objetivamente, constata-se que uma miríade de cláusulas gerais, umas, de matriz genuinamente constitucional (dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, moralidade pública, solidariedade, igualdade) e, outras, de natureza privatística *prima facie* (boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio contratual, abuso de direito, atividade de risco), têm sido referidas nos julgados de maneira genérica e superficial, e até em caráter ornamental, visto que não pontuam, de forma amiúde, o liame com a casuística em si.

Dessarte, por certo não se discute a vocação mutável do Direito, uma vez que reflete, historicamente, a própria vida humana.

O que se questiona – e isso é o ponto fulcral – é a inconsistência e fragilidade dos julgados, tornando o Direito imprevisível, a produzir uma deambulante jurisprudência, também conhecida por decisionismo judicial, que tem excedido os limites constitucionalmente adequados, gerando insegurança jurídica, "de modo a prestigiar a subjetividade do julgador em detrimento dos parâmetros normativos."[488]

Na praxe judicial constata-se até – em casos similares – de fundo só jurídico e não fático, que há decisões conflitantes, baseadas em supostas convicções pessoais ou princípios implícitos eleitos pelo julgador, proferidas numa mesma vara judicial ou órgão colegiado, o que se constitui no chamado panprincipiologismo, ou seja, a cultura do decisionismo judicial fundada em princípios não normativos.

Modernamente, persiste no país uma sanha judicial decisionista, que se traduz em decisões desprovidas de fundamentação normativa, que tão apenas exteriorizam uma

487 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272-273.
488 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 375.

subjetividade descompromissada com o Direito a reboque do chamado 'ativismo judicial', que de resto cria "normas em descompasso com o direito positivo",[489] e que, na atual realidade jurídica, ganha relevo por conta de alguns fatores, tais como: *i*) o neoconstitucionalismo; *ii*) o incremento da jurisdição constitucional; *iii*) a crise da democracia representativa; e (*iv*) o aumento da judicialização dos fatos da vida.[490]

E para elucidar o alcance da cultura decisionista em voga, traz-se à colação o princípio da dignidade da pessoa humana, de maior recorrência no direito concreto, à vista dos diversos entendimentos acerca dele, inclusive aplicável em litígios de um mesmo fundo jurídico e não só fático. E nesse talante, observa-se, às claras, uma argumentação imprecisa, meramente retórica e até ornamental na sua concretude, não obstante considerado um fundamento da República (art. 1º, III, CF) e apontado como valor supremo da democracia.

Melhor esclarecendo: tome-se, como exemplo, o vocábulo 'dignidade', cuja etimologia deriva do termo *dignitas,* que significa valor intrínseco, prestígio, mérito ou nobreza, resultando na compreensão de que o "ser humano é um fim em si mesmo, dotado de uma qualidade intrínseca que o torna insuscetível de converter-se em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos políticos e ideológicos."[491]

A doutrina é uniforme ao dizer que a expressão dignidade, que é um valor intrínseco do ser humano, inerente à personalidade humana, tem uma natureza ontológica e não contingente, de sorte que, embora a dignidade possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. Ninguém se despe da dignidade, ainda que seja um torturador ou um santo.[492]

Ocorre que, diante da indeterminação e a maleabilidade do seu conteúdo, há interpretações díspares a respeito, invocada até por lados rivais numa mesma contenda, como, por exemplo, nos debates travados no Supremo Tribunal Federal acerca dos temas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Em igual senda, vê-se a invocação ao princípio por políticos liberais, favoráveis ao Estado mínimo, e por socialistas, defensores da apropriação coletiva dos meios de produção, além de religiosos que lutam pela

489 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 138.
490 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 374.
491 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.
492 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 104.

proteção da vida do nascituro e de feministas que pugnam pela ampla legalização do aborto.[493]

Na doutrina, há severas críticas à vagueza/imprecisão do seu conteúdo, que, atrelada a genérica e superficial fundamentação das decisões judiciais, termina por resultar numa fórmula vazia, na medida em que, se o princípio serve para tudo então não serve para nada, à vista da ambiguidade, indeterminação e o grau de decisionismo judicial.

A noção de dignidade constitucional é ampliada pelas numerosas e múltiplas conotações que enseja, correndo-se "o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental,"[494]de sorte que, levada ao extremo, tal postura hermenêutica torna o princípio abstrato e de aplicação impossível.

Inconteste que há uma banalização, ou melhor, uma 'carnavalização' do princípio da dignidade da pessoa humana, o que causa insegurança jurídica, "pois torna o resultado do processo judicial muito dependente dos gostos e preferências de cada magistrado, comprometendo a previsibilidade do Direito."[495]

Também registra a doutrina que, a despeito da vocação universalista do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se atinar acerca da compreensão exata do seu conteúdo, desdobrado em quatro componentes, a saber: "a) o valor intrínseco da pessoa; b) a autonomia; c) o mínimo existencial; e d) o reconhecimento",[496] a fim de que, mediante adequada metodologia, surjam decisões judiciais mais bem fundamentadas, em conformidade com a laicidade estatal e as razões públicas prementes.

Mutatis mutandis, o que foi exposto acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, aplica-se ao princípio da boa-fé objetiva, ainda que em menor intensidade, haja vista que também vem sendo aplicado de forma imprecisa, ao arrepio das premissas do direito civil constitucional.

Em suma, constata-se que, na atual realidade jurídica do país, as cláusulas gerais têm sido usadas como uma panaceia normativa, havendo notória imprecisão conceitual sobre o que seja juízo discricionário e juízo arbitrário – diante das perplexidades e teratologias sobre um mesmo caso em litígio – causando enorme insegurança jurídica.

493 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 16.
494 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.
495 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 18.
496 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 93.

8.8. Segurança jurídica e a força normativa da boa-fé objetiva

Na sua clássica obra – Sociedade de Risco[497] – publicada em 1986, após o acidente nuclear de Chernobyl, o sociólogo alemão Ulrich Beck faz um painel sobre o problema das incertezas sociais, alertando sobre a globalização dos riscos civilizatórios.

Na modernidade, considerada por muitos como pós-modernidade, vive-se uma ruptura histórica, que não representa o fim da sociedade moderna e, sim, sua reconfiguração, uma vez que, segundo Ulrich Beck, a sociedade industrial clássica, produtora e distribuidora de riquezas transforma-se numa sociedade industrial de riscos, na qual a produção dos riscos domina a lógica da produção de bens.[498]

Induvidosamente, na sociedade de risco imperam o medo e a incerteza,[499]diante não apenas de catástrofes naturais, mas também dos riscos de danos materiais e morais advindos da *internet*, de crises econômicas mundiais, de pesquisas biotecnológicas (clonagens), de experiências nucleares, de aquecimento global, de segurança alimentar e de pandemias, como é o caso da presente pandemia Covid-19.

Na sociedade pós-moderna o risco está cada vez mais presente no nosso cotidiano, pois o "risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade contemporânea."[500] Além disso, vive-se numa sociedade marcadamente desigual, sob vários matizes, além do que não solidária – o que faz ampliar os conflitos judiciais.

E é nesse cenário de tanta incerteza que se faz imperiosa a realização do Direito, a fim de resolver o conflito humano, por ser tratar de uma ciência aplicada e atrelada ao mundo real.

Como dito, o Direito não é uma abstração.

Teologicamente, o Direito visa à promoção do ser humano e a segurança jurídica!

"A segurança jurídica é um ideal normativo de *primeira grandeza* em qualquer ordenamento jurídico, especialmente no ordenamento pátrio." [501]

A segurança jurídica é um princípio que, a despeito de não expresso, acha-se implícito e permeia todo o sistema jurídico, a partir da Constituição Federal, sendo visualizável pela

497 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2019, p. 7-376.
498 ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Fiocruz,** 2014. Disponível em: < https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/17093/2/9.pdf>. Acesso em 26, fev. 2021.
499 LOPES, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.
500 CALMON DE PASSOS, J.J. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coord.). **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134.
501 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 711.

própria norma positivada, pelas regras de competência (juiz natural, por exemplo), pela proibição de retroatividade das leis, pelo princípio da decisão não surpresa, pelas garantias do direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito, dentre outros institutos.

Na sociedade contemporânea – complexa, plural, globalizada e massificada – persiste um estado de insegurança crescente, decorrente de uma enorme diversidade de interesses, atinentes a grupos diversos em conflito, que buscam resguardar seus interesses/valores nas normas jurídicas, afora os riscos civilizatórios disseminados mundo afora.

Por exemplo, basta citar a comunidade LGBT, o grupo das mulheres, dos imigrantes, dos étnicos, dos ambientalistas, dos consumidores, dos liberais, dos conservadores, dos industriais, dos trabalhadores, dos proprietários rurais, dos trabalhadores sem-terra, dentre outros, havendo assim, na modernidade, o chamado politeísmo de valores, posto que nem sempre tais interesses são coincidentes.[502]

Ocorre que, diante desse cenário de interesses sociais assimétricos, o Estado-Juiz é avocado para solucionar o conflito entre grupos, numa velocidade cada vez mais frequente, na esteira do fenômeno da judicialização em voga, muita das vezes com base em pretensões fúteis e até estranhas ao mundo jurídico.

A judicialização é uma realidade crescente, pois, no atual panorama jurídico brasileiro, judicializa-se qualquer assunto, como se o Judiciário fosse o progenitor e o salvador da vida nacional.

Ademais, observa-se que essa judicialização já não é mais provocada pelos históricos usuários do sistema de justiça (bancos, telefônicas, seguradoras de saúde e o próprio Poder Público) – mas, também, agora acrescida pela judicialização de políticas públicas, como é o caso, por exemplo, das demandas de saúde (judicialização da saúde), no âmbito do chamado ativismo judicial, afora as demandas pertinentes aos entreveros entre os poderes constituídos (Legislativo x Executivo x Judiciário).

Afora isso, convive-se com um caos legislativo gigantesco, traduzido por termos como: ‘chuva de leis’, ‘histeria legislativa’, ‘furacão normativo’, ‘incontinência legislativa’, ‘aluvião de normas’, ‘orgia na produção de leis’,[503]a revelar um nocivo estado de insegurança, na medida em que se cria a percepção de um direito efêmero e aleatório, capaz de produzir uma jurisprudência deambulante.

Concretamente, essa crescente judicialização da vida nacional causa enorme insegurança jurídica, pois traz prejuízo à vida dos cidadãos, haja vista que tem reflexos

502 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 57.
503 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 55.

negativos sobre as instituições e sobre os investimentos econômicos internos e externos e prejudica as decisões de longo prazo, ou seja, fragiliza a previsibilidade, em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas.

Além do mais, referida insegurança jurídica é agravada por uma profusão de leis, muitas das quais de conteúdo aberto – à vista de uma miríade de cláusulas gerais – o que faz gerar uma jurisprudência oscilante, ao gosto do intérprete, na esteira da cultura do decisionismo judicial ou da jurisprudência sentimental.

Pois bem.

Como antes dito, em sendo o Direito uma disciplina aplicada,[504]cuja essência é a sua realização prática,[505] mas que, diante desse contexto histórico de tanta insegurança jurídica, como operar a cláusula geral da boa-fé objetiva, considerando a sua ampla força normativa?

Consoante já explanado na subseção 8.4, a boa-fé objetiva é um princípio – um mandamento de conduta, de lealdade ou de honestidade – materializado por uma cláusula geral, de natureza imperativa ou cogente, que tem liame com um dos princípios estruturantes do Código Civil (o princípio da eticidade), que se reporta à lealdade, à cooperação, ao solidarismo, ou melhor, à 'ética da situação'.

No Brasil, a boa-fé objetiva é considerada um macroprincípio do direito civil,[506]não apenas atrelado ao princípio da eticidade do Código Civil, mas também a diversos princípios constitucionais (dignidade humana, igualdade, solidariedade, moralidade pública, eficiência pública), afora o valor constitucional da livre iniciativa e ao princípio implícito da segurança jurídica.

A boa-fé objetiva é um mandado de otimização, que busca atingir a máxima de um valor constitucional, pois garante direitos (ou são impostos deveres) *prima facie.*

Trata-se de uma norma de ordem pública, prevista nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, que funcionaliza, no plano infraconstitucional, toda a principiologia constitucional que dispõe sobre direitos e garantais fundamentais, o que significa dizer que a boa-fé objetiva tem estrutura de norma-princípio e não de norma-regra e que, como tal, sujeita-se a restrições no caso concreto, mediante o teste da proporcionalidade.

A vocação expansionista – força normativa – da boa-fé objetiva é patente, à vista da

504 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Edusp, 2021, p. 25.
505 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.
506 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.

superação da *summa divisio* e em razão da sua tríplice função – função hermenêutica (art. 113, CC), função de criação de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC) e função corretora (art. 187, CC) – sendo perfeitamente identificável seu conteúdo essencial em sede de direito privado e de direito público, conforme exposto nas subseções 8.5 e 8.6.

Reitere-se que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral, pois seu enunciado normativo é permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, que expressa um conteúdo jurídico impreciso e múltiplo, a permitir ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe até valer-se de conceitos metajurídicos.

A técnica da cláusula geral é valiosa para oxigenar/abrir o ordenamento jurídico, pois é um contraponto às normas casuísticas, em face da abrangência e generalidade do seu enunciado normativo, cuja "vagueza semântica (tipicidade mínima) permite mobilidade externa ao sistema através da incorporação de novos princípios até então não pertencentes ao próprio código."[507]

Não há dúvida de que a cláusula geral confere mobilidade ao sistema jurídico, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos positivados, possibilitando ao juiz adaptar a norma à situação fática, em busca de uma solução adequada para o caso concreto, o que não significa dizer que o magistrado possa impor a sua própria ideologia, arbitrariamente, posto que "o emprego das cláusulas gerais não pode ser distorcido para servir de justificativa ao decisionismo, vale dizer, ao abuso dos poderes decisórios do magistrado em direção a qualquer tipo de arbitrariedade." [508]

Anote-se, ainda, que dentre os três modernos princípios contratuais (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual), há uma distinta compreensão evolutiva entre eles, uma vez que enquanto a boa-fé objetiva detém uma base dogmática sedimentada, até porque herdada das experiências alemã e portuguesa, os princípios da função social do contrato e do equilíbrio contratual ainda carecem de uma delimitação conceitual minimamente precisa, conforme se observa pela respectiva jurisprudência já produzida (fluida e genérica).

Relativamente à boa-fé objetiva, contudo, já há uma delimitação conceitual mais clara e consolidada, com um elenco de deveres de conduta impostos pela boa-fé, os quais resultam em um "conjunto de *situações-tipo, comportamentos inadmissíveis, condutas vedadas* e outras noções aplicativas que procuram assegurar maior uniformidade no manejo da boa-fé

507 EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61.
508 EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 68.

objetiva,"[509] a despeito de seu conteúdo necessariamente aberto, contribuindo, por conseguinte, para sua concretude prática.

Re vera, vê-se que a operatividade da boa-fé objetiva é uma fato inconteste, não só em sede de direito obrigacional, como também expandida para outros ramos do direito privado e público, conforme se constata pela copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que, até o dia 10.08.2012, referiu o verbete 'boa-fé objetiva' em 206 acórdãos, assim discriminados: 26% deles tratam de relações obrigacionais que envolvem Direito Civil; 24% tratam de relações de Direito Público (sobretudo Administrativo e Tributário); 22% de situações de Direito Processual ou relativas a procedimento arbitral; 20% de Direito do Consumidor; e 8%, apenas, de Direito Empresarial. [510]

Outrossim, em pesquisa empreendida no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE), no período de 18.09.2006 a 20.07.2020, ou seja, no prazo de 14 anos, o verbete 'boa-fé objetiva' acha-se referido em 611 acórdãos, da seguinte forma: 337 acórdãos pertinentes a direito dos contratos; 87 relativos a direito do consumidor; 11 acórdãos referentes à responsabilidade civil e 176 a outros ramos dos direitos civil e/ou de direito público.

A força normativa da boa-fé objetiva é uma realidade iniludível, como bem se comprova pela farta jurisprudência já produzida, inclusive se comparada com os demais modernos princípios contratuais (função social do contrato e equilíbrio contratual).

Malgrado isso, a doutrina já aponta um perigo na superutilização/banalização da sua concretude, em razão de decisões centradas na valoração individual do intérprete, geralmente atreladas à mera análise do artigo de lei ou a um microssistema jurídico, sem levar em conta a interpretação unitária do ordenamento, que, além de uno, é complexo, o que significa dizer que tais decisões têm se dado ao arrepio das premissas do direito civil constitucional.

Nesse contexto, assim como ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que em menor escala, vê-se que a aplicação imprecisa, maleável e arbitrária da boa-fé objetiva desborda para a cultura do decisionismo judicial, fundada em achismos/sentimentalismos/ideologismos, a produzir uma jurisprudência sentimental ínsita ao argumento de autoridade (*ab auctoritate*) e não a autoridade do argumento,[511]em descompasso, pois, com a imprescindível argumentação jurídica que deve presidir toda decisão judicial, numa

509 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 27.
510 MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). *In*: MARTINS COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. **Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191.
511 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272-274.

perspectiva racional e sopesada, a fim de aferir, no caso concreto, o seu adequado conteúdo essencial à luz do teste da proporcionalidade.

Portanto, induvidoso que a força normativa da boa-fé objetiva deve estar vinculada à segurança jurídica, mas somente atingível de acordo com um juízo de discricionariedade, que não se confunde com um juízo de arbitrariedade ou decisionista.

CONCLUSÕES

A pesquisa comprovou o objetivo geral proposto, ou seja, a vocação expansionista ou força normativa da boa-fé objetiva, uma vez que, a despeito de sua origem romana (*bona fides*), no âmbito estrito do direito contratual, também se expandiu para outros ramos do direito privado e do direito público. Igualmente, confirmou que a boa-fé objetiva é um princípio e que vem sendo aplicado ao arrepio da legalidade civil-constitucional.

Os demais objetivos (específicos) foram corroborados, assim como as hipóteses foram ratificadas, consoante exposição feita no desenvolvimento do estudo e reportada nos capítulos seguintes.

No capítulo primeiro, discorreu-se sobre a legalidade civil-constitucional.

Pôde-se constatar uma visão histórica do direito civil pátrio, desde o Código Civil de 1916, produto de doutrinas individualista e voluntarista, classificado como a 'Constituição do direito privado' e influenciado pela Escola da Exegese.

Observou-se a abertura do sistema jurídico civil na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com o advento de diversas leis especiais (microssistemas jurídicos) derivadas do Dirigismo Estatal, de forte conteúdo social e protetivo à parte contratante mais fraca, cujo apogeu deu-se com a Constituição Federal de 1988, que passou a reger diversos institutos civilísticos, não mais sob o enfoque patrimonialista e, sim, personalista, em razão da tutela da pessoa humana, considerada o valor-fonte do ordenamento jurídico.

A despeito de sua longa tramitação legislativa, constatou-se que o Código Civil de 2002 trouxe a lume ideais culturalistas, fulcrado em princípios estruturantes – eticidade, socialidade e operabilidade – além de ter adotado o sistema de cláusulas gerais, o que possibilitou uma atividade judicial mais criadora apta à solução material do litígio.

Atestou-se que a constitucionalização do direito civil teve forte influência da doutrina italiana, a partir das lições de Pietro Perlingieri, que assentou três premissas básicas do direito civil constitucional – natureza normativa da Constituição; unidade e complexidade do ordenamento jurídico e o desenvolvimento de uma teoria da interpretação, de fins aplicativos –

que vêm sendo descumpridas às largas, à vista da aplicação judicial imprecisa das cláusulas gerais, a exigir, portanto, uma releitura da sua metodologia, em prol da legalidade civil-constitucional.

No segundo capítulo, analisou-se a compreensão contemporânea da boa-fé objetiva.

Entendida como a alma das relações jurídicas, inferiu-se o caráter universal da boa-fé no Direito, compreendida como um patamar juscultural por ser uma criação humana, que remonta à fundação de Roma, vinculada ao termo *fides* (confiança).

Acerca da boa-fé objetiva, traçou-se um panorama histórico, vinculando-a ao termo *bona fides*, cujo adjetivo *bona* implica em constranger a quem prometeu a manter a sua promessa não segundo a letra fria do contrato, mas segundo o espírito deste, enaltecendo a lealdade à palavra dada. Também se fez alusão a *bonae fidei iudicia* como um instrumento técnico que conferia ao juiz o poder de julgar sem apego ao formalismo estrito, com o fito de alcançar a solução material do litígio, uma vez que valorizava o aspecto ético das partes, isto é, as suas respectivas condutas.

Apresentou-se um resumo histórico da boa-fé objetiva no direito ocidental e reportou-se à sua consagração máxima no Direito Alemão, em razão da norma expressa do (§ 242, *BGB*), cuja cláusula geral é apontada como parâmetro corretivo de normas legais, isto é, como uma regra de conduta leal e honesta a ser adotada pelas partes no comércio jurídico.

No Brasil, anotou-se que a boa-fé objetiva foi positivada no Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) como um princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não teve relevância na prática. Posteriormente, foi expressamente acolhida no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, 39), erigida à categoria de um dos princípios consumeristas e, no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422), referida como um princípio moderno do contrato e vinculada ao princípio geral da eticidade do Código Civil.

Especificou-se as duas acepções da boa-fé – subjetiva e objetiva – trazendo-se a lume os seus respectivos conceitos e distinções, sendo entendida a boa-fé subjetiva como um elemento constitutivo para aplicação de uma norma, sujeita, portanto, a configuração da culpa *lato sensu* para fins de condenação do infrator em perdas e danos, enquanto a boa-fé objetiva é entendida como um modelo de conduta exigível em conformidade com imperativos éticos, que independe de qualquer tipo de crença ou estado psicológico.

Compreendida como um macroprincípio do direito civil, consignou-se que a boa-fé objetiva é um princípio, um ‘mandamento de conduta’, um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, que engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação em face do fim objetivo a que visam.

Ressaltou-se que a boa-fé objetiva é materializada via técnica legislativa da cláusula geral, que alberga um conteúdo normativo aberto, múltiplo, vário, impreciso, à disposição do julgador para a concretização da ordem pública constitucional, mediante a criação da norma para o caso específico, bem como detalhou-se a sua tríplice função – função hermenêutica (art. 113, CC), função corretora (art. 187, CC), função criadora de deveres anexos ou de proteção (art. 422, CC).

Registrou-se que, na sociedade hodierna – complexa, desigual e globalizada – a boa-fé objetiva é compreendida como uma obrigação solidária, dinâmica, cooperada e como um sistema de 'processo' ou totalidade a exigir das partes uma série de atividades/condutas em prol das suas legítimas expectativas para o alcance do fim colimado, mas cujo rol de condutas não nasce da vontade das partes e não se acha vinculado às prestações principais.

No capítulo terceiro, pesquisou-se a incidência civilística e as figuras parcelares da boa-fé objetiva.

Atestou-se o liame entre a boa-fé objetiva e o contrato, que remonta ao Direito Romano, e relatou-se acerca da distinta concepção do contrato, isto é, sob a concepção tradicional, atrelada do dogma da liberdade contratual, ao individualismo, à contratação paritária e ao princípio do *pacta sunt servanda* e, sob a concepção moderna, a partir do último quartel do século XX, com o advento dos contratos em massa, a justificar a prevalência da solidariedade contratual em busca do contrato constitucionalizado, ou seja, aquele que concilie a livre iniciativa e a moderna principiologia contratual, merecendo destaque a boa-fé objetiva, por ser um macroprincípio civilístico.

À vista da imprecisa redação do art. 422 do Código Civil, com base em sólida e majoritária doutrina, argumentou-se que a boa-fé objetiva tem incidência nas três fases contratuais (pré, durante e pós), uma vez que não apenas aplicável na execução da avença, mas também antes (*in contrahendo*) e após (*post pactum finitum*), inclusive com a possibilidade de responsabilização civil por violação dos deveres da boa-fé objetiva, anotando-se, ainda, que referida responsabilização tem a natureza contratual e não extracontratual ou aquiliana.

Discorreu-se sobre as figuras parcelares/deveres anexos ou subprincípios da boa-fé objetiva, que são ínsitas à sua função corretora (art. 187, CC), considerada a mais copiosa e recorrente na jurisprudência pátria (o direito concreto), por ser uma função de controle que objetiva coibir o exercício abusivo de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança, ou melhor, visa a delimitar o exercício desenfreado da autonomia privada.

Consignou-se a estreita ligação da tutela da confiança com a boa-fé objetiva, trazendo-se à colação os seus vários subprincípios ou figuras parcelas e que foram detalhadas de forma

amíude (*venire contra factum proprium; supressio; surrectio; tu quoque; duty to mitigate the loss; exceptio doli; clausula de stoppel;* adimplemento substancial (*substancial performance*); violação positiva do contrato).

No quarto capítulo, pôde-se analisar a teoria contratual e a boa-fé objetiva.

Abordou-se a relevância da classificação contratual para fins de elucidar a classificação contratual clássica e moderna, reportando-se, quando à primeira, que se acha fundada num paradigma voluntarista, monolítico e abstrato do contrato, atrelada ao Estado Liberal e ao dogma da vontade e, quanto à segunda, que adota um perfil fragmentário, normatizado, à luz do dirigismo contratual, a fim de prevalecer o interesse social.

Na sociedade hodierna explicou-se que há três categorias contratuais distintas, ou seja, os contratos – civilístico, empresarial e de consumo – com seus caracteres próprios e com uma natureza jurídica díspar, o que implica na adoção de um direito civil geral ou comum (contrato civil) ou de dois direitos especiais (o direito empresarial e o direito do consumidor), mas todos eles operacionalizados à luz da teoria do 'diálogo das fontes'.

Esclareceu-se a conceituação dos contratos civil, empresarial e de consumo, observando-se que sob o gênero contrato de consumo há uma gama de novas espécies contratuais, a saber: as cláusulas contratuais gerais; o contrato cativo de longa duração; o contrato existencial; o contrato sob o paradigma da essencialidade e, em larga escala, o contrato eletrônico e o contrato conexo.

Ressaltou-se a importante e ainda pertinente distinção entre contrato paritário e de adesão típica da classificação tradicional ou clássica do século XX, bem como anotou-se que há uma nova dicotomia contratual para o século XXI, conforme a doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, ou seja, o contrato empresarial e o contrato existencial, este também considerado um contrato de consumo, ressaltando-se que a principal distinção entre eles é a intenção ou não do lucro, além de possuírem características próprias à luz a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

No capítulo quinto, investigou-se a vocação expansionista/força normativa da boa-fé objetiva e o direito privado.

Entendida como um mandamento de honestidade, de lealdade e de conduta, confirmou-se que a boa-fé objetiva é uma norma de ordem pública que impõe 'deveres de consideração/deveres de conduta' que derivam da concepção moderna da obrigação (dinâmica, plural, cooperativa e solidária), o que significa dizer que tais deveres independem da vontade dos contratantes e não se vinculam a determinado tipo contratual, diferentemente, pois, dos deveres principais (prestações principais), que são necessariamente emanados da vontade das

partes.

Observou-se que, na sociedade pós-moderna, a obrigação como processo ou como sistema de totalidade é uma concepção premente e necessária, a fim de que o cumprimento da obrigação possa ocorrer de modo mais satisfatório para o credor e menor oneroso para o devedor, haja vista que não se encontram mais em posição antagônica e estática e, sim, cooperada e dinâmica.

Comprovou-se a vocação expansionista da boa-fé objetiva, mediante a efetivação das funções – a função criadora de deveres anexos (art. 422, CC) e a função corretora (art. 187, CC) – em vários ramos do direito privado (direito de família, direito das sucessões, direito das coisas, direito empresarial, direito do trabalho), consoante as diversas situações fáticas e julgados referenciados, com destaque para sua larga aplicação em sede de direito do consumidor, além da sua incidência nas fases pré e pós-contratual, também já reconhecida pelos tribunais pátrios.

No sexto capítulo, perquiriu-se a vocação expansionista/força normativa da boa-fé objetiva e o direito público.

À vista da superação da vetusta *summa divisio*, constatou-se que o sistema jurídico pátrio adota o modelo da cláusula geral, que é um modelo 'não casuística' e que confere mobilidade ao ordenamento normativo, sendo o mais consentâneo com o mundo moderno – de ingente conflituosidade – o que é próprio de uma sociedade de risco, permitindo ao julgador proceder a sua concreção ao caso concreto.

Atestou-se que a boa-fé objetiva é um princípio ético-jurídico, cujo desiderato é alcançar a máxima realização de um valor constitucional, razão por que, com base em sólida doutrina, confirmou-se que não se restringe apenas ao direito privado, mas se expande para o direito público, também como fundamento do Estado Democrático de Direito, por ser uma categoria jurídica transversal ou transdisciplinar.

Demonstrou-se a ocorrência de cláusulas gerais em sede direito público e, dentre elas, argumentou-se pela incidência da boa-fé objetiva para fins de tutela da confiança, da lealdade, da honestidade, a exigir que o Poder Público (Estado) atue em prol das legítimas expectativas dos administrados e em respeito aos princípios da moralidade administrativa, da segurança, da dignidade humana, da solidariedade, da igualdade, da livre iniciativa, dentre outros.

Descreveu-se alguns exemplos da boa-fé objetiva em sede de direito público, a evidenciar a efetividade de todas as suas funções – função hermenêutica (art. 113, CC), função corretora (art. 187, CC) e função criadora de deveres anexos (art. 422, CC) – com incidência em vários ramos do direito público (direito processual, direito financeiro, direito tributário, direito previdenciário, direito administrativo e direito ambiental), conforme as diversas

casuísticas explanadas.

No capítulo sétimo, examinou-se as omissões estatais específicas na sociedade de risco e a boa-fé objetiva.

Relatou-se, de início, o panorama de transformação da responsabilidade civil, a partir do seu clássico viés subjetivista, fundado na Teoria da Culpa e, na modernidade, com notório perfil pela objetivação, baseada na Teoria do Risco, diante das inúmeras cláusulas gerais que lhe são imanentes, o que justifica a dominância da responsabilidade civil objetiva na atualidade.

Além dos seus princípios próprios, demonstrou-se que a cláusula geral da responsabilidade civil tem um perfil multifuncional e que detém três funções distintas – função reparatória, função punitiva e função precaucional – de importância relevante na sociedade pós-moderna, também denominada 'sociedade de risco', presidida por uma globalização dos riscos civilizatórios, em permanente estado de incerteza e insegurança, além do que marcadamente desigual, complexa e massificada.

Observou-se que, enquanto a sociedade industrial clássica produzia e distribuía riquezas, sob o pálio do Estado Liberal, a sociedade pós-moderna produz e distribui riscos em escala mundial, razão pela qual os pressupostos clássicos da responsabilidade civil estão mitigados/relativizados (culpa, nexo e dano), mormente em prol da proteção da vítima, que é a parte vulnerável na 'sociedade de risco'.

Argumentou-se que, na contemporaneidade, a responsabilidade civil guarnece uma quarta fase evolutiva da responsabilidade civil – o Estado como garantidor dos direitos fundamentais – com especial destaque para a omissão específica estatal, que tem pertinência com a responsabilidade civil objetiva, isto é, quando o Estado tiver na condição de garante (ou de guardião) da pessoa ou da coisa, ou melhor, quando tiver o dever especial/individualizado de agir e não o faz.

Na sociedade pós-industrial do século XXI, confirmou-se que a responsabilidade civil do Estado não deve ser aplicada apenas com base nos princípios já conhecidos, mas também à luz de novéis princípios, como, por exemplo, o princípio da vulnerabilidade, diante da assimetria fática-jurídica entre o Estado e o cidadão-administrado, além do princípio da boa-fé-objetiva, mormente porque o Estado Constitucional se acha vinculado à efetivação dos direitos fundamentais.

Corroborou-se a estrita vinculação entre a omissão específica estatal e a boa-fé objetiva, haja vista que compete ao Estado Constitucional fazer escolhas administrativas legítimas em prol de uma boa administração pública, que é um direito fundamental dos cidadãos-administrados, de sorte que, na realidade concreta, a omissão estatal específica revela a

ineficiência do serviço público, isto é, da falta do dever de diligência estatal, que tem pertinência com os ‘deveres de consideração’ da boa-fé objetiva (art. 422, CC), afora os consectários do abuso de direito (art. 187, CC).

Concluiu-se que a omissão específica estatal viola os princípios constitucionais (moralidade, eficiência, legalidade, segurança etc.) e, por via reflexa, o princípio ético da boa-fé objetiva, uma vez que a ineficiência do serviço público fica muito aquém do mínimo esperado pela coletividade, consoante os diversos exemplos de omissões específicas estatais coligidos.

No oitavo capítulo, pesquisou-se o conteúdo essencial do princípio da boa-fé objetiva e o decisionismo judicial.

Elucidou-se, a princípio, acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais, suas restrições e seus parâmetros de controle.

De forma amiúde, fez-se várias distinções entre norma-princípio e norma-regra, ambas espécies da categoria geral (norma jurídica), com a conclusão de que o princípio garante direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*, enquanto a regra garante direitos (ou impõem deveres) definitivos.

Concluiu-se pela possibilidade de a norma-princípio ser restringível, à luz da teoria externa, não sendo isso possível em caso de norma-regra, além do que se anotou sobre os parâmetros de controle das medidas restritivas, mediante o teste da proporcionalidade, com o fito de alcançar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é o resultado da aplicação do referido teste.

Aclarou-se que a boa-fé subjetiva é uma norma-regra, por ser tão apenas um elemento constitutivo para aplicação de uma norma, sujeita, portanto, a configuração da culpa *lato sensu* para fins de responsabilização do causador do dano, enquanto a boa-fé objetiva é uma norma-princípio, sendo considerada um modelo de conduta exigível em conformidade com os imperativos éticos, isto é, um mandamento de lealdade ou de honestidade não apenas atrelado ao princípio da eticidade do Código Civil, mas também com estrita vinculação à principiologia constitucional.

Enumerou-se diversas razões que justificam a boa-fé objetiva como norma-princípio, por se tratar de um ‘mandamento de otimização’, ou seja, uma norma cogente, imperativa e de ordem pública que visa a máxima realização de um valor constitucional, uma vez que garante direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*, sujeitando-se a restrições mediante o teste da proporcionalidade, estruturado pela regra da proporcionalidade com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ratificou-se que a boa-fé objetiva materializa, no plano infraconstitucional, toda a principiologia constitucional reportada (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, livre iniciativa, moralidade pública, eficiência pública, segurança jurídica), cujo teor dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, significando dizer que a cláusula geral da boa-fé objetiva tem estrutura de um princípio e não de uma regra.

Demonstrou-se o conteúdo essencial da boa-fé objetiva em sede de direito privado, com exemplos relativos aos contratos empresarial e existencial e, ainda, em sede de direito público, com exemplos nas searas administrativa e processual.

Ressaltou-se, ainda, que o sistema jurídico pátrio não segue a Escola da Livre Indagação ou a Escola do Direito Livre e que, por conseguinte, rechaça a cultura do decisionismo judicial tão largamente em voga, diante da aplicação desmesurada de diversas cláusulas gerais (dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, boa-fé objetiva etc.), o que faz gerar confusão entre o que seja o juízo discricionário e o juízo arbitrário.

Não obstante o reconhecimento da força normativa da boa-fé objetiva e sua natureza principiológica, constatou-se a sua imprecisa e inadequada aplicação prática na sociedade pós-moderna, de crescente judicialização dos conflitos e complexa profusão de leis, largamente fomentada pelo fenômeno do decisionismo judicial vigente.

Propugnou-se, ao cabo, que a operacionalização da cláusula geral da boa-fé objetiva ocorra à luz da legalidade civil constitucional, também atenta à segurança jurídica, que é um ideal normativo de ‘primeira grandeza’ e um princípio implícito que permeia todo o ordenamento jurídico, a fim de que sua concretude seja fundada na autoridade do argumento e não no argumento de autoridade (*ab auctoritate*), por ser este marcadamente irracional, ideológico e sentimental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial *("Substancial Performance"*) do negócio jurídico como elemento impediente ao direito de resolução do contrato**.** *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). **Leituras complementares de direito civil.** O direito civil-constitucional em concreto. Bahia: *Jus*Podivm, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 3 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos:** A boa-fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. C**ontratos privados:** a boa-fé objetiva na interpretação dos pactos negociais. Curitiba: Juruá, 2015.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATHAR-BARCESSAT, Ana Clara Aben-. **Desastres e direito ambiental**: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018.

AULETE, Caldas**. Dicionário Caldas Aulete da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. **Teoria da segurança jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto**. Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Sílvio de Sá. **Má-fé e boa-fé na processualidade democrática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARRETO, Tobias. Ideia do Direito. *In*: **Estudos de Direito**. Salvador. Livraria progresso editora, 1951.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2019.

BESSONE, Darcy. **Do contrato teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v. 6.

_____. _____. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1958, v. 4.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BLUM, Renato M.S.Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. O novo código e o direito eletrônico. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004.

BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do código civil: um toque de direito público. *In*: FREITAS, Juarez (org.) **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: *Jus*podivm, 2015.

_____, Felipe Peixoto. **Manual do direito do consumidor**. 10 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2015.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil**.** *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CABRAL, Camila Buarque; FRANCO, Karina Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no reconhecimento dos filhos e a omissão da verdade biológica. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). 2 ed. **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Responsabilidade civil objetiva e a mitigação da reparação dos danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CALMON DE PASSOS, J.J. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coord.). **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAPANEMA, Eduardo Machado Soares. **Aplicação da teoria da boa-fé objetiva nos contratos consumeristas**: necessidade de tratamento específico de cada processo para aplicação do resultado mais justo. Deutschland: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. A vulgarização na utilização dos princípios e a subjetivação do direito civil: um recorte sobre a aplicação do princípio da boa-fé no direito de família. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 11.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**: direito das obrigações. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 15.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**: direito das sucessões. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. 22.

CARVALHO NETO, Tarcísio de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta jurídica, 2014.

CASTRO, Luciano Araújo de. **A boa-fé objetiva nos contratos administrativos brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2017.

CORREIA JÚNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. Convolação da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento substancial. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**.** FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro**.** FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. Reflexos do direito civil no direito administrativo. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.4.

CRUZ JÚNIOR, Edmilson. A aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em matéria de dívida alimentar e o princípio da boa-fé. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos**.** *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2020.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil III**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981.

DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Responsabilidade civil do Estado. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Responsabilidade civil**

contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venoza. São Paulo: Atlas, 2011.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**: especificação normativa, cogência e dispositividade. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

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

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

_____; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. Salvador: *Jus*podivm, 2014, v. 3.

FARIAS, Rodrigo Vieira. A bala perdida e responsabilidade civil do Estado. *In*: MENDONÇA, Alex Assis de; MOURA, Emerson Affonso da Costa; PORTO, Márcia Maria Tamburini (org.). **Controle e responsabilização na administração pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. Rio de Janeiro: Institutas, 2020.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria geral e aplicação. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da *supressio. In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.3.

FRASÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e direito do consumidor. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.4.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* aos contratos administrativos**.** *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual –** temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GALVANO, Renato Rodrigues Costa. **A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.4.

GOMES, Carla Amado. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito brasileiro:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Sucessões**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____**. Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 5 ed. São Paulo: Foco, 2019.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HENRIQUES, Diana Carolina Biseo. O princípio da boa-fé objetiva como parâmetro para a alteração unilateral do contrato administrativo. *In*: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da (org.). **O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUMENHUK, Hewerstton. **Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. *In*: FREITAS, Juarez (org.) **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Contratos conexos: g**rupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

_____. Culpa *in contraendo*, dever de segurança no tráfico e "contato social". *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.3.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco: um direito reflexivo frente às gerações de problemas ambientais. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Proteção do bioma mata atlântica na sociedade de risco e possibilidade de manejo sustentável. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

LHOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. **O contrato:** exigências e concepções atuais**.** São Paulo: Saraiva, 1986.

LOPES, Christian Sahb Batista. O chamado "duty to mitigate" na responsabilidade civil extracontratual. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil:** novas tendências. 2 ed. São Paulo: Foco, 2018.

LOPES, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *In:* LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado:** desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Expressões latinas mais comuns no direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Diálogo das fontes**.** *In*: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Introdução ao direito do consumidor**.** *In*: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato: e**studos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"**.** *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale)**.** *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). *In*: MARTINS COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. **Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação:** estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 1ª Parte. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional**.** *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

_____. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil-constitucional**.** Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____ . **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2001, v. 2.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Responsabilidade civil & mitigação dos prejuízos**: a resposta do lesado e seus efeitos sobre a reparação dos danos patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2020.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil**: inovações, alterações, supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015.

_____. Manual de direito processual civil. 8 ed. São Paulo: *Jus*podivm, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Responsabilidade extracontratual das empresas estatais. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na administração pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo brasileiro na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo**.** Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**.** *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PAULA, Marcos de Souza. A questão do nexo causal probabilístico no direito brasileiro**.** *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018.

PENNA, Bernardo Schimdt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Redes contratuais e contratos coligados. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual –** temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro**. Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional**.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos: *faute de service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier latin, 2010.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos:** o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direitos à subsistência e direito ao trabalho**. Rio de Janeiro: Alba Limitada,1933.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro. *In*: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional.** *Cadernos I*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **Responsabilidade pré-contratual:** uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português. Coimbra: Almedina, 2018.

RACY, Vivien. **A cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002**: a boa-fé dos artigos 113 e 422 do Código Civil brasileiro. Deutschland: Novas edições acadêmicas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Lições preliminares de direito.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS JUNIOR, Antonio. Por uma função promocional da responsabilidade civil. *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais**.** *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Fiocruz,** 2014. Disponível em: < https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/17093/2/9.pdf>. Acesso em 26, fev. 2021.

ROCHA, Patrícia Ferreira. Reflexões acerca da aplicação do princípio da boa-fé objetiva em matéria de indignidade sucessória. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade sem dano? *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua intepretação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas essenciais.** Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.3.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 302.

RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SALOMÃO, Luiz Felipe. **Direito privado**: teoria e prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SALUM, Flavia Maria Pelliciari. Responsabilidade objetiva do Estado nas atividades perigosas. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier

Latin, 2010.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil**: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Romualdo Batista dos. Responsabilidade civil por risco da atividade: reflexões e propostas a partir das tragédias de Mariana e da boate kiss. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: estudos de direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; DE MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2021.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. *In*: SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques (atual.). 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. 2 ed. Salvador: *Jus*podivm, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: Edusp, 2006, v. 4.

_____. **Direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Edusp, 2021.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam-. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva:** o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Larissa de Lima Vargas. O dever de mitigar os próprios prejuízos: uma análise da aplicação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Princípios contratuais aplicados.** São Paulo: Foco, 2019.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**: impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7 ed. Portugal: Coimbra, 2010.

_____. **Manual dos contratos em geral**. 4 ed. Portugal: Coimbra, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Direitos do Consumidor**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

VAZ, Caroline; TEIXEIRA NETO, Felipe. *Sociedade de risco*, direitos transindividuais e responsabilidade civil: reflexões necessárias rumo à efetivação de uma mudança de paradigma. *In:* ROSENVALD, Nelson; VALLE DRESCH, Rafael de Freitas; WESENDONCK, Tula. (coord.). **Responsabilidade civil:** novos riscos**.** São Paulo: Foco, 2019.

VIEGAS, Francisco de Assis. Notas sobre a pós-eficácia contratual. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. São Paulo: Foco, 2019.

WALDRICH, Rafael Schmidt. **Previdência social e princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.