

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**Dos Direitos da Personalidade ao Princípio da Boa-fé Objetiva no Sistema Obrigacional
dos Contratos de Direito Privado: Aproximações Luso-Brasileiras**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Especialidade em Ciências
Jurídicas

Autor: AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO

Orientador: Professor Doutor DIOGO JOSÉ PAREDES LEITE DE CAMPOS

Número do candidato: 20151888

Junho de 2018

Lisboa

Para meus pais, João Mello Sobrinho e Ariêta Pottes de Mello (*in memoriam*), guias-mestras da minha vida.

Aos meus filhos, Luciana e Rafael, com amor e esperança de um mundo melhor.

À Marciane, companheira de todas as horas e afeto da minha vida.

Aos meus irmãos Ubiratã e Ubiraci, sempre ao meu lado em qualquer circunstância.

Ao compadre José Antônio Palma Borges (*in memoriam*), meu trumpetista favorito.

Ao amigo e colega Cláudio Luís Martinewski, o construtor de futuros.

Aos meus Mestres, com carinho.

SUMÁRIO

Resumo: O presente trabalho científico investiga os fundamentos éticos, jurídicos e normativos que os direitos da personalidade e o postulado da dignidade da pessoa humana transmitem aos princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado no Brasil e em Portugal. Nesta perspectiva, pesquisa e investiga a historicidade, conceito, natureza jurídica, dimensão, fundamentos e conformações orgânico-funcionais de cada uma destas quatro categorias jurídico-institucionais, bem assim os nexos etiológicos estruturais e de conjuntura, taxionômicos e de reciprocidades que vinculam cada uma e todas entre si. Assim, o objetivo principal da investigação consiste em descobrir *se, quando e em que condições destinatárias o princípio da boa-fé objetiva transforma-se em fonte substancial de concretização de direitos da personalidade, do postulado da dignidade da pessoa humana e do princípio da função social dos contratos* no sistema obrigacional juscivilista luso-brasileiro.

A metodologia de abordagem desenvolvida na investigação e na pesquisa abrange os métodos dedutivo e dialético, tendo por escopo produzir uma visão orgânico-funcional, estrutural e de conjuntura sobre as quatro categorias jurídico-institucionais estudadas. Os procedimentos investigatórios envolvem metodologia histórica e comparativa, com pesquisas de ordem normativa, doutrinária e jurisprudencial. As técnicas de pesquisa usadas para a coleta da informação, compilação e elaboração do trabalho são de ordem documental e bibliográfica na sua essência, com iterativa **nominação direta** das **fontes de pesquisa**.

Palavras-chave: direitos da personalidade, postulado da dignidade da pessoa humana, função social dos negócios jurídicos, princípio da boa-fé objetiva contratual.

Abstract: This scientific work investigates the fundamental ethical, legal, and normative principles connecting legal personalities and the postulate of the dignity of the human person transmit to the principles of social function of the business and the objective good faith within the obligational system of private law in Brazil and Portugal. Within this perspective, the work assesses the historicity, concept, dimensions, principles, and organic-functional conformations of the four aforementioned legal-institutional categories, as well as the causal, structural, contextual, taxonomic, and reciprocity relations within and between each category. Thus, the main objective of the investigation consists of uncovering *if, when, and under what conditions regards to its recipient, the principle of objective good faith becomes a substantial source of realization of personality rights, of the dignity of the human person, and of the principle of social function of contracts* within the Brazilian and Portuguese systems of civil obligations.

The methodology of the approach developed in the research and analysis includes the deductive and dialectic methods, aiming to produce a functional-organic, structural, and contextual vision of the diverse interactive questions within the subject. The investigative procedures involve historical and comparative methodology, with normative, doctrinal and jurisprudential research. The research techniques used for information gathering, compilation and development of the work are essentially documentary and bibliographical, with **direct reference to sources**.

Keywords: personality rights, postulate of the dignity of the human person, social function of business, principle of objective good faith.

**DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA
NO SISTEMA OBRIGACIONAL DOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO:
APROXIMAÇÕES LUSO-BRASILEIRAS**

1.INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO.....	11
1.1 Direito e direitos da personalidade em perspectiva luso-brasileira: paradigmas	11
1.2 Direitos da personalidade e postulado da dignidade da pessoa humana: aproximações e reciprocidades no diálogo das fontes.....	15
1.2.1 Direitos da personalidade no século XXI.....	18
1.2.2 Postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.....	34
CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO	54
2.1 Princípio da função social dos contratos: dimensões constitucionais e juscivilistas	54
2.2 Precedentes históricos do princípio da boa-fé objetiva	61
2.3 Estrutura da obrigação como processo e deveres decorrentes da relação obrigacional contratual.....	69
2.4 Natureza jurídico-instrumental da boa-fé objetiva nos contratos: princípios, cláusulas gerais, <i>standards</i> de comportamento e precedentes jurisprudenciais.....	75
2.4.1 Panorâmica no direito obrigacional civil português	81
2.4.2 Panorâmica no direito obrigacional civil brasileiro.....	90
CAPÍTULO 3 ESTRUTURA ORGÂNICA E FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO	101
3.1 Estrutura orgânico-funcional do princípio da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos.....	101
3.1.1 Proteção da confiança e boa-fé objetiva no direito das obrigações	101
3.1.2 Princípio da boa-fé objetiva e estado de fato da boa-fé subjetiva	108
3.1.3 Funções estruturais do princípio da boa-fé objetiva.....	117
3.1.3.1 Função interpretativa e de colmatação	122
3.1.3.2 Função criadora de deveres jurídicos anexos e de proteção	123

3.1.3.2.1	Deveres de lealdade e confiança recíprocos	124
3.1.3.2.2	Dever de assistência e cooperação.....	124
3.1.3.2.3	Dever de informação	125
3.1.3.2.4	Dever de sigilo ou confidencialidade.....	125
3.1.3.3	Função de controle e delimitação do exercício de direitos subjetivos.....	126
3.1.3.4	Desdobramentos da boa-fé objetiva: figuras parcelares e funções defensivas.....	127
3.1.3.4.1	<i>Venire contra factum proprium non potest</i>	129
3.1.3.4.2	<i>Supressio</i>	131
3.1.3.4.3	<i>Surrectio</i>	132
3.1.3.4.4	<i>Tu quoque</i>	132
3.1.3.4.5	<i>Exceptio doli</i>	133
3.1.3.4.6	Inalegabilidade das nulidades formais	134
3.1.3.4.7	Desequilíbrio e abusividade no exercício jurídico	135
3.1.3.4.8	Cláusula de <i>stoppel</i>	136
3.1.3.4.9	<i>Duty to mitigate the loss</i>	136
3.1.3.4.10	<i>Nachfrist</i>	137
3.2	Panorâmica jurisprudencial sobre o princípio da boa-fé objetiva	138
3.2.1	Panorâmica jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça brasileiro	138
3.2.2	Panorâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça português	146
	CONCLUSÃO.....	148
	REFERÊNCIAS	150
	Fontes Documentais	150
	Bibliografia	151

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo investigar os fundamentos éticos, jurídicos e normativos que os direitos da personalidade e o postulado da dignidade da pessoa humana transmitem aos princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado no Brasil e em Portugal.

Trata-se de incursionar, neste passo, sobre os nexos etiológicos desta tetralogia jurídico-institucional, em cuja ambiência cada fator opera e coopera para a formação de um processo interativo, criando um quadro complexo e multifacetado em que a causa *w* atua sobre a causa *x* e desta integração resulta o efeito *y*, que, por sua vez, atua sobre *z* como uma nova causa, gerando uma cadeia constitutiva de causalidades conformadoras de um ciclo virtuoso complexo, que se retroalimenta, dialoga e constrói soluções em caráter permanente.

No magistério de MARIA CELINA BODIN DE MORAES¹, a construção do conceito filosófico-político da dignidade humana deve-se à compreensão de que a reflexão jurídica sobre o tema desenvolve-se, necessariamente, com o recurso à Filosofia, à Política e à História, passo em que não incumbe ao ordenamento jurídico, enquanto tal, determinar o seu conteúdo e as suas características, menos ainda permitir que se avalie essa dignidade. Tampouco são as Constituições que definem o que seja dignidade humana, pois o Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência histórica coletiva de determinada comunidade, dispondo sobre a sua tutela através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Sem conotação jusnaturalista, trata-se de ressaltar que, antes de se incorporar o postulado da dignidade da pessoa humana às Constituições, foi necessário que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, nesta condição, detentor de uma *dignidade* própria, cuja base lógica reside no direito universal da pessoa humana a ter direitos. O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico, no Brasil, com a Carta Magna de 1988, e, em Portugal, com a Constituição da República de 1976. Por sua vez, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO assenta que o uso da expressão *dignidade da pessoa humana* é acontecimento recente no mundo jurídico e leciona que, na atualidade, "a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1- respeito à integridade física e

¹ MORAES, Maria Celina Bodin - O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e, 3- respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária"². Assim, a polêmica dos direitos humanos, ou dos direitos da personalidade, refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em favor da concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, do modo de melhor tutelá-la, onde quer que se faça presente essa necessidade. Nesta esteira, MARIA CELINA BODIN DE MORAES assevera que é preciso tomar posição sobre a questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade, pois, de fato, descabe discutir sobre eles serem *numerus apertus* ou *clausus*, uma vez que, a partir do *postulado constitucional da dignidade*, está-se diante de uma *cláusula geral de tutela da pessoa humana*³. Avançando no *thema*, LUIZ EDSON FACHIN⁴ afirma necessária a superação da dicotomia entre os direitos da personalidade públicos e privados, uma vez que os nominalismos e as classificações exacerbadas resultam, muitas vezes, na imposição de barreiras que dificultam a proteção da pessoa no plano da *praxis*, para o que chama à colação, no ponto, o magistério da Professora BODIN DE MORAES, no sentido de que, "À identificação taxativa e ao desdobramento dos direitos da personalidade se opõe a consideração de que a *pessoa humana* — e, portanto, sua personalidade — configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma *cláusula geral de tutela* a consagrar a *proteção integral da personalidade*, em todas as suas manifestações tendo como *ponto de confluência* a *dignidade da pessoa humana*, posta no ápice da Constituição Federal de 1988"⁵.

Por conseguinte, sob os fundamentos e contornos que esse binômio tutelar adquire na atualidade, e segundo os ditames da solidariedade e da justiça social, é que o nosso estudo será direcionado para os princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado. Nesta moldura principiológica, os estudos irão ao encontro da doutrina de DIOGO LEITE DE CAMPOS⁶, no sentido de que, "Ao primado dos direitos do sujeito, contraponho o primado da ética — como conteúdo e

² AZEVEDO, Antonio Junqueira de - A caracterização jurídica dignidade da pessoa. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n.º 9, jan/mar 2002, Rio de Janeiro: Fórum, 2002, p. 3-24, *apud* MORAES, Maria Celina Bodin - O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) - **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

³ MORAES, Maria Celina Bodin - *Artic. et op. cit.*, p. 143-144.

⁴ FACHIN, Luiz Edson - Prefácio à 2.ª Edição. *In*: SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 6-7.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin - Recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *In*: BARRETO, Vicente. **A nova família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 174, *apud* FACHIN, Luiz Edson. *Artic. et op. cit.*, p. 7.

⁶ CAMPOS, Diogo Leite de - **Nós - Estudos sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 130.

limites de tais direitos. Rejeitando a soberania absoluta de cada um, que só pode levar ao domínio absoluto, na dialética do senhor-escravo". Na mesma toada, FLÁVIO TARTUCE⁷ adjudica os princípios da solidariedade social e da igualdade *lato sensu*, ou isonomia, aos princípios da função social e da boa-fé objetiva aos contratos de direito privado, envolvendo-os todos na estrutura de valores dimanados do postulado da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

Nestas perspectivas luso-brasileiras, as nossas pesquisas buscarão desvendar a historicidade, conceito, natureza jurídica, dimensão, fundamentos e conformações orgânico-funcionais de cada um destas quatro categorias jurídico-institucionais, bem assim os nexos estruturais e de conjuntura, de aproximações e reciprocidades existentes entre todas elas.

Destarte, investigaremos, à luz da doutrina e da jurisprudência, *se, quando e em quais condições destinatárias o princípio da boa-fé objetiva* adquire condições de transformar-se em *fonte substancial de concretização da estrutura de valores transcendent* vinculada ao *postulado da dignidade da pessoa humana*, aos *direitos da personalidade* e ao *princípio da função social dos contratos* no sistema obrigacional juscivilista luso-brasileiro.

O estudo será desenvolvido em três etapas distintas, sucessivas e interpenetradas por legados de valores — éticos, jurídicos e normativos — que conectarão os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva nos negócios privados aos direitos da personalidade e ao postulado da dignidade da pessoa humana, sendo abordados, em cada elo desta corrente tetralógica em construção, os vínculos ético-valorativos e os liames jurídico-normativos nos quais cada uma destas categorias institucionais se entrelaça às demais.

De início, no Capítulo I, serão firmados os *paradigmas axiológicos* e os *caminhos hermenêuticos* que nortearão a investigação e o desenvolvimento da extensa pauta temática do trabalho. Em seguida, serão investigadas as estruturas de valores transcendent e os fundamentos ético-jurídicos e normativos que os direitos da personalidade e o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana têm condições de legar, em regime de aproximações e reciprocidades etiológicas, ao sistema obrigacional dos contratos de direito privado no Brasil e em Portugal.

No Capítulo II, os princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado serão investigados, respectivamente, à luz da estrutura de valores transcendent e fundamentos ético-jurídicos e normativos dimanantes dos direitos da personalidade e do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana. Na sequência, a

investigação prosseguirá com estudo da disciplina própria a cada uma destas categorias institucionais, âmbito em que será examinada a natureza jurídico-instrumental do princípio da boa-fé objetiva, nomeadamente em face dos princípios, conceitos indeterminados, cláusulas gerais, *standards* de comportamento e precedentes jurisprudenciais aplicáveis à espécie. Por fim, será desenvolvido um estudo panorâmico sobre o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do direito civil português e brasileiro, respectivamente.

No Capítulo III, replicando a tábua de valores ético-jurídicos e normativos dimanantes dos direitos da personalidade, do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana e do princípio da função social dos negócios, o estudo desembocará na investigação detalhada sobre a morfologia orgânica e funcional do princípio da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado, desvelando uma estrutura ética e um universo jurídico-normativo rente às melhores tradições doutrinárias e jurisprudenciais juscivilistas no Brasil e em Portugal.

CAPÍTULO 1

DIREITOS DA PERSONALIDADE E POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

1.1 Direito e direitos da personalidade em perspectiva luso-brasileira: paradigmas

Investigar e discorrer sobre o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do sistema obrigacional dos negócios jurídicos contratuais requisita uma abordagem bem articulada na doutrina e na jurisprudência, em face do imenso potencial que estes campos de conhecimento específicos desenvolvem na multifacetação deste instituto e, na sua esteira, na organização da vida dos cidadãos, conferindo segurança jurídica ao tráfego — marcadamente extrajudicial — da maioria dos contratos de direito privado. Enfim, nestes lindes, iniciamos a investigação mediante abordagem dogmática e epistemológica de conjuntura sobre a pauta temática proposta, cujo *ponto de partida* reside, em face do *postulado da dignidade da pessoa humana*, na seara dos denominados *direitos da personalidade*. Neste sentido inaugural e na busca de *paradigmas investigatórios*, vamos aqui recorrer, nomeadamente, ao magistério doutrinário de dois expoentes da Academia Jurídica portuguesa e brasileira, e, na sequência, a partir das premissas e conclusões assentadas, dimensioná-las como pressupostos das nossas escolhas no desenvolvimento do trabalho.

Começando por Portugal, trazemos à colação os *paradigmas* lecionados pelo insígne jurista e professor catedrático conimbricense DIOGO LEITE DE CAMPOS⁸, que, ao discorrer sobre *a recuperação dos direitos da personalidade na sociedade-de-iguais*, preleciona que a luta contra a onipotência legislativa do soberano absoluto da Idade Moderna conduziu à invenção dos direitos da personalidade, enquanto direitos naturais, metapositivos, âmbito em que a luta contra a onipotência legislativa, não só do povo-soberano, como dos outros soberanos (classe, ditador, etc.), absolutizaram esses direitos e o seu titular, o cidadão. Neste sentido, leciona que a *liberdade é uma noção ética* sem a qual o "Direito" resultante da liberdade nada mais será do que a vontade de tornar eterna uma relação mutável de poder, na qual o Direito nada mais é do que o "nome" que o poder usa para se fazer aceitar pelos

⁸ CAMPOS, Diogo Leite de - O Direito e os Direitos da Personalidade. In: CAMPOS, Diogo Leite de - **Nós - Estudos sobre os Direitos das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 128-130.

outros⁹. Afirmando que o Direito deve substanciar os sentimentos éticos da coletividade e que a solução para o arbítrio deve ser buscada no interior dos próprios direitos da personalidade, o também *Magister* da Universidade Autónoma de Lisboa anota que a cada direito corresponde um dever do próprio titular do direito, seja para consigo mesmo, seja para com outrem. Assim, o limite interno do direito transforma-o em poder-dever ou, indo mais longe, absorve-o numa complexa situação jurídica integrada por direitos e deveres intimamente ligados, de modo a atenuar e compensar o *poder absoluto* ligado ao direito subjetivo, âmbito em que, seja qual for a estrutura conceitual que se decida construir, ela deve assentar na *definitiva* ultrapassagem do carácter autoritário e egoísta do direito subjetivo. Mais adiante, na sua abordagem, subsume a dimensão bilateral das relações jurídico-obrigacionais à estrutura axiológica dos direitos da personalidade, *verbis*¹⁰:

" A pessoa do devedor (do sujeito "passivo") tem seguramente o mesmo relevo do que a pessoa do credor (do sujeito "activo"), em todas as fases da relação, numa plena igualdade das partes.

Antes de mais, a relação jurídica só se constitui (em via de regra) mediante o acordo de todas as partes. Há aqui uma igualdade originária ("genética") que se manterá ao longo de toda a relação.

Esta igualdade permite começar a fundar a percepção de que o funcionamento da relação não assenta (não pode assentar) em actos de poder, mas sim em actos de colaboração eticamente fundados, destinados a obter um justo equilíbrio de interesses (na óptica das partes). [...]

Há que retirar todas as consequências do princípio da boa fé, e do seu complemento, a proibição do abuso do direito; revendo, com base neles, a própria concepção do direito subjetivo.

Externamente, constituem limites do direito as pessoas e os direitos dos outros e do próprio. A paridade ontológica dos seres humanos exclui que se estabeleçam entre eles relações de poder; mas só relações bilaterais, em que cada um tenha simultaneamente direitos e obrigações. Esta bilateralidade estende-se, naturalmente, às relações sociais. Entre o ser humano e a sociedade estabelecem-se vínculos complexos, integrando direitos e deveres, genética e funcionalmente incindíveis.

⁹ Ao discorrer, mediante corte epistemológico, sobre a genealogia do poder, DIOGO LEITE DE CAMPOS produz as seguintes reflexões, *verbis*: "Liberdade, igualdade? o que se pretendia quando se falava estes conceitos?, pergunta o genealogista do poder. Com a convicção de que aquele que fala de poder (mesmo que "só" para o destruir) se integra numa estratégia de tomada e de reorganização do poder. Destruição do poder real? do poder dos nobres?, não. Antes, transferência, tomada desse poder, por outrem, pelo povo soberano, que sucede ao rei na sua onipotência. Acabando o "povo soberano" por apagar o papel do ser humano e dos seus direitos políticos. [...] Na mera aparência das coisas, o poder absoluto do soberano transferiu-se do rei para o conjunto do povo, para a vontade geral; com todos os cidadãos igualados na submissão total a essa vontade, que era, no fim de contas, também, a vontade cada um. Mera aparência, repito. Tinha-se tratado de uma simples reorganização de poder, em que este fora transferido do rei e da nobreza para um grupo, composto pelos proprietários fundiários, pelos comerciantes, pelos industriais — em resumo, pelos ricos, pelos poderosos. [...] Rapidamente, por detrás da vontade geral desmascaram-se grupos sociais que se reservam o seu exercício. Quem votava, elegendo e sendo eleito? Os proprietários e os que dispusessem de uma renda suficiente para garantir o seu interesse em defender a ordem social assente na propriedade. Eram estes os novos soberanos absolutos, a nova nobreza. Liberdade, só para eles, pois os outros continuavam submetidos à onipotência do soberano, agora colectivo. [...] Mero processo de transferência de poder, repito. Em que um núcleo fundamental dos direitos da pessoa, o direito de criar o Direito, era confiscado em favor de alguns, transformando-se de via de libertação em instrumento de poder. A onipotência do legislador só tinha mudado de titular." (CAMPOS, Diogo Leite de - Os direitos da personalidade: Categoria em reapreciação. *Op. cit.*, p. 156/157).

¹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de - *Artic. et op. cit.*, p. 130-132.

O direito subjectivo, na sua concepção tradicional, é assim duplamente ferido. Limitado, internamente, pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; convertendo-se de instrumento de poder, em veículo de colaboração. Limitado, externamente, pelos direitos dos outros e do próprio; integrado numa relação complexa em que cada uma das partes tem deveres e direitos correlativos e justapostos; transforma-se em mero componente de uma complexa [relação] jurídica que traduz a densidade da trama do tecido social.

Também os direitos da personalidade têm de sofrer esta transformação - que, de algum modo, tem de começar por eles, dada a sua posição (estratégica) no núcleo do relacionamento social, que permitem e ao qual dão sentido.

Assentes na paridade ontológica dos seres humanos; na natural contratualidade das relações; são poderes-deveres em que cada um, ao exercer o poder (de exclusão dos outros, ou a "sobre" si próprio) está a levar a cabo um plano de realização pessoal eticamente fundada, ou colaborar na intensificação das relações sociais também eticamente fundadas. O poder está a serviço do eu - que não se confunde com a vontade - e dos outros."

Ao encaminhar as suas conclusões tópicas, DIOGO LEITE DE CAMPOS adverte, no entanto, que os direitos da personalidade não devem ser vistos como um remédio universal adequado para resolver todos os problemas, tal qual medicamento milagroso que substituirá todos os outros, deste modo subvertendo toda a ordem jurídica em nome de algumas ideias-força. Mas registra que "Os direitos da personalidade estão plasmados, directa ou indirectamente, em múltiplas normas ou instituições — do Direito Criminal, ao Direito Administrativo, passando pelo Direito Civil e pelo Direito Fiscal. Quando estiver em causa uma situação de facto que releve das normas 'ordinárias' dos direitos da personalidade, devem estas ser invocadas e aplicadas - salva lacuna ou 'injustiça' grave. Os direitos da personalidade constituirão, praticamente, '*cláusulas gerais*' de controlo do ordenamento e de preenchimento de lacunas. Sendo as normas (formais ou substanciais) que os consagram enquanto tais consumidas pela concorrência de outras normas que utilizam (com justiça) tais direitos como um dos ingredientes da composição dos interesses em jogo."¹¹

Na abordagem brasileira sobre os direitos da personalidade, integrando-se à perfeição com os ensinamentos de Diogo Leite de Campos, trazemos à colação do *thema*, mediante estudo de natureza civil-constitucional, os *paradigmas* sufragados na doutrina de FLÁVIO TARTUCE¹², *in litteris*:

" Como inovação festejada, o Código Civil de 2002 passou a tratar dos direitos da personalidade entre os seus arts. 11 a 21. Destaque-se que a proteção de direitos dessa natureza não é uma total novidade no sistema jurídico nacional, eis que a Constituição Federal de 1988 enumerou os direitos fundamentais postos à disposição da pessoa humana. Por isso, é preciso abordar a matéria em uma *perspectiva civil-constitucional*, na linha doutrinária antes exposta.

Sabe-se que o Título II da Constituição de 1988, sob o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são

¹¹ CAMPOS, Diogo Leite de - O Direito e os direitos da personalidade. **Op. cit.**, p. 133.

¹² TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8.^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 100-103.

genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver. Nunca se pode esquecer da vital importância do art. 5.º da CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as *cláusulas pétreas*, que são direitos fundamentais deferidos à pessoa. Para a efetivação desses direitos, Gustavo Tepedino defende a existência de uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*. São suas palavras:

" Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento".¹³

Adotando a tese do Professor Tepedino, na *IV Jornada de Direito Civil*, evento de 2006, foi aprovado o Enunciado n.º 274 do CJF/STJ¹⁴, um dos mais importantes enunciados doutrinários das *Jornadas de Direito Civil*. A primeira parte da ementa do enunciado doutrinário prevê que "*Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação*". Em suma, existem outros direitos da personalidade tutelados no sistema, como aqueles constantes do Texto Maior. O rol do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). [...]

Repise-se, pois fundamental para a compreensão da matéria, que na concepção *civil-constitucional* — na esteira das lições de Gustavo Tepedino —, tais ícones devem ser relacionados com três princípios básicos constitucionais, a saber:

- Princípio da proteção da *dignidade da pessoa humana*, fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da CF/1988).
- Princípio da *solidariedade social*, também um dos objetivos da República Federativa do Brasil (construção de uma "*sociedade livre, justa e solidária*" - art. 3.º, I, da CF/1988), visando também à erradicação da pobreza (art. 3.º, III, da CF/1988).
- Princípio da *igualdade lato sensu* ou isonomia, eis que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*" (art. 5.º, *caput*, da CF/1988)."

Nesta moldura integrativa luso-brasileira, tendo como ponto de partida os *direitos da personalidade*, resultam firmados e afirmados, portanto, os *paradigmas de valor* e os *caminhos hermenêuticos* que nortearão as pesquisas e os rumos desta investigação, no âmbito do que avulta, em Portugal, no permanente *diálogo das fontes* jurídico-constitucionais e juscivilistas, a notável força intrínseca dos conceitos indeterminados, dos princípios, cláusulas gerais e *standards* de comportamento plasmados no âmbito do Direito Civil, ao passo que essa tonicidade dialogada provém, no Brasil, da estrutura de fundamentos, princípios, regras e valores constitucionais edificada na Carta Cidadã de 1988, que serve de fonte direta para a

¹³ TEPEDINO, Gustavo - **A tutela da personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Temas de Direito Civil - Tomo I**. 3.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50, *apud* TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 100-103.

¹⁴ O Conselho da Justiça Federal é órgão administrativo de cúpula da Justiça Federal comum no Brasil, sendo integrado pelos Presidentes de Tribunais Regionais Federais e por Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

elaboração e interpretação de uma legislação infraconstitucional juscivilista que se irradia para todos os campos normativos do Direito Privado e para todos os setores da vida civil ¹⁵.

1.2 Direitos da personalidade e postulado da dignidade da pessoa humana: aproximações e reciprocidades no diálogo das fontes

No *thema* ora percutido, à partida, impõe-se breve averbação metodológica: nesta investigação, os *direitos da personalidade* e o *postulado da dignidade da pessoa humana*, em regime de aproximações e reciprocidades, são os fundamentos primeiros e últimos na conformação valorativa dos *princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva no*

¹⁵ Para que se entenda, no Brasil contemporâneo, o notável protagonismo doutrinário da denominada Escola de Direito Civil Constitucional, vem a calhar a criteriosa avaliação articulada por GUSTAVO TEPEDINO, Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sobre "O Velho Projeto de um Revelho Código Civil", *verbis*: "Na discussão sobre o projeto do novo(?) Código Civil, o que menos importa é o indiscutível brilho e o extraordinário talento da comissão de juristas que o elaborou e do Senador Josaphat Marinho, seu Relator. O fato é que o projeto foi redigido há quase 30 anos (a comissão foi constituída em maio de 1969) e a sua aprovação representará impressionante retrocesso político, social e jurídico. Do ponto de vista político, a redação do projeto precede a consolidação de processo histórico identificado, nos anos 70, justamente, como a *era da descodificação*. Vale dizer, uma codificação não surge por acaso. Expressa momento de unificação política e ideológica de um povo, fazendo prevalecer o conjunto de regras que a sintetiza. Assim foi no século XIX, após a Revolução Francesa, assim se deu na Europa do pós-guerra, com a derrubada dos governos totalitários. Tais circunstâncias históricas não mais existem: deram lugar a cenário inteiramente diverso, pluralista e multifacetado, onde os grupos políticos emergentes manifestam-se através de robusto conjunto de leis especiais, que regula de maneira setorial a atividade privada e parece insuscetível de unificação no plano das leis ordinárias. Basta pensar no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei das Locações Prediais Urbanas, todos posteriores ao projeto. Tais estatutos não se limitam a tratar de forma específica situações excepcionais ou especiais, como ocorrera no passado. [...] O ocaso das codificações, visualizado entre nós já pelo saudoso Professor Orlando Gomes, coincide com a absorção, pelo texto constitucional, do papel de reunificação do sistema, temperando, com seus princípios e normas hierarquicamente superiores, as pressões setoriais manifestadas nas diversas leis infraconstitucionais. Do ponto de vista social, o retrocesso não é menos chocante. Os últimos 30 anos marcaram profunda transformação do direito civil, simplesmente desconsiderada pelo projeto do novo(?) código: *os institutos de direito privado, em especial a família, a propriedade, a empresa e o contrato, ganharam função social que passa a integrar o seu conteúdo. As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais insculpidos na Constituição de 1988*. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista. Os quatro personagens do Código Civil - o marido, o proprietário, o contratante e o testador -, que exauriam as atenções (sociais) do codificador, renascem, redivivos, com o projeto, agora em companhia de mais um quinto personagem: o empresário. Finalmente, do ponto de vista jurídico, o projeto encontra-se completamente desatualizado: desconhece os avanços da dogmática em matéria de responsabilidade civil, *dos direitos da personalidade*, apenas timidamente abordados, das relações de consumo (que dele não merecem qualquer referência); dos novos contratos, das relações contratuais de fato, dos princípios contratuais da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações; da disciplina da posse, da propriedade e dos novos direitos reais e imobiliários. Nenhuma palavra, diga-se ainda, sobre as relações de família na perspectiva civil-constitucional ou sobre os avanços relativos às técnicas de inseminação artificial. Não fossem todas essas imperdoáveis lacunas — compreensíveis perfeitamente quando se examina o projeto como um importante documento histórico, redigido há 30 anos e sem pretensões de se tornar lei —, desconhece aquele texto as cláusulas gerais de que é dotada a técnica legislativa contemporânea. Eis o único mecanismo capaz de resistir à veloz e dinâmica evolução da sociedade tecnológica, que torna obsoleta, antes mesmo de entrar em vigor, qualquer legislação analítica e regulamentar, excessivamente tipificadora, tão comum no século passado e que é a marca registrada do projeto do novo(?) código." (TEPEDINO, Gustavo - O Velho Projeto de um Revelho Código Civil. *Op. cit.*, p. 499-501).

sistema obrigacional dos contratos de direito privado. Destarte, os focos finalísticos desta investigação são de natureza juscivilista, mas as suas pedras fundacionais e de conformação axiológica também residem, por intermédio do *diálogo das fontes*¹⁶, em categorias jurídicas de direito público com estatura normativa constitucional e infraconstitucional¹⁷.

Vale dizer: estas estruturas fundacionais legitimam e justificam *todos* os escopos desta investigação, e porque nelas se fundamenta e se desenvolve é que todo o estudo proposto tem um acentuado viés epistemológico, sem embargo, naturalmente, da sua base dogmática luso-brasileira. Assim, com este sentido finalístico, a investigação sobre os *direitos da personalidade* e o *postulado da dignidade da pessoa humana* não será direcionada, ainda que ao custo de um certo reducionismo acadêmico, para o estudo de questões juridicamente ligadas, por exemplo, ao direito à vida nos seus mais significativos e complexos valores, aos direitos ao próprio corpo e à disposição do cadáver, aos direitos sexuais e, neles,

¹⁶ O jurista FLÁVIO TARTUCE (TARTUCE, Flávio - **Manual**, *op. cit.*, p. 66/73) leciona que a *teoria do diálogo das fontes* foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Hiedelberg, sendo trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). A essência da teoria é que as normas não se excluem, mesmo quando situadas em ramos jurídicos distintos, mas se complementam. Daí a premissa de uma *visão unitária* do ordenamento jurídico, cuja aplicação se justifica no *plano funcional*, pois no mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive-se um momento de explosão de leis e uma quantidade enorme de normas jurídicas: um *Big bang legislativo*, conforme simbolizado por Ricardo Lorenzetti (todos os referenciais teóricos do jurista argentino constam em: LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**. Trad. Bruno Miragem, com notas e revisão de Cláudia Lima Marques). Assim, a aplicação dessa teoria ocorre com a possibilidade de subsunção concomitante, em regime de mão dupla, entre Constituição/1988 e Código Civil/2002, entre Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990) e Código Civil (CC/2002), a determinadas relações obrigacionais, sobretudo aos *contratos*, em decorrência da consabida aproximação principiológica dos dois sistemas, consolidada pelos *princípios sociais contratuais*, com especial relevância aos da *função social* e da *boa-fé objetiva dos contratos*, com o que se supera a ideia de que o CDC/1990 seria um *microsistema jurídico*, totalmente isolado do CC/2002. Ao *diálogo das fontes* integra-se, a partir de 2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro, em especial por ter adotado um *sistema aberto e constitucionalizado*, no qual introduzido, inclusive, o *princípio da boa-fé objetiva processual*, a fim de valorizar a conduta de lealdade das partes no curso de um processo judicial. Esse *diálogo tripartite das fontes* (CDC/CC/CPC) já desencadeou significativa jurisprudência nos Tribunais de Apelação brasileiros, tendo recebido acolhimento doutrinário em Portugal. No *diálogo das fontes*, Cláudia Lima Marques (MARQUES, Cláudia Lima; *et alii* - **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007, p. 91) alinha três formas funcionais de expressão: (a) havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência* (v.g.: o conceito de contratos em espécie pode advir do CC, mesmo sendo um contrato de consumo, caso de uma compra e venda (CC, art. 481); (b) se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementariedade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*), a exemplo típico dos contratos de consumo *adesivos*, cujas *cláusulas abusivas* podem receber a proteção dos consumidores com base no art. 51 do CDC, bem assim a proteção que o art. 424 do CC confere aos aderentes; e, (c) os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os *conceitos estruturais* de determinada lei recebem a influência de outra lei (v.g.: o conceito de consumidor pode receber influência do CC), pois, conforme afirma Lima Marques, é a *influência do sistema especial no geral e do geral no especial*, um diálogo de *doublé sens* (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

¹⁷ No ponto, recorde-se que Pietro Perlingieri, jurista italiano e Reitor da Universidade do Sannio, já lecionava, ainda nos anos 1990, a *teoria do diálogo das fontes* entre o direito civil e o direito constitucional em obra de larga divulgação acadêmica no Brasil (PERLINGIERI, Pietro - **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 1.^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, *passim*).

designadamente, aos de ordem homoafetiva, e tantos outros direitos fundamentais tão caros aos *direitos da personalidade* e ao *postulado fundamental da dignidade humana*. Nesta perspectiva, a investigação recai não só sobre as origens próximas destas categorias jurídicas, mas também, no âmbito delas, às questões que envolvem a estrutura de valores ético-jurídicos requisitada pelos *princípios da função social e da boa-fé objetiva* nos *contratos de direito privado*, a exemplo dos direitos, liberdades e garantias ao bom nome, honra e reputação da pessoa, aos contratos comutativos socialmente justos e equânimes em uma sociedade-de-iguais, bem assim aos deveres de respeito, equidade e boa-fé objetiva nos negócios jusmaterialísticos e ações judiciais, e à tutela protetiva de determinados direitos de personalidade às pessoas jurídicas, no Brasil, e às pessoas coletivas, em Portugal.

Ainda neste passo introdutório, por bem traduzir o regime jurídico-normativo simbiótico — de aproximações e reciprocidades — entre os direitos da personalidade e o postulado da dignidade da pessoa, vem a calhar o magistério de ELIMAR SZANIAWSKI¹⁸, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que, após averbar que a Constituição Federal não contém, a exemplo das Leis Fundamentais da Alemanha e da Itália, uma *cláusula geral expressa* destinada a tutelar amplamente a *personalidade do homem*, leciona que, embora assim, o grande avanço jurídico e social brasileiro ocorreu com a promulgação da Carta de 1988, que rompeu definitivamente com os seus vínculos com as concepções pandectistas e individualistas da doutrina jurídica do século XIX. Assim é que a Lei Fundamental pátria contempla, entre os *princípios fundamentais* que a informam, o *princípio da igualdade*, encartado no seu Preâmbulo e no *caput* do art. 5.º (direitos e garantias fundamentais), bem assim o *princípio da dignidade da pessoa*, no inciso III do art. 1.º (princípios fundamentais). Estes dois princípios fundamentais têm idêntico valor e conjugação, constituindo o substrato necessário à constituição dos demais direitos e tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão, sendo portadora de dignidade e igualdade formal e material. Neste norte, prossegue SZANIAWSKI, a Lei Fundamental brasileira reconhece e tutela o *direito geral de personalidade* através do *princípio da dignidade da pessoa*, que, com o *status* de *princípio fundamental* da ordem jurídico-constitucional nacional, substancia uma *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da *personalidade* do indivíduo. Isto decorre do fato de que, sendo o *princípio da dignidade da pessoa* um *princípio fundamental reitor* segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, ele constitui uma *cláusula geral de proteção da personalidade*, pois a pessoa

¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 136-139.

natural é o primeiro e último destinatário da ordem jurídica. Nesta toada, o constituinte brasileiro optou por construir um *sistema de tutela da personalidade*, alicerçando o *direito geral de personalidade* pátrio a partir do *princípio da dignidade da pessoa humana* e de alguns outros princípios constitucionais fundamentais espalhados em diversos Títulos da Lei Fundamental, deste modo garantindo o exercício do livre desenvolvimento da personalidade humana. Sob esta moldura, o jurista em epígrafe conclui que, "Tendo em vista a importância e a extensão do *princípio da dignidade da pessoa humana* como princípio-mãe, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas, e sendo o direito da pós-modernidade um direito que possui por destinatário primeiro a pessoa humana, exercendo uma função social dentro do seu próprio meio, o direito posto deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, segundo os *postulados do princípio da dignidade da pessoa humana*".¹⁹ Em síntese, esta é a proposição multifuncional linear que, à luz dos *paradigmas* já assentados, defendemos neste estudo investigatório, *adjudicando os princípios da função social e da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado aos direitos da personalidade e ao postulado da dignidade da pessoa*.

1.2.1 Direitos da personalidade no século XXI

Na leitura de LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI²⁰, apoiado em preleções doutrinárias de Maria Celina Bodin de Moraes, de Danilo Doneda e de Gustavo Tepedino, é firme o liame existente entre a *cláusula geral da dignidade da pessoa humana* e os *direitos da personalidade*, permitindo ao operador do Direito a proteção ao caso concreto, nas hipóteses de interesse existencial da pessoa que não estejam tuteladas por normatividade casuística, deste modo flexibilizando o direito vigente e contribuindo para que não ocorra o envelhecimento precoce dos ordenamentos jurídicos. Nessa perspectiva, não é mais possível negar tutela a quem pretenda o amparo de sua existência, pois tal interesse tem relevância constitucional, não importando que haja, ou não, a previsão de um instrumento protetivo específico, visto que em tais hipóteses será soberana a *cláusula geral* que tutela a *dignidade*

¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar - *Op.cit.*, p. 139.

²⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - *Direitos da Personalidade - Aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88-89.

da pessoa humana.²¹ Assim, essa *cláusula geral* representa o ponto de referência de todas as situações nas quais alguns aspectos ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo nitidamente a prioridade a ser dada à pessoa humana.²² Na mesma toada, os *direitos das pessoas* estão, todos eles, garantidos pelo *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, sendo concretamente protegidos pela *cláusula geral de tutela da pessoa humana*²³, ao que se alia o magistério de Gustavo Tepedino, ao denominá-la, também, de *verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico²⁴. Nesta esteira, a proteção em tela foi objeto do *Enunciado n.º 247*, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ)*, cujo enunciado prescreve que "Os *direitos da personalidade*, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, contida no art. 1.º, III, da Constituição (*princípio da dignidade da pessoa humana*). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação". Assim, enfatizando que a *cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa* não pode ser usada como solução para todo e qualquer problema jurídico, sob pena da sua banalização, ASSIS ZANINI conclui ser nítida a relação íntima entre os *direitos da personalidade* e o *princípio fundamental e cláusula geral da dignidade da pessoa humana*, pedras angulares de todo o sistema jurídico brasileiro.

Em exame de situacionamento motivacional, ELIMAR SZANIAWSKI²⁵ assinala que os *direitos da personalidade* empalmam temática nova e pouco discutida em *terra brasilis*, sendo raros os autores que a ela se dedicaram, em cujo âmbito a grande maioria apenas reitera, ao discorrer sobre personalidade natural, as tradicionais lições sobre a aquisição e perda da personalidade, alguns ainda confundindo-a com a noção de capacidade jurídica da pessoa. Além do pouco que se escreveu sobre o assunto, os trabalhos mais destacados dedicam-se à tutela penal da personalidade, enquanto nos Estados Unidos da América e na Europa, em especial na França, Portugal e Itália, o direito de personalidade é protegido dentro do sistema de tipificação e fracionamento desse direito em vários outros,

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de - O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) - **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55, *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - *Op. cit.*, p. 88.

²² DONEDA, Danilo - Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) - **A parte geral do novo Código Civil**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 46, *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - *Op. cit.*, p. 88.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de - *Artic. et op. cit.*, p. 55, *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - *Op. cit.*, p. 88.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo - Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista Jurídica**, v. 51, n.º 305, mar. 2003 Porto Alegre: 2003, p. 58, *apud* ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - *Op. cit.*, p. 89.

²⁵ SZANIAWSKI, Elimar - *Op. cit.*, p. 20.

autônomos, *numerus apertus*, através de ricas construções jurisprudenciais por suas Cortes de Cassação, tutelando-se essa categoria de direitos, na Alemanha e na Suíça, de acordo com a concepção unitária do direito geral de personalidade, âmbito em que os tribunais federais desses países desenvolveram marcante jurisprudência no sentido de definir e estabelecer os limites de atuação desses direitos frente a outros tuteláveis na mesma proporção.

No Brasil, no entanto, a tutela dos direitos inerentes à personalidade não recebe o mesmo destaque europeu, sendo reservada, na prática, à jurisprudência dos tribunais sobre casos concretos. A consagração da *dignidade humana* no cenário internacional e a sua incorporação à Constituição brasileira de 1988, bem assim à Lei Fundamental portuguesa de 1976, atingiram em cheio o Direito Privado e, nele, em especial, como não poderia deixar de ser, o Direito Civil.

Com efeito. Antes restrito ao disciplinamento das coisas e demarcado por uma ótica patrimonialista, o Direito Civil brasileiro abriu os seus olhos, já não sem tempo, às pessoas, e, no clima construtivista decorrente da democratização do país e promulgação da Constituição Cidadã, doutrinadores de escol passaram a defender a necessidade da sua releitura, desta feita à luz dos novos valores existenciais constitucionalmente adotados.

Nesta perspectiva, a promulgação da Lei Fundamental de 1988 começou a gerar os seus efeitos e, na sequência, no andar dos anos 1990, paulatinamente, importantes segmentos da Academia Jurídica brasileira, com o respaldo de uma plêiade de doutrinadores juscivilistas, deram início a movimento de transformação de valores e resistência aos setores vinculados às tradições liberal-patrimonialistas do Direito Civil. Assim é que, nas asas dos ventos redemocratizantes do país e na esteira dos novos valores constitucionais sufragados na nova Carta da República, a denominada "Escola de Direito Civil Constitucional"²⁶ brasileira

²⁶ No ponto, em face da notável dimensão acadêmica da "Escola de Direito Civil Constitucional" e para que melhor se aquilate, no âmbito do *diálogo das fontes*, a sua penetração doutrinário-jurisprudencial no Brasil, vem a calhar o depoimento que o jurista FLÁVIO TARTUCE confere ao *thema, verbis*: "Em princípio, o Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança geral, enquanto o Direito Privado reger-se-ia pela liberdade e pela igualdade. Enquanto no Direito Público somente seria válido aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado tudo aquilo que não está proibido por ela seria válido. Mas essa dicotomia não é absoluta, como quase nada é absoluto nos nossos dias. Nesse sentido, é interessante tecer alguns comentários sob[re] a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, da qual este autor é adepto e entusiasta. A utilização da expressão *Direito Civil Constitucional* encontra raízes na doutrina italiana de Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro - **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.). No início de sua obra, Perlingieri aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois 'O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora' (PERLINGIERI, Pietro - *Op. cit.*, p. 5). No Brasil, essa visão ganhou força na escola carioca, capitaneada pelos professores da UERJ Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. No Paraná,

passou a interagir nesse cenário ávido de mudanças. Nesse contexto, a jurisprudência dos Tribunais de Apelação, com amplo respaldo do Superior Tribunal de Justiça — também conhecido como o "Tribunal da Cidadania" —, reforçaram esse movimento doutrinário por intermédio da aplicação direta dos princípios constitucionais na solução de conflitos entre particulares, a tal ponto que, nos primórdios do século XXI, a estrada indicava a consolidação de um Direito Civil com vetores hermenêuticos estruturados sobre e a partir dos *princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social*.

Nesta toada, no entanto, na dicção doutrinária de ANDERSON SCHREIBER²⁷, Professor da Faculdade de Direito da UERJ, emergiu um novo Código Civil que não teve qualquer relação com as recentes e crescentes transformações pelas quais passava o Direito Civil brasileiro. Com efeito, ressalvado o notável conhecimento jurídico dos membros da Comissão que elaborou o novo Código Civil, ao invés de ser elaborado um texto autenticamente novo, o Congresso Nacional resultou instado a recuperar um projeto de codificação gestado nos anos 1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil. O discreto processo de aprovação ocorrido ao longo do ano de 2001 prescindiu de uma ampla e efetiva discussão com a sociedade e com a comunidade jurídica sobre o conteúdo e finalidades funcionais da nova codificação, daí resultando a publicação, no Diário Oficial de 11/01/2002, de um novo Código Civil que de novo pouco tem. Sobre esta questão, aliás, muito já deixamos consignado na primeira seção do Capítulo I deste estudo. Não se pode olvidar, no entanto, que o Código Civil de 2002, ainda que pontual e timidamente, introduziu

Luiz Edson Fachin, [...], na UFP. No Nordeste, [...], Paulo Luiz Netto Lobo. Em São Paulo, [...], Renan Lotufo, na PUCSP, e a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, na USP. Na FADISP, onde lecionamos [...]. Em Brasília, na UNB, o professor Frederico Viegas de Lima [...]. O conceito de Direito Civil Constitucional, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança - em sentido *lato* - para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma *visão unitária do ordenamento jurídico* (TEPEDINO, Gustavo - Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Temas de direito civil. Tomo II.**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005). Ao tratar dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho também fala em unidade da ordem jurídica, sustentando a viabilidade de uma interação entre Direito privado e a Constituição, mesmo que em tom cético. Para o mesmo Gustavo Tepedino, um dos principais idealizadores desse novo caminho metodológico, é 'imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição'. Desse modo, 'reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil' (TEPEDINO, Gustavo - Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Op. cit.*, p. 1 e 13). [...]. Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional em uma *análise de mão dupla*" (TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8.^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 57-60, *passim*). Enfim, o *diálogo das fontes* de que nos fala a melhor doutrina lusitana e brasileira.

²⁷ SCHREIBER, Anderson - **Direito da Personalidade**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10-14.

importantes inovações, a exemplo da *expressa consagração dos princípios da boa-fé objetiva* (arts. 113, 187 e 422) e *da função social do contrato* (art. 421), além da ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva (arts. 927, *caput*, e parágrafo único, 933 e 936) e, para mais disso, a dedicação de um Capítulo inteiro aos *direitos da personalidade*. Em onze artigos (arts. 11 *usque* 21) encartados no Capítulo II (*Dos direitos da personalidade*)²⁸ do Título I (*Das Pessoas*), no Título I (*Das pessoas naturais*) da Parte Geral, o novo CC/2002 procurou regular os *direitos* ao próprio corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. Destarte, prossegue SCHREIBER, essa inserção já representa, por si só, uma admirável evolução em relação ao Código Civil de 1916, carregado de tintas patrimoniais. Ademais, a inauguração de um Capítulo dedicado à proteção da pessoa, em seus aspectos essenciais, deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o Direito Civil com a tutela e a promoção da *personalidade humana*. Portanto, o acerto do Legislador nesse aspecto é indiscutível e merece todos os aplausos, muito embora no corpo do Capítulo os aplausos se dissipem, em face de alguns sérios equívocos no tratamento dos direitos da personalidade. Nesse âmbito, como é natural, há falhas pontuais e deslizes técnicos que ocorrem na maior parte das leis, mas também existem enganos maiores. Assim é que — prossegue o jurista em epígrafe —, contaminado pelo espírito do seu vetusto tempo, o CCB/2002 tratou os direitos da personalidade com rigidez excessiva e de forma puramente estrutural, em que muitos dos seus dispositivos carregam soluções absolutas, definitivas, fechadas, que não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando sobremaneira a solução dos casos concretos. Malgrado isso, os descuidos do CC/2002 não conduzem a cenário de desalento, pois o estudante, o advogado, o juiz e o intérprete da norma, de modo geral, são convocados para corrigir os desvios do legislador, por meio de interpretações construtivas que permitam conferir soluções adequados aos inúmeros e difíceis conflitos que envolvem os direitos da personalidade.

²⁸ Em apertada síntese nossa, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (**Manual - op. cit.**, p. 66-75) classificam os *direitos da personalidade*, quanto à sua *tutela de proteção*, em três grupos *numerus apertus*: (a) *vida e integridade física*: corpo vivo, cadáver, incolumidade corpórea e intelectual, voz, nome, *et al.*; (b) *integridade psíquica e criações intelectuais*: liberdade civil, política, de pensamento, religiosa, sexual, de locomoção, de trabalho, de estipulação contratual, de comércio, de culto, de organização sindical, de imprensa; autoria científica, literária, musical, literária *et. al.*; criações intelectuais, privacidade e segredo pessoal, profissional, doméstico, das comunicações pessoais epistolares, telefônicas, telegráficas, telemáticas *et. al.*; (c) *direito à integridade moral*: à honra objetiva e subjetiva; à imagem-retrato e imagem-atributo *et. al.*. Os direitos da personalidade são *imanes* à pessoa (projeções física, mental e moral) e os seus *predicados, atributos* ou *características* são: (a) *absolutos*, sendo oponíveis *erga omnes*; (b) *universais, gerais, necessários*, pois imanes a todas as pessoas; (c) *extrapatrimoniais*: não têm preço ou conteúdo patrimonial direto, embora aferíveis objetivamente e ainda que a sua lesão produza efeitos econômicos; (d) *indisponíveis*, (e) *intransmissíveis* e (f) *irrenunciáveis*; (g) *imprescritíveis*, (h) *impenhoráveis* e (i) *vitalicios*.

Poucos temas revelam maiores dificuldades conceituais quanto os denominados *direitos da personalidade*, pois, de um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina, e, de outro, a doutrina parece *buscar em paradigmas do passado* as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, *não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las*. Com esta reflexão à partida, o jurista GUSTAVO TEPEDINO²⁹, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e cofundador da Escola de Direito Civil Constitucional no Brasil, leciona que o direito romano não tratou dos direitos da personalidade nos moldes conhecidos na atualidade, tendo concebido apenas a *actio injuriarum* (a ação contra a injúria), que, na *praxis* romana, abrangia qualquer *atentado à pessoa física ou moral do cidadão*, hoje associado à *tutela da personalidade humana*. Por conseguinte, a *categoria dos direitos da personalidade* constitui construção recente, fruto de elocubrações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX, neles compreendendo-se, contemporaneamente, os direitos pertinentes à *tutela da pessoa humana*, considerados *essenciais* à sua *dignidade e integridade*. Em feliz síntese, Giorgio Giampiccolo³⁰ observou que "o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da *vida em relações*. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade". No entanto, nem sempre foi assim, porque perduraram durante muito tempo as hesitações doutrinárias pertinentes à *existência conceitual dos direitos da personalidade*, tendo havido acesas dúvidas sobre a sua *natureza e conteúdo*, bem assim quanto à *extensão da disciplina aplicável* à espécie. No ponto, destaque para as denominadas *teorias negativistas* (Roubier, Unger, Dabin, Savigny, Thon, Von Thur, Enneccerus, Zitelmann, Crome, Dabin, Jellinek, Ravà, Simoncelli *et. al.*), que, no século XIX, refutaram a categoria dos direitos da personalidade mediante a afirmação, em síntese, de que a *personalidade* identificava-se com a *titularidade* de direitos e, por isso, não poderia ser considerada, *ao mesmo tempo*, como *objeto* de direitos, porque isto envolveria uma contradição lógica. Nessa linha de objeções, Savigny afirmou que o reconhecimento dos direitos da personalidade legitimaria o suicídio ou a automutilação, no mesmo passo que, para

²⁹ TEPEDINO, Gustavo - A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil - Tomo I**. 3.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-78, *passim*.

³⁰ GIAMPICCOLO, Giorgio - *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*. **Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile**. 1958, p. 458, *apud* TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 24-25.

Jellinek, *bens* como a vida, a saúde, a honra e a liberdade corporal, por exemplo, não se enquadrariam na *categoria* do *ter*, mas do *ser*, o que os tornaria incompatíveis com a noção de *direito subjetivo*, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio. Conforme registra Elimar Szaniawski³¹, "a origem dessa discussão parte da concepção de alguns autores que veem os direitos da personalidade como o direito de alguém sobre a sua própria pessoa, na evolução da ideia do antigo *ius in re ipsa*. De acordo com esse pensamento, não se constituem os direitos de personalidade em *direitos subjetivos*, mas sim em meros efeitos reflexos do direito objetivo, donde ser concedida uma certa projeção jurídica a determinadas radiações da personalidade". Vale dizer: inadmitia-se que alguém pudesse ser titular de um direito subjetivo sobre si mesmo, sobre parte inerente do seu *ser*, pois se considerava que a proteção jurídica da personalidade não revestia as características do *direito subjetivo*, limitando-se à reação do ordenamento contra a *lesão* (o dano injusto), por meio do mecanismo da responsabilidade civil. Daí decorreriam situações *objetivas*, mas não já o *direito subjetivo*, figura autônoma e preestabelecida pela lei ou pela vontade das partes, que assegura poderes ao titular não apenas para protegê-lo contra lesões, mas para que ele possa dispor livremente do *próprio direito*.

Muitas foram as críticas às teorias negativistas, aduz o Professor TEPEDINO, atacadas que foram na sua premissa. Acresce que a personalidade pode ser considerada, a rigor, sob dois pontos de vista. Assim é que, sob o prisma dos *atributos da pessoa humana*, que a habilita a ser *sujeito de direito*, tem-se a *personalidade* como *capacidade*, indicando a *titularidade* das *relações jurídicas*, caracterizando uma *ótica estrutural*, atinente à *estrutura* das situações jurídicas *subjetivas*, em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o *elemento subjetivo* das *situações jurídicas*. De outra banda, tem-se a *personalidade* como *conjunto de características e atributos da pessoa humana*, considerada como *objeto de proteção* por parte do *ordenamento jurídico*. A pessoa, vista sob este ângulo, há de ser *tutelada* das *agressões* que afetam a sua *personalidade*, identificando a doutrina, por isso mesmo, a *existência* de *situações jurídicas subjetivas oponíveis erga omnes*. Vale dizer: considerada como *sujeito de direito*, a *personalidade* não pode ser *dele* o seu *objeto*. Em sentido oposto, considerada como *valor* e tendo em linha de conta o *conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano* — que se irradiam da *personalidade* —, constituem

³¹ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: RT, 1993, p. 36-37, *apud* TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 26.

*bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada*³². Nesta toada, a distinção entre os conceitos de personalidade como *objeto* e como *sujeito de direitos* é clarificada no art. 70³³, n.º 1, do Código Civil português, que estabelece a *tutela geral da "personalidade física ou moral"* dos indivíduos, assim considerada, pela doutrina, como "os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem", demarcando, então, que "a personalidade surge aqui imediatizada no ser humano e configurada como objeto de direitos e deveres, não se perspectivando como elemento qualificador do sujeito da relação jurídica enquanto tal, cuja qualificação nos é dada pelas idéias de personalidade jurídica, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autónomo de direitos e obrigações, e de capacidade jurídica, isto é, pela possibilidade jurídica inerente a esse centro de ser titular de direitos e obrigações em concreto".³⁴ Nesta toada, a doutrina predominante, a partir dos anos 1950, admitia a existência dos direitos da personalidade, embora ainda bastante apegada ao modelo dos direitos subjetivos *patrimoniais*, e, em particular, à propriedade.³⁵ Admitida a personalidade como objeto de direito, discutiu-se se estes direitos subjetivos incidem sobre a própria pessoa (*jus in se ipsum*), já que todo homem é considerado como unidade física e moral, ou sobre parte ou algumas partes dela, ou se, ao contrário, incidem sobre objeto externo, fora da própria pessoa, constituindo uma obrigação geral negativa.

Examinando o cerne dessas questões, GUSTAVO TEPEDINO³⁶ leciona que, imaginando-se a personalidade humana sob o *prisma estrutural* (ora o *elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas*, identificada com o *conceito de capacidade jurídica*, ora o

³² No ponto, TEPEDINO invoca lição de 1942 do professor SAN TIAGO DANTAS - precocemente falecido, em 06/09/1964, aos 53 anos de idade; introdutor, em 1942, na Faculdade Nacional de Direito (RJ), do estudo dos direitos da personalidade em suas aulas, *verbis*: "A palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos da personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificadas como a personalidade" (DANTAS, San Tiago - **Programa de Direito Civil - Vol. I - Edição Histórica**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 192, *apud* TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 27).

³³ "Art. 70.º **Tutela geral da personalidade** 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida."

³⁴ SOUSA, Rabindranath Capelo de - **O Direito de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 106, *apud* TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 28.

³⁵ TEPEDINO ilustra a concepção com a doutrina de Pontes de Miranda sobre os direitos da personalidade, no sentido de que "a imediata influência do instituto da propriedade, em tempos que conheceram a servidão e a escravidão, concorria para que se pensasse em propriedade, sempre que se descobria serem *absolutos* os direitos em causa. Ainda no século [XX] em que vivemos, juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até, a liberdade de pensamento como *direitos*" (PONTES DE MIRANDA - **Tratado de Direito Privado - Vol VII**. São Paulo: RT, 1983, p. 5, *apud* TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 29).

³⁶ TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 48-49.

elemento objetivo, ponto de referência dos chamados *direitos da personalidade*), e *protegendo-a* em termos apenas *negativos*, no sentido de repelir as ingerências externas à livre atuação do sujeito de direito, em consonância com a técnica própria do *direito de propriedade*, a *tutela da personalidade* será sempre setorial e insuficiente. Mas adverte: não se subestime o elevado valor das orientações doutrinárias que, sem rebuscos de dúvida, permitiram a ampliação da tutela dos *direitos humanos*, antes limitada aos *tipos de direito penal* e às *relações entre Estado e cidadão*, hoje estendidas às *relações de direito privado*. E isto ocorreu a partir das construções que engendraram os direitos da personalidade, quer mediante a *tipificação de uma série de direitos subjetivos*, quer através da *configuração de uma relação jurídica-tipo*, generalizante e abrangente. Entretanto, a *realização plena da dignidade humana*, como quer o projeto constitucional em vigor no Brasil, não se conforma com a *setorização da tutela jurídica* ou com a *tipificação de situações previamente estipuladas*, nas quais pudesse incidir o ordenamento. Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente *repressivo*, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito, sob a moldura de *situações-tipo*. Isto porque a *tutela da pessoa humana*, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as *técnicas ressarcitória e repressiva* (binômio lesão-sanção), exigindo, ao contrário, instrumentos de promoção do homem, considerados em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado.

Neste passo, em corte transversal sobre o *thema*, mas já encaminhando algumas conclusões, retornamos ao magistério de ANDERSON SCHREIBER³⁷, para quem os direitos de personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. No decorrer dos últimos séculos, o tema foi tratado sob diversos enfoques e distintas denominações. Em França, a Assembleia Constituinte fez referência, na sua célebre declaração de 1789, aos *Direitos do Homem e do Cidadão*³⁸, e a Declaração das Nações Unidas, de 1948, emprega a expressão

³⁷ SCHREIBER, Anderson - *Op. cit.*, p. 13-14.

³⁸ No ponto, GUSTAVO TEPEDINO controverte a referência histórica em testilha, apoiando-se, para tanto, na doutrina de DIOGO LEITE DE CAMPOS, *verbis*: "Diogo Leite de Campos, *Lições de Direitos da Personalidade*, cit., pp. 36-37, observa que, embora seja normalmente associado o fundamento da "personalidade" à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia francesa em 1789, tal Carta 'fora precedida de muitas outras, adaptadas nos estados norte-americanos, desde o século XVII (carta de Carlos I à colônia de Rhode Island de 1643; constituição de Locke para a Carolina do Norte, de 1669; *Bills of Rights* de diversos estados, particularmente o da Virgínia de 1776). Normalmente de muito maior elevação" (CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de Direitos da Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 36-37, *apud* TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 40).

Direitos Humanos. Nesse norte, a Constituição Republicana de 1988 dedica-se, no seu Título I, aos *Princípios Fundamentais*, e, no Título II, aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, ademais do que, conforme já referimos, o Código Civil de 2002 reserva um Capítulo aos *Direitos da Personalidade*. A esta altura, SCHREIBER pergunta-se qual é, afinal, a *distinção* entre todas essas expressões, e, de plano, responde que — assim como os *paradigmas* que firmamos e afirmamos na primeira seção deste Capítulo I, de par com os juristas e doutrinadores já citados neste trabalho, e muitos ainda estão por vir — a ampla variedade desses termos não se presta para gerar confusões, porque todas essas diferentes designações têm por escopo contemplar *predicamentos* ou *atributos da personalidade humana* merecedores de *proteção jurídica*. Assim, o que muda é tão somente o plano em que a personalidade *se manifesta*: a expressão *direitos humanos* é mais usada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria; *direitos fundamentais* — no ponto, é importante não esquecermos da matriz axiológica deles, os *princípios constitucionais fundamentais*, pedra de fundação dos *direitos fundamentais* —, por sua vez, é a expressão usualmente empregada para designar *direitos positivados na Constituição de um determinado Estado*, caracterizando a terminologia preferida para tratar da *proteção da pessoa humana no campo do direito público*, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é usada no referenciamento aos *atributos humanos* que exigem *especial proteção no campo das relações privadas*, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de também terem fundamento constitucional e proteção legal nos planos nacional e internacional, neste último por meio de Tratados e Convenções internacionais, e Diretivas Comunitárias. Trata-se, portanto, do mesmo fenômeno, visto sob variadas angulações, faces multifuncionais e polivalentes de uma estrutura de valores única, em que o *valor tutelado* é idêntico: a *dignidade humana*, que estudaremos na subseção seguinte desta segunda seção investigativa. No plano nacional interno — e a afirmação aplica-se, também, a Portugal, na medida do seu ordenamento jurídico-constitucional e legal —, embora possa variar o tipo de proteção oferecida, conforme o ofensor seja um particular ou o Poder Público — de que é exemplo marcante, no Brasil, a ação de mandado de segurança —, a interconexidade entre esses dois campos jurídicos é cada vez maior e mais ampla, pois a ciência jurídica contemporânea vem superando, a passos largos, os abismos do passado entre o direito público e o direito privado, a fim de reunir e unificar as duas esferas em torno da unidade do ordenamento de cada Estado nacional.

Releva anotar, neste sentido, que a maior parte dos *direitos da personalidade* mencionados no CC/2002 (imagem, honra, nome, privacidade, *et alii*), têm previsão expressa

no art. 5.º da Lei Fundamental, âmbito em que mesmo aqueles que nela não têm inscrição explícita recebem tutela jurídico-constitucional e legal direta na condição de direitos, liberdades e garantias consecutórios ao *postulado fundamental da dignidade da pessoa humana* (CRFB, art. 1.º, inc. III; CRP, art. 1.º), em regime permanente de aproximações e reciprocidades nos seus nexos etiológicos estruturais que, conjunturalmente, taxionomicamente, convivem em regime de contínua retroalimentação orgânico-funcional, o que só se viabiliza, em grande parte, em razão dos *insights* doutrinários e jurisprudenciais que produzem *feedback* em sistemas jurídico-positivos abertos, flexíveis, receptícios às vertiginosas mudanças da sociedade pós-moderna, consoante também temos enfatizado desde o início deste estudo, ainda que conviva com um *regime de tipificação* em *numerus apertus*. Nesta perspectiva, é de fundamental importância perceber, compreender e assimilar o *diálogo das fontes* de proteção jurídica reservada à *condição humana* e, nesta medida, concluir que o *elenco de direitos da personalidade* contemplado no Código Civil de 2002 reflete, nada mais nada menos, do que um arrolamento *numerus apertus*, meramente exemplificativo³⁹, porque o disciplinamento deles não se compadece com um regime jurídico-constitucional e legal fechado, taxativo, *numerus clausus*, mormente nessa sociedade pós-moderna do século XXI, que vive o seu dia-a-dia como se fosse o fim da História.

No caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, o Professor TEPEDINO⁴⁰ leciona ser lícito considerar a *personalidade* não como um novo reduto de poder do indivíduo, nos lindes do qual ele exerceria a sua titularidade, mas como *valor máximo* do ordenamento, *modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade*. Nesta direção, por conseguinte, *de lege ferenda*, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos de personalidade, senão *salvaguardar a pessoa humana*, mais tecnicamente, *em qualquer momento da atividade econômica* - que se aplica, naturalmente, à disciplina da função social e da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado -, quer mediante os específicos direitos subjetivos previstos pela Constituição e pelo legislador especial (saúde, imagem, nome, justiça etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer *ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial* que não

³⁹ Mantidos os nossos já declinados *paradigmas*, impende ressaltar, no ponto sob comento, que os *direitos da personalidade* não devem ser entendidos como uma panaceia geral para todos os males, porque nem todos os direitos, liberdades e garantias fundamentais mantêm com eles nexos estruturais ou de conjuntura, uma vez que o arrolamento típico-constitucional objetiva proteger, também, outros interesses de cunho patrimonial individual, coletivo e/ou difuso que, embora também tenham uma relação direta ou indireta com a proteção da pessoa, *não são considerados atributos essenciais à condição humana*, portanto não se qualificando como direitos da personalidade.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 49-53.

atenda à *realização da personalidade*. Nesta perspectiva, a prioridade conferida à *cidadania* e à *dignidade da pessoa humana* (CRFB, art. 1.º, I, II e III), e a adoção do *princípio da igualdade substancial* (CRFB, art. 3.º, III), ao lado da *isonomia formal* do art. 5.º e da *garantia residual* prescrita pelo art. 5.º, § 2.º, da Lei Fundamental, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte. No ponto, com efeito, o Professor GUSTAVO TEPEDINO⁴¹ leciona que a escolha da *dignidade da pessoa humana* como *fundamento* da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, em conjunto com a prescrição do § 2.º do art. 5.º da Lei Fundamental, de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios por ela adotados, configuram uma autêntica *cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana*, tomada como *valor máximo* pelo ordenamento. Ainda sublinhe-se, no ponto, a *técnica legislativa* utilizada pelo constituinte, ao fixar, no Título I, *princípios fundamentais* que, ali situados, impõem específica função aos demais direitos constitucionais, permeando todo o sistema jurídico com os *valores* ali indicados, expressos nos fundamentos e objetivos da República. Já na regulamentação das relações jurídicas patrimoniais, a *dignidade da pessoa humana* é o *limite interno* capaz de definir com novas bases as *funções sociais da propriedade e da atividade econômica*, uma vez que esta assertiva resta confirmada pela técnica usada pelo constituinte, associando, modo expresso e imediato, à garantia do direito de propriedade (CRFB, art. 5.º, XXII), o atendimento de sua função social (CRFB, art. 5.º, XXIII), e às finalidades da ordem econômica, o dever de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observando-se, dentre outros, os princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais, além da busca pelo pleno emprego (CRFB, art. 170, *caput*, e incisos III, VII e VIII). A *tutela da personalidade*, convém insistir — assere o jurista em epígrafe —, não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado, pois a pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado, e atenda à *cláusula geral* fixada pela Lei Fundamental, de *promoção da dignidade humana*.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo - *Artic. et op. cit.*, p. 50.

No contexto desse magistério, FLÁVIO TARTUCE⁴² noticia que a tese do Professor Gustavo Tepedino foi adotada no curso da *IV Jornada de Direito Civil*, evento de 2006, tendo sido aprovado o *Enunciado n.º 274 do CJF/STJ*, segundo o qual "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação", caracterizando um dos mais importantes enunciados doutrinários das *Jornadas de Direito Civil*, inclusive porque, além de consagrar a *cláusula geral de tutela da dignidade pessoa humana* (CRFB, art. 1º, III), consolida o reconhecimento de que existem *outros direitos da personalidade* tutelados no sistema, a exemplo de todos aqueles inscritos nos princípios fundamentais e nos direitos, liberdades e garantias fundamentais expressos na Constituição da República, dentre outros, âmbito em que o *rol de direitos da personalidade* do Código Civil é meramente exemplificativo, em *numerus apertus*, afastando a ideia da sua taxatividade *numerus clausus*.

Na banda lusitana, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS leciona que o Código Civil (CC) de 1966 inovou em matéria de *direitos da personalidade*, que ganharam *autonomia e vigor* em relação ao Código anterior, passando a ocupar uma posição hierarquicamente superior aos demais direitos subjetivos⁴³, ao passo que ANTÓNIO PINTO PEREIRA⁴⁴ explicita que as *peçoas singulares, físicas ou individuais* são os principais *sujeitos da relação jurídica* e correspondem à própria *essência e dignidade do homem*, adquirindo *personalidade jurídica* após o nascimento completo com vida (CC, art. 66.º, n.º 1), cessando com a morte (CC, art. 68.º, n.º 1), atribuindo ao sujeito a suscetibilidade de titular direitos, deveres e obrigações na ordem jurídica, da qual emerge o *princípio fundamental da dignidade humana* (CRP, art. 1.º) e um conjunto de *direitos de personalidade*, que correspondem à primeira geração de direitos fundamentais e compreendem direitos, liberdades e garantias pessoais inscritos na Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 (arts. 24.º a 47.º), também estando contemplados na lei em *numerus apertus* (v.g.: CC, arts. 70.º a 84.º), cujos principais atributos ou características, na condição de *direitos da personalidade*, são:

⁴² TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 100-101.

⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Direito de Personalidade**. Reimpr. de 2006. Coimbra: Almedina, 2014, p. 32-33.

⁴⁴ PEREIRA, António Pinto - **Princípios Gerais de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 246-248.

(a) *absolutos*, na medida em que lhes cabe uma proteção e oponibilidade *erga omnes*, impondo a todos um *dever geral de respeito*;

(b) *imateriais*, pois não têm preço, nem valor patrimonial, não sendo passíveis de quantificação pecuniária, embora as suas violações possam originar uma reparação em dinheiro;

(c) *indisponíveis*, pois o seu titular não pode dispor deles, não podendo ser cedidos por qualquer forma (v.g.: CC, art. 2008.º, n.º 1);

(d) *intransmissíveis*, pois o seu titular não pode dispor deles em vida ou após a morte, que os extingue (v.g.: CC, art. 2025.º); e,

(e) *irrenunciáveis*, pois não permite ao seu titular rejeitar as suas responsabilidades ou abdicar de qualquer dos direitos que lhe são conferidos (v.g.: CC, art. 1882.º).

Nessa moldura, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁴⁵ ensina que os direitos da personalidade incidem sobre a vida da pessoa, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada, dentre outros, conformando um *círculo de direitos necessários*, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa, protetor dos vários modos de ser físicos e morais da personalidade. Neste passo, afirma que o art. 70.⁴⁶ do CC contém uma *norma de tutela geral da personalidade*, da qual se podem desentranhar um direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, e que a consagração desta proteção geral da personalidade — de onde se retira, além destes direitos *especiais*, também um *direito geral de personalidade* — permite conceder a tutela a bens pessoais não tipificados, protegendo, designadamente, aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito, de que podem ser exemplos a identidade genética, a *autodeterminação informativa* ou o controle sobre os dados pessoais. A ofensa a qualquer desses direitos está sancionada no n.º 2 do referido art. 70.º, no qual, além da *responsabilidade civil*, está prevista a *faculdade de requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso*. Aduz, ademais, que o Código Civil não disciplinou exaustivamente os

⁴⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª ed., 2.ª reimpr. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 209-212.

⁴⁶ "Art. 70.º - **Tutela geral da personalidade**

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida."

direitos de personalidade e que, para além do regime geral dos artigos 70.º, 71.º⁴⁷ e 81.º⁴⁸, limitou-se a prever alguns direitos de personalidade que particularmente poderiam suscitar problemas. Todavia, a *cláusula geral da personalidade* do art. 70.º, n.º 1, do CC, deve ser concretizada tendo em atenção quer o regime dos *direitos, garantias e liberdades pessoais* (CRP, arts. 24.º e seguintes) a que *correspondem os direitos da personalidade*, quer os tipos de crime que objetivam proteger — como mínimo de proteção reconhecido — bens jurídicos correspondentes aos direitos da personalidade. Destarte, ANTÓNIO PINTO PEREIRA⁴⁹ leciona que a lei consagra uma cláusula de *tutela geral da personalidade* substanciada em quatro vias principais, a saber:

- (a) é conferida proteção normativa aos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral (CC, art. 70.º, n.º 1);
- (b) mesmo depois de cessar a personalidade por força da morte, os direitos de personalidade continuam a merecer proteção jurídica adequada (CC, art. 71.º, n.º 1);
- (c) não pode haver limitação voluntária dos direitos de personalidade, sendo a mesma revogável, e, quando contrária aos princípios da ordem pública, é nula (CC, art. 81.º); e,
- (d) existe responsabilidade civil geradora da obrigação de indenizar pelos prejuízos causados decorrentes de ofensas ou violações desses direitos, quer em *termos gerais* (CC, art. 483.º)⁵⁰, quer em *termos especiais* em alguns casos, como sucede, *por exemplo*, com a *ofensa do crédito ou do bom nome* (CC, art. 484.º)⁵¹.

Na sequência, o Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa arrola, em *numerus apertus*, os seguintes *direitos de personalidade* previstos em normas constitucionais e legais: o direito à vida e à dignidade (CRP, arts. 24.º e 1.º); o direito à integridade social (CRP, art. 25.º); os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e

⁴⁷ "Art. 71.º - **Ofensa a pessoas já falecidas** - 1. Os direitos da personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere."

⁴⁸ "Art. 81.º - **Limitação voluntária dos direitos de personalidade** - 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte."

⁴⁹ PEREIRA, António Pinto - *Op. cit.*, p. 247-248.

⁵⁰ "Art. 483.º - **Princípio geral** - 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados em lei."

⁵¹ "Art. 484.º - **Ofensa do crédito ou bom nome** - Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados."

reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e à proteção contra qualquer forma de discriminação (CRP, art. 26.º); o direito à liberdade e à segurança (CRP, art. 27.º); os direitos e garantias aplicáveis nos domínios penal e processual penal (CRP, arts. 28.º e 32.º); o direito à não expulsão de cidadãos portugueses do território nacional (CRP, art. 33.º); o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (CRP, art. 34.º); o direito de acesso aos dados pessoais informatizados (CRP, art. 35.º); o direito à liberdade de expressão e informação (CRP, art. 37.º); o direito à liberdade de imprensa e aos meios de comunicação social (CRP, arts. 38.º e 39.º); os direitos de antena, de resposta e de réplica política (CRP, art. 40.º); o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto (CRP, art. 41.º); o direito à liberdade de criação cultural (CRP, art. 42.º); o direito à liberdade de aprender e ensinar (CRP, art. 43.º); o direito de deslocamento e de emigração (CRP, art. 44.º); o direito de reunião e de manifestação (CRP, art. 45.º); o direito à liberdade de associação (CRP, art. 46.º); o direito à liberdade de escolha de profissão e de acesso à função pública (CRP, art. 24.º); o direito ao nome e ao pseudónimo (CC, arts. 72.º e 74.º); a proteção da informação contida em cartas-missivas e em memórias familiares e pessoais (CC, arts. 75.º a 78.º); e o direito à reserva sobre a intimidade privada (CC, art. 80.º), dentre outros.

Por fim, porque a questão concerne, modo direto, com os escopos desta investigação, breve consideração sobre a tutela de direitos da personalidade às pessoas físicas, no Brasil, e às pessoas coletivas, em Portugal. Enquanto o art. 52 do Código Civil brasileiro prescreve, modo expresse, que "Aplica-se às pessoas jurídicas, *no que couber*, a proteção dos direitos da personalidade"⁵², o Código Civil lusitano, na dicção literal do art. 70.º, n.º 1, limita os direitos da personalidade a "indivíduos", passo em que a doutrina e a jurisprudência controvertem sobre a possibilidade das pessoas coletivas titulares de direitos de personalidade e, nessa medida, receber a proteção da sua cláusula geral de tutela e proteção. No ponto, parte da doutrina lusitana admite a proteção, alguns limitando-a ao exame de caso a caso, outros aplicando-a somente aos direitos especiais de personalidade, ao passo que outra parte entende-a inadmissível⁵³.

⁵² A Súmula, verbete 227, do Superior Tribunal de Justiça, prescreve que "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Ora, se o dano moral é um direito da personalidade e as pessoas jurídicas podem sofrer danos morais, nada mais consentâneo do que as pessoas jurídicas titulares, *no que couber*, direitos da personalidade. No Brasil, *de lege lata*; em Portugal, *de lege ferenda*.

⁵³ Vide, no ponto, o ilustrativo apanhado doutrinário de Pedro Pais de Vasconcelos (VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Op. cit.*, p. 122-124), que não admite a cláusula de tutela dos direitos da personalidade às pessoas coletivas, embora desenvolva reflexões, na esteira do art. 84.º do CC, sobre o seu eventual cabimento em hipóteses restritas.

Em síntese, passando ao largo do exame casuístico dos direitos da personalidade em Portugal, assim como já o fizemos em relação ao instituto no Brasil, à exceção daqueles direitos fundamentais de personalidade diretamente vinculados aos princípios da função social e da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado, por agora concluímos que, embora haja acesas controvérsias sobre a natureza e extensão desta espécie de direitos fundamentais, a doutrina portuguesa não controverte sobre a importância orgânico-funcional do *princípio* e *cláusula geral* de tutela dos direitos fundamentais da personalidade insculpida, como vimos, sob moldura institucional aberta, flexível, *numerus apertus*, no texto original do Código Civil de 1966 — mais de meio século de vigência e aplicação, portanto —, ao passo que no Brasil, sob o protagonismo doutrinário-jurisprudencial da Escola de Direito Civil Constitucional, ainda há espaços para evoluir na concretização do *postulado fundamental da dignidade da pessoa humana*.

Na sequência desta investigação, passamos ao estudo do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

1.2.2 Postulado fundamental da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu art. 1.º, inscreve a "*dignidade da pessoa humana*"⁵⁴ como um dos seus *fundamentos republicanos*, e dimensiona, nesta esteira, dentre inúmeros outros, o *direito pessoal à dignidade humana* (v.g.: art. 26.º, n.º 2) e a *tutela de garantia à dignidade pessoal* (v.g.: art. 26, n.º 3), também entronizando o termo *pessoa* (v.g.: art. 27.º, n.º 4), ao se referir à *pessoa singular*, ao *cidadão*, em contraposição às *pessoas colectivas* (v.g.: CRP, art. 12.º, n.º 2). O Código Civil lusitano de 1966 também adota esta abordagem (v.g.: Título II, Subtítulo I, Capítulo I; arts. 67.º e 72.º, n.º 1). Em *terra brasilis*, o art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) inscreve, no seu inciso III, a "*dignidade da pessoa humana*" como um dos *fundamentos republicanos* do Estado Democrático de Direito nela entronizado⁵⁵, além de contemplá-la em outros dispositivos (v.g.: arts. 170, *caput*, 226, § 7.º, 227, *caput*, e 230, *caput*). O Código Civil de 2002 menciona o *ser humano*, a *pessoa*, o *cidadão*, também aludindo à *pessoa natural* ou

⁵⁴ Na revisão constitucional de 1989, o art. 1.º da CRP recebeu nova redação, *verbis*: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária." No entanto, o texto original já contemplava a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

⁵⁵ "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]."

pessoa física (v.g.: Cód. Civ., arts. 1.º e 2º), em contraposição à *pessoa jurídica*. No Brasil e em Portugal, a doutrina e a jurisprudência constitucional e/ou juscivilista não controvertem na referência da *dignidade da pessoa humana* como um *fundamento*, *postulado* e/ou *princípio* republicano, ainda que lavrem acesos dissídios, no ponto, sobre as suas questões de natureza, condição, método e procedimento.

No magistério de JORGE REIS NOVAIS⁵⁶, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a *dignidade da pessoa humana* não surge constitucionalmente consagrada como um dentre vários outros princípios constitucionais, mas, sim, como base na qual se assenta a República portuguesa, o que exige, mesmo sem ter um significado preciso e imediatamente apreensível, consequências normativas relevantes e correspondentes ao *locus* especial que lhe foi reservado na Constituição, sob pena da afirmação do constituinte não ser levada a sério. Destarte, a concreta recepção constitucional de que foi objeto não pode ser reduzida a fato jurídico trivial, na medida em que a forma como a ideia é constitucionalmente assumida aponta para a atribuição de uma relevância especial ao princípio. Nesta perspectiva, percebe-se de plano, até pela própria inserção sistemática formal — a dignidade da pessoa humana está consagrada no art. 1.º da Constituição —, o princípio da dignidade da pessoa humana é elevado à qualidade de base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional e, portanto, de algum modo, é reconhecido constitucionalmente como *princípio dos princípios*.

Neste passo, na banda brasileira, na pesquisa dos marcos históricos do *thema* ora investigado, impende trazer à colação o exauriente magistério de HELENA REGINA LOBO DA COSTA⁵⁷ sobre o que ela denomina de *postulado da dignidade da pessoa humana*. Neste sentido, ao discorrer sobre o desenvolvimento do conceito de dignidade humana, a prestigiada jurista e Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo leciona que a ideia de que o ser humano é singular e ocupa posição diferenciada de todas as outras criaturas encontra as suas origens no Cristianismo, a partir das concepções de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, da igualdade universal dos filhos de Deus e da inexistência do povo escolhido. Todavia, a construção do conceito de dignidade como um atributo da pessoa, tal como é entendido na atualidade, inicia-se apenas no século XVIII, quando predicados

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **A Dignidade da pessoa humana - Dignidade e Direitos Fundamentais - Vol. I**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 19-20.

⁵⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da - **A Dignidade Humana - Teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21-55. Embora a autora oriente os escopos da sua monografia para o campo do Direito Penal, a primeira parte da obra desenvolve substantivos conteúdos universais sobre o postulado da dignidade da pessoa humana.

antes associados à aristocracia e à ocupação de cargos públicos começam a receber um processo de generalização que, paulatinamente, altera o seu conteúdo simbólico, vinculando-o ao conceito de liberdade como *autonomia* ou *não-impedimento*, sendo aí que o ideal de que todo homem é um ser livre e, por esta razão, digno, dotado de dignidade, começa a desenhar-se nos autores do denominado jusnaturalismo moderno, sendo insculpido na Declaração de Direitos da Virgínia, bem assim na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 1.º consagra a liberdade e dispõe que "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos", no mesmo passo em que o seu art. 6.º entroniza a dignidade e o seu processo de generalização conceitual, ao dispor que "todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, vagas e empregos públicos segundo sua capacidade". No entanto, fruto de um movimento histórico capitaneado pela classe burguesa, o conceito de dignidade passa a perder a sua concretude aristocrática, tanto quanto a concepção de igualdade e liberdade adstringia-se à lógica classista das relações de produção capitalistas. No final do século XVIII, Kant inovou no tema e definiu o conceito de dignidade humana na segunda seção da obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes", denominada "Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes", em que se ocupa das leis da liberdade. Nessa toada, a *dignidade da pessoa* kantiana é produto da *razão e liberdade humanas*, e, ao fundar a dignidade no homem, o seu conceito ganha *universalidade*, estendendo-se a todos os seres racionais, isto querendo significar que o homem individual concebe a si próprio, subjetivamente, em sua dignidade, ou seja, concebe a si próprio como *fim objetivo* e daí resulta o seu *valor absoluto*. Assim, a dignidade está no *fundamento do princípio* prático objetivo, ou seja, a concepção de que cada ser racional tem a si mesmo como fim objetivo. A natureza racional existe, para Kant, como *fim em si*, e os *fins de todo homem*, por derivarem da *razão*, também são os *fins de cada homem*. Ocorre que a concepção kantiana não encontrou, à época, o seu espaço de concretização, e, no curso do século XIX e inícios do século XX, o progresso e o desenvolvimento sobrepuseram-se, como processo, ao *valor da pessoa*, ainda que a sobreposição da subjetividade sobre a objetividade não tenha sido linear, avultando, no ponto em testilha, v.g.: a luta contra a instrumentalização da pessoa por meio da escravidão; a previsão de a dignidade ser, na Constituição mexicana de 1917, um dos valores cardeais do sistema educacional do país; a promulgação da Constituição de Weimar de 1919, que dispunha, no art. 151, parte 1, que "a ordem da vida econômica deve ter como princípio a justiça, com o objetivo de garantir uma existência digna para todos". No entanto, vingou a concepção objetivista e instrumental que, levada aos seus extremos, resultou na brutal ruptura do conceito de dignidade humana ocorrida na primeira metade do século XX, com os

movimentos totalitários que colocaram em xeque o paradigma da filosofia do direito, na medida em que rompeu com os limites do *logos del razonable*. É nesta toada que a *completa coisificação* da pessoa, que se inicia com a privação dos direitos humanos, seguida pela destruição da personalidade moral do homem e pela eliminação da singularidade da pessoa humana encontra a sua máxima expressão nos *campos de concentração*⁵⁸. Após o final da 2.^a Guerra Mundial — prossegue a doutrinadora em epígrafe —, o conceito de dignidade humana ressurge com vigor e é usado para demonstrar o repúdio absoluto aos horrores nela praticados, do que resultou uma retomada do direito natural, ganhando impulso a constitucionalização desse conceito, de que são exemplos, ainda que tardios, a Constituição italiana de 1947⁵⁹ e a Lei Fundamental alemã de 1949⁶⁰, âmbito em que a positivação da dignidade humana pelo direito constitucional germânico foi uma das formas mais contundentes de reação às atrocidades humanas praticadas pelo Terceiro *Reich* nacional-socialista. Neste passo, a jurisprudência foi paulatinamente aumentando a bitola de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo não apenas *direitos-liberdade* (*Abwehrrechte*), que impõem limitações, deveres negativos, ao poder estatal em face do indivíduo, mas também *direitos sociais*, que impõem ao Estado deveres positivos de prestação ao indivíduo. Nos anos 1960, Niklas Luhmann confere novos contornos doutrinários ao conceito, por meio da sua *teoria funcional da personalidade*, pela qual a dignidade humana não é inerente à pessoa, mas o resultado de uma construção da identidade da personalidade dentro da sociedade. Assim, a dignidade seria construída pelo indivíduo e resultado de uma função representativa e de cooperação social. A partir dessa premissa, Luhmann conclui que o Estado não está na posição de garantir a dignidade da pessoa humana, mas tem a obrigação de estabelecer condições para que os indivíduos possam criar a sua identidade e, a partir daí, desenvolver a

⁵⁸ No ponto, LOBO DA COSTA traz à colação do seu magistério eloquente texto de Hanna Arendt, segundo o qual "a calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião - fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades -, mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los. Só no último estágio de um longo processo o seu direito à vida é ameaçado; só se permanecerem absolutamente "supérfluos", se não se puder encontrar ninguém para reclamá-los, as suas vidas podem correr perigo. [...] *O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado*" (ARENDR, Hanna - **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p. 329, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - **Op. cit.**, p. 26, nota de rodapé n.º 10 - os grifos são nossos).

⁵⁹ No Capítulo dos princípios fundamentais, o art. 3.º dispõe que "*todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condição pessoal ou social", no mesmo passo em que, no Capítulo pertinente à ordem econômica, o art. 41 prescreve que "*a iniciativa econômica privada é livre*. Não pode colocar-se em contraste com a utilidade social ou de modo a trazer dano à segurança, à liberdade ou à *dignidade humana*" (os grifos são nossos).

⁶⁰ "Art. 1.º *A dignidade da pessoa humana é inviolável*. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e a proteger" (os grifos são nossos).

sua dignidade. Posto que a dignidade humana seria resultado de um processo funcional, nem todas as pessoas a possuiriam. O modelo luhmaniano foi objeto de críticas contundentes, especialmente em razão de não ser possível determinar, com tamanho grau de precisão, quais os critérios de uma construção de identidade satisfatória, tampouco elucidar quem deveria estabelecer qual construção da personalidade seria satisfatória e, portanto, portadora de dignidade humana. Enfim, os riscos envolvidos na concepção foram amplamente apontados pela doutrina alemã, que se remeteu à experiência do Terceiro *Reich*, para recordar como determinados grupos foram objeto de perseguição com base em uma *legislada* "ausência de capacidade social", daí resultando que a doutrina de Luhmann não encontrou espaço na *praxis* jurídica. Na sequência, até os anos 1980, prevaleceu um conceito amplo de dignidade humana, abrangente de direitos fundamentais de primeira e segunda geração⁶¹. Todavia, a partir dos anos 1980, essa concepção passou a enfrentar novos desafios, pois as novas características do Estado, da economia e do processo de globalização, ao lado das novas descobertas científicas e tecnológicas, ensejaram que a dignidade humana fosse catapultada à categoria dos conceitos jurídicos em crise. Com efeito, prossegue a jurista em epígrafe, o papel do Estado na tutela da dignidade humana sempre foi destacado como essencial, tanto assim que Hanna Arendt já advertia sobre a importância da nacionalidade na tutela dos

⁶¹ Na atualidade, os direitos fundamentais podem ser classificados em quatro gerações, tendo cada uma delas surgido em períodos distintos, em face das circunstâncias e peculiaridades de cada época. No entanto, o surgimento de novas *gerações de direitos fundamentais* não resultou no desaparecimento das que as antecederam, daí resultando a coexistência de todas elas. Parcela da doutrina classifica-as como *dimensões* de direitos, ao invés de *gerações*, no entendimento de não ter ocorrido uma sucessão de gerações, mas, sim, o surgimento espaço-temporal de novas *dimensões* de direitos fundamentais que passaram a coexistir entre as demais na medida da consolidação de cada uma. Nesta perspectiva, em apertada síntese, as quatro gerações ou dimensões de direitos fundamentais podem ser assim classificadas:

- 1.^a *geração de direitos fundamentais*: são os *direitos civis e políticos*, vinculando-se ao *valor liberdade individual*; são direitos individuais, homogêneos, com caráter prestacional negativo, exigindo a abstenção do Estado, seu principal destinatário;
- 2.^a *geração de direitos fundamentais*: são os *direitos sociais, econômicos e culturais*, vinculando-se ao *valor igualdade substancial*; são direitos individuais, homogêneos ou não, coletivos, com caráter prestacional positivo, exigindo a atuação do Estado;
- 3.^a *geração de direitos fundamentais*: são os *direitos ao desenvolvimento e ao progresso, à proteção dos consumidores, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação*, vinculando-se aos *valores humanismo, universalidade, fraternidade e solidariedade*, dentre outros; são direitos transindividuais em *rol numerus apertus*, destinados à proteção do gênero humano; e,
- 4.^a *geração de direitos fundamentais*: são os *direitos à democracia, à informação, ao pluralismo, à engenharia genética*, vinculando-se ao *valor globalização jurídico-política*.

Há doutrinadores, ainda, que advogam uma 5.^a *geração de direitos fundamentais*, fruto da especialização de alguns direitos de 3.^a geração: são os direitos à evolução cibernética e de tecnologias (inteligência artificial, realidade virtual, Internet, etc.). Outros doutrinadores encartam o *direito à paz*, supremo direito da humanidade e axioma da democracia participativa.

direitos humanos e Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶² ressalta que "A complexidade concreta do mundo contemporâneo não pode ser reduzida por uma seletividade abstrata, isto é, não basta dizer que todos são iguais perante a lei que com isso apenas não são controlados os conflitos sociais. Em outras palavras, o direito positivado tem de responder, ele próprio, pela sua estrutura. Daí a ideia de que toda declaração de 'direitos do homem' é inseparável da sua garantia. [...] Se é verdade que as garantias limitam o poder público, elas só têm condições de funcionar através do próprio poder público". Nesta toada, HELENA REGINA LOBO DA COSTA questiona: diante de um Estado enfraquecido, que perdeu poder para novos centros de tomada de decisão, como garantir a dignidade humana e os direitos humanos dela decorrentes? As instâncias internacionais de proteção serão suficientes para assegurar a todos os seres humanos uma vida digna? Voltaremos, mais adiante, ao magistério desta eminente jurista.

No entendimento doutrinário de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA⁶³, o princípio da dignidade da pessoa humana titula a dimensão de *fundamento ético-jurídico* dos *princípios da liberdade e da vinculatividade contratuais*, constituindo um *pensamento reitor* de todo o Direito e, por isso, de todo o Direito Civil e de todo o direito dos contratos. Entre os contributos essenciais para a reconstrução de um conceito jurídico de dignidade da pessoa encontra-se a *fórmula do objeto* de Günther Dürig, que, inspirando-se em Kant, apresenta-o como uma *categoria axiológica*, um *valor*.

No ponto, Kant distinguia o *mundo da natureza* e o *mundo da liberdade*: o primeiro é o mundo das *coisas ou objetos*, ao passo que o segundo é o mundo das *pessoas ou sujeitos*. Enquanto as coisas ou objetos são *instrumentos*, as pessoas ou sujeitos são *fins em si*. Enquanto os *objetos*, como instrumentos, têm um *preço*, os *sujeitos*, como fins em si, têm *dignidade*, que está acima de qualquer preço. Para Dürig, a diferença entre a coisa e a pessoa, entre o objeto e o sujeito, entre o mundo da natureza e o mundo da liberdade, engendra um dever ético de respeito pela pessoa, como fim em si: "age sempre de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa dos outros, nunca somente como um meio, mas sempre e simultaneamente como um fim em si".

Nesta toada, opera-se a reconstrução do *dever ético* em tela como um *dever jurídico*, sob o fundamento de que o *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*

⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio - **Perversão Ideológica dos direitos humanos**. Ciência Penal - Vol. 3. São Paulo: [s.n.], 1974, p. 413-414, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - **Op. cit.**, p. 31.

⁶³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - **Princípios de Direito dos Contratos**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 150-152.

enuncia o *dever jurídico positivo* de cada sujeito ser tratado como um fim em si e, sobretudo, o *dever jurídico negativo* de não tratar nenhum *sujeito* (vale dizer: nenhum *fim em si*) como *objeto* (vale dizer: como um puro e simples *instrumento*): "a dignidade da pessoa humana enquanto tal é atingida se a pessoa humana concreta é reduzida à condição de objecto, de simples meio, de elemento substituível"⁶⁴. Neste norte, o conteúdo do *princípio* jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana deverá explicitar-se através do *conceito* de *relação jurídica fundamental*, que designa uma relação de *reconhecimento e de respeito recíprocos*, em que cada um tem o direito subjetivo de exigir de todos os demais que seja respeitado como *pessoa* e, reciprocamente, tem o dever jurídico de respeitar todos os demais *como pessoas*. Assim, o conteúdo do direito subjetivo (do poder de exigir) coincide integralmente com o conteúdo do dever jurídico (do dever de prestar): "cada um pode exigir respeito ao outro nos mesmos termos em que deve [prestar] respeito [aos outros]". Enquanto pensamento reitor do subsistema de direitos dos contratos, o princípio da dignidade da pessoa humana concretiza-se, sobretudo, nos *subprincípios* da *liberdade* e da *vinculatividade contratuais*.

Ao dissertar sobre o *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, o constitucionalista JORGE MIRANDA⁶⁵, insígne Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, traz à colação do seu magistério, à partida, o enunciado do art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade". Nesta perspectiva, preleciona que *razão e consciência* conformam o denominador comum da igualdade entre os seres humanos, constituindo o que, para além das diferenciações económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, âmbito em que, também fundeados na razão e consciência, esses direitos fundamentais

⁶⁴ Neste passo, PINTO OLIVEIRA esclarece que o Tribunal Constitucional português acolheu a *fórmula do objeto* em pelo menos três ocasiões. O acórdão 130/88, de 8 de Junho, associa os conceitos de autonomia ética (ou de "liberdade ética") e de dignidade. O Tribunal Constitucional afirma que o "ensinamento de Kant, de acordo com o qual o Estado deve respeitar a liberdade ética do homem individual", conserva "plena actualidade". Assim, a "liberdade ética do homem individual" é o fundamento último da irredutibilidade da pessoa humana à condição de objeto e, por isso, da sua dignidade: o dever de respeito pela "liberdade ética do homem individual" decorre, assim, da "da ideia ou princípio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que tem nele a dignidade da pessoa humana". Os acórdãos n.º 426/91 e n.º 89/2000 ligam os conceitos de culpa e de dignidade: o princípio da culpa, como pressuposto e limite da pena, concretizaria ou exprimiria a "essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos" (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - **Op. cit.**, p. 151).

⁶⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada - Vol. I**. 2.ª ed. rev. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 58-71.

não podem desprender-se da *consciência jurídica dos homens e dos povos*. Leciona, ademais, que a *dignidade da pessoa é dignidade da pessoa concreta*, na sua vida real e quotidiana, nada tendo a ver com um ser ideal e abstrato. Portanto, é o homem e a mulher empíricos, tal como eles existem, que a ordem jurídica considera *irredutível, insubstituível e irrepetível*, cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Neste passo, o prestigiado jurista lisboeta vai buscar nos ensinamentos de Manuel Gomes da Silva⁶⁶ a reafirmação do seu magistério, no sentido de que, "Quando se afirma que *o direito é inerente à personalidade* e que o fim dele é salvaguardar a *dignidade desta* e concorrer para o realizar pelo cumprimento dos fins últimos, *não pode ter-se em vista a pessoa humana como realidade abstrata*, mas sim o homem como *ser real e concreto*. Se se aceitasse qualquer concepção, para a qual os valores da *personalidade humana* fossem *dissociáveis da qualidade do homem real*, o dever básico de fidelidade ao fim supremo e a correspondente relação ética tomariam a natureza de *realidades extrínsecas* de que *qualquer* poderia *libertar-se arbitrariamente* e o direito e a moral seriam irremediavelmente *desagregados*".

Neste sentido e a respeito do carácter situado do *direito inerente à personalidade* e da *salvaguarda da sua dignidade*, JORGE MIRANDA traz à colação o magistério de Maria Lúcia Amaral⁶⁷, para quem "A imagem de homem que a Constituição consagra é a do ser concreto, imerso nas necessidades, urgências e contingências da sua condição existencial, e não a do cidadão (abstrato) totalmente identificado com os deveres da virtude republicana. [...]". Na sua realidade concreta, portanto, cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais, sendo por isso que a Constituição completa a referência à dignidade da pessoa humana com a referência à "mesma dignidade social" que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores [artigos 13.º, n.º 1, e 59.º, n.º 1, alínea b)], decorrente da inserção numa comunidade determinada, fora da qual, como diz o art. 29.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, "não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade". Nesta toada, sendo *idêntica* em todos os homens a *natureza humana*, o homem não terá direitos efetivos se não for considerado, pelos seus semelhantes, digno de se associar com eles. Destarte, a Constituição repousa na dignidade humana e confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, em cujo âmbito o princípio da dignidade da pessoa humana substancia a referência axial de

⁶⁶ SILVA, Manuel Gomes da - **Esboço de uma concepção personalista do Direito**. Lisboa: [s.n.], 1965, p. 134-135, *apud* MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Op. cit.**, p. 63.

⁶⁷ AMARAL, Maria Lúcia. **O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes**. Lisboa: [s.n.], 2002, p. 65 e ss., *apud* MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Op. cit.**, p. 63.

todo o sistema de direitos fundamentais. É neste sentido, aliás, a orientação do Tribunal Constitucional no AcórdãoTC n.º 591/96, segundo o qual "a nossa Lei Fundamental assenta na dignidade da pessoa humana, que é o fundamento de todo o ordenamento jurídico, base do próprio Estado, ideia que unifica todos os direitos fundamentais e que perpassa também pelos direitos sociais". Assim, pelo menos, de modo direto e evidente, os *direitos*, as *liberdades* e *garantias pessoais* e os *direitos económicos, sociais e culturais comuns* têm a sua *fonte ética* na *dignidade da pessoa*, de todas as pessoas. Nesta perspectiva, o *princípio* informa *axiologicamente* o *sistema de direitos*, sendo auxiliar na descoberta de novos direitos, seja por força da *cláusula aberta* do art. 16.⁶⁸ da CRP, seja por força da descoberta de novos direitos de natureza análoga (art. 17.⁶⁹), seja através da *concretização de direitos explícitos* em direitos concretizadores mais específicos. Nada obstante — ressalva o constitucionalista em epígrafe, em questão de condição, método e procedimentalidade —, é preciso ter em linha de conta que o princípio em tela não é uma espécie de premissa apta à dedução direta de direitos fundamentais específicos, inclusive porque não existe, historicamente, uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Inclusive porque, aliás, as concepções doutrinárias de dignidade da pessoa humana, de matriz religiosa ou filosófica, não foram acompanhadas de catálogos de direitos fundamentais até final do século XVIII, ademais do que, não por acaso, a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começaria com os grandes textos internacionais e constitucionais subsequentes a 1945. Aqui, de novo, na sua encruzilhada própria, avulta o "*paradoxo da autonomia e da vulnerabilidade*" de Paul Ricoeur (*Le Juste II*, Paris, 2001, p. 85 e ss.)⁷⁰. Embora o caráter não silogístico do princípio da dignidade humana sob comento, JORGE MIRANDA leciona que é possível dele retirar inferências reflexas, operantes como princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte — quiçá, mesmo, um metaprincípio —, a partir do que, como resultante da consciência jurídica da sociedade politicamente instituída sob o lastro civilizacional europeu e tendo em vista, ainda,

⁶⁸ "Art. 16.º **Âmbito e sentido dos direitos fundamentais.** 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem."

⁶⁹ "Art. 17.º **Regime dos direitos, liberdades e garantias.** O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga."

⁷⁰ No ponto percutido, a remissão pode problematizar, antiteticamente, a ética liberal centrada no conceito de autonomia do sujeito em face da defesa de uma ética de condição e procedimento que privilegiam o conceito de vulnerabilidade. Em contraste com essas abordagens, Ricoeur propõe que os conceitos de vulnerabilidade e autonomia não se excluem mutuamente, sendo parte integrante do mesmo paradoxo da condição humana.

os diferentes princípios e regras constitucionais em Portugal, podem ser enunciados, (sinteticamente), os seguintes pontos:

(a) A dignidade é *peçoal* e, *ipso facto*, universal, pois todas as pessoas merecem ser tratadas com igual dignidade, o que confere ao princípio em tela uma caráter essencialmente *contrafactual*: o princípio da dignidade da pessoa humana dirige-se àqueles cuja dignidade é mais suscetível de ser posta em causa, sendo o correlato normativo do "*paradoxo da autonomia e da vulnerabilidade*", que exige respeito pela *autonomia* (enquanto sujeito titular de igual liberdade), mas também preocupação em face da *vulnerabilidade* (ou das diferenças dela resultantes).

(b) A dignidade é de todos e de cada um, enquanto ser em relação com os demais, avultando, muito em especial, a dignidade daqueles cuja dignidade poderá ser posta em causa mais facilmente.

(c) A dignidade da pessoa humana independe de gênero, porque em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

(d) A dignidade da pessoa é, por essência e definição, de todas as pessoas, independentemente de nacionalidade, em razão do que é inerente a nacionais e estrangeiros, indistintamente.

(e) A dignidade da pessoa permanece, independentemente do comportamento do indivíduo, mesmo quando ilícito e sancionado pela ordem jurídica, em razão do que nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, sendo vedadas as penas infamantes (cfr. AcTC n.º 16/84) e de morte, âmbito em que os condenados aos quais aplicadas penas ou medidas de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, à exceção das limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.

(f) A dignidade da pessoa coloca-a acima de qualquer preço, pois sendo ela um fim em si mesmo, não tem mensuração econômica, mas, sim, dignidade.

(g) A dignidade da pessoa implica a dignidade dos seus bens de personalidade, razão pela qual ela merece proteção jurídica mesmo após a morte (p.ex.: profanação de cadáver, ofensa à memória de pessoa falecida).

Nesta toada, JORGE MIRANDA consigna que a dignidade determina o respeito pela liberdade da pessoa, por sua autonomia, cuja força patenteia-se, sobretudo, no direito ao desenvolvimento da personalidade e no direito à intimidade da vida privada, dentre inúmeros outros direitos tutelados na Constituição Portuguesa, âmbito em que a dignidade humana também assume projeções nos planos econômico e social, uma vez que, localizando-se a

propriedade privada entre os direitos econômicos, sociais e culturais, e não entre direitos, liberdades e garantias do Título II, a Lei Fundamental de 1976 salienta que estes últimos respeitam, primeiro que tudo, ao *ser* da pessoa, e não ao *ter*; que a *liberdade* prima sobre a *propriedade*; que a proteção que a pessoa, como titular de bens, possa merecer na vida econômica, apresenta-se secundária em face da proteção do seu *ser*; e que a proteção do *ser* de todas as pessoas pode exigir a diminuição do *ter* de algumas pessoas.

LUÍS ROBERTO BARROSO⁷¹, constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, ilustra o princípio da dignidade da pessoa humana à luz de julgados de Tribunais pátrios. Neste sentido, leciona que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos republicanos do Estado Democrático de Direito brasileiro e que, nesta condição, deve iluminar a interpretação da lei ordinária⁷², tendo servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público⁷³, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar⁷⁴, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos⁷⁵, dentre muitas outras. Já quanto à sujeição do réu, em ação de investigação de paternidade, ao exame compulsório de DNA, há decisões que invocam o princípio no sentido da preservação da dignidade da pessoa humana⁷⁶, ora no sentido da sua inaplicação ao caso vertente⁷⁷.

Por sua vez, INGO WOLFGANG SARLET⁷⁸, constitucionalista, professor e magistrado gaúcho, leciona que a Constituição de 1988, em manifesta reação ao período autoritário que a precedeu, trilhou caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, pelas Cartas Magnas de Portugal e da Espanha, tendo sido a primeira na história do constitucionalismo brasileiro a

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32-324.

⁷² STJ, HC 9.892/RJ, Rel. originário Min. Hamilton Carvalhido, Redator para o acórdão Min. Fontes de Alencar, DJU de 26/03/2001.

⁷³ STJ, ROMS 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU de 04/09/2000.

⁷⁴ TJSP, ACív 110.772-4/4-00, ADV 40-01/636, n.º 98859, Rel. Des. O. Breviglieri.

⁷⁵ STJ, HC 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 12/02/2001.

⁷⁶ STF, HC 71.373/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 10/11/1994, *verbis*: "Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório *debaixo de vara* para coleta de material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova do fato."

⁷⁷ TJSP, ACív 191.290-4/7-0, ADV 37-01/587, n.º 98580, Rel. Des. A. Germano, *verbis*: "Caracterizar-se uma simples picada de agulha e retirada de uma pequena porção de sangue como ato invasivo, vexatório e humilhante constitui exagero tão manifesto que insinua as verdadeiras razões da recusa: o temor ou a certeza de que essa prova com certeza científica absoluta quase certamente confirmará a paternidade em questão."

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9.^a ed. rev. e atual. 2.^a tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29-31 e 75-81.

prever um título próprio que, destinado aos *princípios fundamentais* e em evidente homenagem ao especial significado e função deles, está situado na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Nesta moldura, o Constituinte deixou transparecer, inequivocamente, a sua intenção de outorgar aos *princípios fundamentais* a qualidade e magnitude de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive e muito especialmente das *normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*, que também integram, em conjunto com os *princípios fundamentais*, o denominado *núcleo essencial* da Constituição *formal e material* de 1988. Por igual, não há precedente de reconhecimento, na trajetória constitucional pátria e no âmbito do seu direito constitucional positivo, da *dignidade da pessoa humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1.º, III), que se faz presente, também, em outros Capítulos da Carta, conforme já mencionamos. O certo é que, ainda antes da passagem para o terceiro milênio, a dignidade da pessoa e, nela, a própria pessoa humana, receberam a devida atenção do ordenamento jurídico, sendo positivada com o *status* de *princípio jurídico-constitucional fundamental*⁷⁹ e afinando-se, nesta condição de *princípio* e *valor*, com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional brasileiro, lusitano e espanhol, ao lado e em permanente diálogo com o paradigma germânico, em face da sua influência sobre a ordem jurídica pátria. De outra parte, ao destacar o reconhecimento da dignidade da pessoa pela ordem jurídico-positiva, SARLET anota que não está a afirmar que este princípio, na condição de valor ou atributo, exista apenas onde e à medida do seu reconhecimento pelo Direito. Todavia, o grau de reconhecimento e proteção outorgado à dignidade da pessoa em cada ordem jurídico-constitucional e pelo Direito Internacional dependerá da sua efetiva realização e promoção, de modo que se impõe uma análise da dimensão jurídica da dignidade no contexto da arquitetura constitucional brasileira, designadamente quanto à força jurídica que lhe foi outorgada na condição de norma fundamental. Nesta perspectiva, SARLET averba estar partindo de uma noção consagrada, embora não de todo assimilada por parte dos doutrinadores e operadores jurídicos, no sentido de que o *dispositivo* (o texto) não se confunde com a *norma* (ou normas) nele contida, nem com as *posições jurídicas* (direitos) por

⁷⁹ Neste passo, SARLET registra haver quem questione este enquadramento, sustentando que não se trata de um princípio constitucional fundamental, por considerar esta categoria mais limitada que a dos princípios constitucionais gerais, uma vez que estes dizem respeito a toda a ordem jurídica. Neste sentido, o entendimento de José Afonso da Silva ("A Dignidade da Pessoa Humana", p. 91-92) advoga que a dignidade da pessoa constitui bem mais do que princípio jurídico, cuidando-se de valor supremo e fundante de toda a ordem jurídica, social e política, base de toda a vida nacional. De qualquer modo, SARLET não vislumbra a ocorrência da incompatibilidade sugerida por José Afonso, não existindo razão, s.m.j., para que não se reconheça que o princípio da dignidade da pessoa humana é, modo simultâneo, *princípio constitucional fundamental* e *princípio geral de direito*, não se cuidando de conceitos que se excluam.

esta outorgadas, pois cada direito fundamental pressupõe, necessariamente, na lição de Alexy, uma norma jusfundamental que o reconheça. Assim, verifica-se que o *dispositivo constitucional* (texto) no qual está enunciada a dignidade da pessoa humana (no ponto: CRFB, art. 1.º, III), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de *princípio e regra* (e *valor*) *fundamental*, é/são também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais, em contexto que referencia a dupla função - defensiva e prestacional - da dignidade, de modo que o *dispositivo* (texto) que reconhece a *dignidade* como *princípio fundamental* encerra *normas* que outorgam *direitos subjetivos de cunho negativos* (*não violação da dignidade*), mas que também impõe *condutas positivas* no sentido de *proteger e promover* a dignidade, tudo a demonstrar a *multiplicidade de normas* contidas num mesmo *dispositivo*. Ainda no ponto, mas em seara diversa, SARLET anota que, embora a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional seja imprescindível para dimensioná-lo, por si só ele não tem o condão de assegurar o devido respeito e proteção à dignidade, no que recebe o apoio doutrinário de GILMAR MENDES⁸⁰. Assim, diante do compromisso formalmente assumido pelo Constituinte, nas hipóteses de violação dos deveres e direitos decorrentes da dignidade da pessoa, pelo menos restará uma perspectiva concreta da sua efetivação, ainda que mínima, por meio dos órgãos jurisdicionais, enquanto e na medida em que se lhes assegurar as condições básicas para o cumprimento do seu desiderato. Por outro lado, embora incontroversa a existência de um liame entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, o consenso formado limita-se, na prática, ao reconhecimento da existência e da importância desta vinculação. Quanto ao mais, inclusive no plano da própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, o tema é polêmico e enseja tormentosa discussão doutrinário-jurisprudencial, pois o acordo a respeito das palavras "dignidade da pessoa humana" não afasta a acesa controvérsia em torno das suas substâncias, ainda que ponderável corrente hermenêutica a considere qualidade intrínseca e indissociável — irrenunciável, irreduzível, insubstituível e irrepetível, como vimos em Jorge Miranda, bem assim em José Afonso da Silva — de todo e qualquer ser humano. Nesta moldura controvertida, no entanto, averba SARLET, é certo que a destruição de um implicará a destruição do outro⁸¹.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 140-145.

⁸¹ No ponto, embora plausível o diagnóstico tormentoso, a relativização da questão que indiretamente é posta em mesa — de um lado, "a inexistência de princípios absolutos, sujeitos que estão, na sua totalidade, a juízos de ponderação, em cada situação hermenêutica, com outros bens ou valores dotados de igual hierarquia", e, de outra

No ponto, ANDRÉ RAMOS TAVARES⁸² vai ao encontro das dificuldades de Ingo W. Sarlet quanto à necessidade de precisar, conceitualmente, o que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, cujos obstáculos localizam-se nos planos da sua realização concreta e da sua exigibilidade. Neste sentido, leciona que, amiúde, os termos jurídicos são imprecisos e, nesta ordem, suscetíveis de variadas acepções, ensejando problemática que se agrava nos casos que envolvem categorias jurídicas consideradas principiológicas, cuja característica imanente e natural reside no alto grau de abstração, viabilizando a proliferação das mais variadas definições e conceitos, âmbito em que os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras não só do legislador, mas também do juiz, para que se possa parametrizá-los e, na sequência, aplicá-los com adequação.

Ao nosso sentir, o problema posto identifica-se com a questão da *efetividade* dos *princípios* e *direitos fundamentais* e, nesta toada, desata-se no estudo dos seus *limites* e *limitações*, *harmonização* e *restrição*, constituindo uma tópica jurídico-constitucional específica que, em larga medida, refoge aos escopos desta investigação, mais ainda quando essa *problematização de efetividade* envolve *princípios fundamentais* e, neles, nomeadamente, o postulado da dignidade da pessoa humana. Assim é que, dentro dos escopos deste estudo e da sua respectiva e necessária pauta temática contingente, o seu foco principal de itinerário precisa ser mantido, ainda que ao custo do sacrifício verticalizador de problemáticas que, individualmente consideradas e por mais sedutoras que sejam, contêm dimensão suficiente para desenvolver uma investigação jurídico-científica autônoma. Nada obstante, aqui, a investigação prossegue sob o prisma orgânico-funcional do postulado da dignidade da pessoa humana.

Ao discorrer sobre a força jurídica dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias e lecionar sobre o *paradoxo substancial* dos *direitos fundamentais*, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE⁸³ anota que a problematização proposta insere-se na *questão mais geral* da *parte material* da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, cuja respectiva pauta investigatória subsume, em primeiro lugar, um problema da própria *juridicidade* desse tipo de normas perante o prestígio incontável da *lei (ordinária)*,

banda, a ausência de critérios definidos para a aplicação do princípio da reserva do possível — desloca-se, à partida, para a reflexão de quem poderá ser destruído em primeiro lugar — o criador ou a criatura? -, o que remete a controvérsia, por sua vez, para o plano da justificação histórica - os porquês - da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁸² TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 538-539.

⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.191-193.

que, entendida originariamente como manifestação da *vontade nacional* ou, até, como expressão da *razão humana*, passou a identificar-se com o Direito. Depois, assente o carácter jurídico-positivo dos preceitos constitucionais, subsume um problema de *efetividade*, ou seja, uma *questão do grau ou intensidade* da sua *real força normativa*, medida pela capacidade do ordenamento jurídico-constitucional assegurar a sua realização na vida comunitária. Em qualquer destes planos e, em especial, no plano da *efetividade*, impõe-se observar a *determinação constitucional* de que os *preceitos* relativos aos *direitos, liberdades e garantias* são "diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas" (CRP, art. 18.º, n.º 1). No entanto, esta afirmação não basta para resolver o problema da aplicação dos preceitos constitucionais, antes suscita uma série de questões normativas, revelando o *carácter paradoxal* do *sistema de direitos fundamentais*. Na realidade e em geral — prossegue o *Magister* conimbricense —, verifica-se que, embora a *ideia* dos direitos fundamentais tenha surgido para a *defesa dos cidadãos* contra o Estado, ela *pressupõe* a existência de um *poder estatal* que os assegure. Assim, modo concreto, a *ideia constitucional* dos direitos fundamentais afirmou-se para a proteção dos cidadãos, não só contra o Executivo monárquico (para tanto bastaria a legalidade administrativa), mas também contra as próprias *maiorias parlamentares*, que deveriam respeitar valores tão importantes como o estatuto fundamental dos indivíduos na sociedade política⁸⁴. Por outro lado, a construção *normativa* dos preceitos jurídicos pertinentes aos direitos, liberdades e garantias, apesar da determinação do seu carácter *diretamente aplicável*, recorre a *cláusulas gerais* e a *conceitos vagos ou fortemente indeterminados*, raramente formulando-os com a precisão suficiente para dispensarem a mediação legislativa, menos ainda em termos de serem imediatamente exequíveis, de tal modo que, tirante casos excepcionais, dependem quase sempre do legislador para a *concretização* do seu sentido e, muitas vezes, da Administração, para a garantia da sua *realização efetiva*. Acresce, ainda, que o *sistema* de direitos fundamentais forma uma *unidade de sentido* que visa a defesa e promoção da *dignidade das pessoas humanas* livres. No entanto, ele é *intrinsecamente conflitual* e a afirmação plena dos direitos fundamentais de uns não pode fazer-se, as mais das vezes, sem prejuízo dos direitos dos outros, ou de valores comunitários essenciais, o que, somado à inevitável *indeterminação* normativa dos respectivos preceitos, justifica ou impõe a intervenção dos diversos poderes públicos para a

⁸⁴ Somente que a Constituição portuguesa, como as outras, continua a conferir ao Parlamento o poder de concretizar, regular, harmonizar e restringir os direitos fundamentais — sem falar nos direitos sociais a prestações, em que dá não só ao Parlamento, mas também ao Governo, a possibilidade de conformação do conteúdo —, e impõe-lhe, mesmo, deveres de proteção contra outros particulares, em termos de interferir restritivamente na liberdade destes, ou seja, na liberdade de todos.

solução desses conflitos. Destarte, estes paradoxos não são verdadeiras contradições, nem entregam os direitos fundamentais nas mãos do inimigo potencial, num sistema em que exista uma *fiscalização judicial* (independente) da constitucionalidade das leis e, em geral, do cumprimento da Constituição pelas diversas autoridades públicas. Mas eles colocam problemas complicados de interpretação e de aplicação do Direito, mormente quanto às relações entre as normas constitucionais e as normas legislativas, além de outros, não menos difíceis, de divisão e de equilíbrio entre os poderes públicos, em especial entre os órgãos de soberania.

O conceito de dignidade humana condensa, no sentir doutrinário de HELENA REGINA LOBO DA COSTA⁸⁵, uma vasta e complexa riqueza de conteúdo, e para que a sua aplicação sistemática seja possível, é preciso investigar a sua natureza jurídica. Nesta perspectiva, a *dignidade humana*, no sentido de *atributo da pessoa* referente à sua *singularidade*, é o fundamento jurídico de inúmeras normas, além de conferir legitimidade ao Estado, por meio da limitação dos seus poderes em face da pessoa, porque ela é, na lição de Miguel Reale, "o valor-fonte, ou seja, aquele do qual emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia enquanto não se desligam da raiz de que promanam"⁸⁶. Acresce que, além desta carga de *fundamentação* e de *legitimação*, a dignidade humana é *norma jurídica*, impondo-se ressaltar que ela não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico, tendo *força normativa concreta*. Assim, se na doutrina desenvolvida no pós-guerra houve quem defendesse⁸⁷ que a dignidade humana possuía força meramente declaratória, na atualidade não há mais espaço para esta interpretação. Neste passo, a dignidade humana tem carga deontológica e, segundo Hesse, está distante de uma fórmula abstrata ou mera declaração, à qual falta significado jurídico. Tratando-se, pois, de *norma jurídica*, impende verificar a sua *natureza*, se *princípio* ou *regra*, para o que diversos autores propuseram critérios distintivos. Assim é que, para Karl Larenz, os *princípios* instituem *fundamentos* para a *aplicação do direito*, âmbito em que a dignidade humana configura como um dos *princípios mais gerais e abstratos* do pensamento jurídico, ao lado

⁸⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 33-42.

⁸⁶ REALE, Miguel - **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologia**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 33.

⁸⁷ No ponto, LOBO DA COSTA refere-se à doutrina de Günther Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana estrutura todo o sistema de valores contido na Constituição, porém não gera qualquer direito, possuindo caráter declaratório, âmbito em que estes valores têm caráter objetivo e, independentemente de serem observados, são imutáveis. Assim, o sistema de valores estruturado com base na dignidade humana gera direitos subjetivos, podendo se concretizar (DÜRIG, Günther - *Op. cit.*, p. 117-157, *passim*). Cfe. já deixamos retro assentado, há controvérsia entre Nuno Manuel Pinto Oliveira (*Op. cit.*, p. 150-152) e Lobo da Costa sobre o pensamento de Günther Dürig nos lindes da natureza jurídica e das eficácias do princípio da dignidade da pessoa humana.

dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social, servindo como um *fio orientador da concretização* das demais normas jurídicas e orientando a justificação de decisões judiciais. No entanto, por lhe faltar uma *hipótese de incidência* e uma *consequência jurídica*, Larenz entende que os *princípios* não determinam comportamentos específicos, mas somente a direção para a aplicação das regras. De outra parte, Alexy conceitua os *princípios jurídicos* como *normas* que contêm *mandados de otimização* que devem ser realizados na medida das *possibilidades fáticas e jurídicas*. As regras, por sua vez, são *prescrições imperativas* de conduta aplicáveis segundo a lógica do *tudo ou nada*: ou são cumpridas, ou não o são. No pertinente à dignidade humana, Alexy⁸⁸ afirma tratar-se de *norma de dupla estrutura*: é *norma* e *princípio*. Neste âmbito, o *conteúdo da regra da dignidade* é *definido* a partir da *ponderação do princípio da dignidade*, sendo a *regra absoluta e intangível*, nos termos da Lei Fundamental alemã. Por sua vez, ainda segundo Alexy, o *princípio da dignidade* não é absoluto, até porque o inverso contrariaria a sua definição de princípio. Canotilho⁸⁹, por sua vez, entende tratar-se de *princípio jurídico fundamental*, sendo um dos "princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional". A partir da crítica das concepções tradicionais e objetivando superar a rigidez da *dicotomia* entre regra e princípio, Humberto Ávila⁹⁰ concebe uma *divisão tripartida* entre as *categorias de normas jurídicas*, que podem ser *regras*, *princípios* e *postulados normativos*. Assim, segundo Ávila — prossegue a jurista em epígrafe —, as *regras* são *normas imediatamente descritivas*, pois *prescrevem ou proíbem* comportamentos *determinados*, nelas *descritos*. Além disso, referem-se precipuamente a *comportamentos já conhecidos* pelo legislador e, na sua *aplicação*, deve ser verificada a *correspondência* entre a *construção normativa* e a *construção dos fatos*. Os *princípios*, por sua vez, são *normas imediatamente finalísticas*, que estabelecem um *estado ideal de coisas*, um *fim a ser atingido* que impõe a *realização de certos comportamentos*, que, no entanto, *não são especificamente descritos* pelo legislador, mas são *prescritos em razão do seu fim*, em cuja *aplicação* será necessário verificar a *correspondência* entre o *estado de coisas a ser atingido* e a *conduta reputada necessária para a sua promoção*. Neste norte, os *postulados normativos* são *metanormas*, pois *estruturam o modo* pelo qual *outras normas*

⁸⁸ ALEXY, Robert - *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81 e ss., e 108-109, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. GOMES - *Direito Constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 170, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 35.

⁹⁰ ÁVILA, Humberto - *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61-63, 67, 70, 80 e 119, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 35-36.

devem ser *aplicadas*, situando-se em um *plano diverso* daqueles que correspondem, respectivamente, às *regras* e aos *princípios*. Assim, considerando que as *normas* são *produtos* de um trabalho feito pelo *intérprete* a partir do *dispositivo legal*, com ele não se confundindo, Ávila destaca que um mesmo *dispositivo* pode gerar, ao mesmo tempo, mais de uma espécie normativa, pois "O que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado* para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos"⁹¹.

Assim, na classificação de Humberto Ávila e no entendimento de HELENA REGINA LOBO DA COSTA, o *postulado* da dignidade humana é uma *metanorma*, gerando não apenas *normas principiológicas*, mas também *postulados normativos*. Com efeito, leciona a referida jurista, por via do art. 1.º, inc. III, da Constituição da República, a dignidade humana tem uma forte carga de fundamentação jurídica, mormente quanto à limitação do poder do Estado, de um lado, e o dimensionamento dos direitos fundamentais, de outro, traduzindo uma escolha política elementar: a de que o Estado e a sociedade estão nuclearizados na pessoa e têm por escopo não só o seu respeito, mas também a promoção de uma vida em dignidade, legitimando a asserção de que o Estado constitui a sua causa primeira e última na pessoa, que, perante ele, é um fim, e não um meio. Isto porque, na atualidade, não mais se concebe o Estado de Direito como uma construção formal, sendo necessário que o Estado respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais, sob pena de não ser considerado um Estado de Direito em sentido material, que se legitima não somente pela subordinação à lei, mas, também, modo simultâneo, pela adstrição a determinados valores fundamentais substanciados na dignidade humana. E a dignidade humana como fundamento não se resume, tão somente, a traduzir e expressar escolhas políticas, desempenhando, também, importante função no plano estruturante dos direitos fundamentais, pois deles é fundamento filosófico e jurídico, no mesmo passo que, resultante de construção histórica gradual, deve ser interpretada de modo objetivista, pois, como leciona Jorge Miranda, os *princípios fundamentais* são "Princípios directivos, elementos de uma decisão constituinte consciente e autónoma, efectivas traves-mestras de um edifício erguido pedra a pedra e que carecem de ser historicamente localizados - mesmo se não podem deixar de ser submetidos a

⁹¹ ÁVILA, Humberto - *Op. cit.*, p. 61-62, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 36.

uma rigorosa interpretação objectivista, única capaz de fornecer resultados harmoniosos e consequentes"⁹². Neste passo, LOBO DA COSTA reitera que o *postulado normativo da dignidade humana* opera como *metanorma* e indica como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas, cujo principal âmbito de aplicação ocorre no plano dos direitos fundamentais, não ficando excluídas, todavia, as demais normas constitucionais e infraconstitucionais. No entanto, esta função não deve ser confundida com as *funções* desempenhadas pela dignidade humana como *princípio*, pois o *princípio da dignidade humana* contém grande *densidade semântica* (*sobreprincípio*), constituindo *princípios de menor densidade* cujo sentido conforma e aos quais confere unidade. Modo diferenciado ocorre com o *postulado normativo da dignidade humana*, que *estrutura a interpretação e aplicação* de outras normas, especialmente dos *direitos fundamentais*⁹³, de três formas: aumentando o seu âmbito de aplicação, reduzindo-o ou auxiliando na resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Nesta toada, a *Magister* da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco traz à colação da sua doutrina os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹⁴, no sentido de que, "Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais". Averbando, ademais, que Canotilho⁹⁵ delimita a dignidade na definição dos seus elementos, a saber: (a) integridade física e intelectual; (b) *livre desenvolvimento da personalidade*; socialidade (condições mínimas de existência); (c) *autonomia individual*; e, por fim, (d) *igualdade formal*, dentre os quais pelo menos três deles mantêm uma conexão etiológica direta com os temas principais investigados neste trabalho.

⁹² MIRANDA, Jorge - **A Constituição de 1976 - Formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa: Petrony, 1978, p. 259, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 37.

⁹³ LOBO DA COSTA averba que, sobre essa distinção, Humberto Ávila adverte que os *postulados normativos* não "funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de *sobreprincípios*, como o princípio do Estado de Direito e do devido processo legal. Isso porque esses *sobreprincípios* situam-se no próprio nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os *sobreprincípios* funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os *postulados normativos* funcionam como estrutura para aplicação de outras normas" (ÁVILA, Humberto - *Op. cit.*, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 39).

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. I**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 70, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 40.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES - **Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 363, *apud* COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 56.

Dentre exaustiva indexação de processos objetivos sediados na via de fiscalização concentrada do sistema judicial de controle de constitucionalidade, LOBO DA COSTA resgata paradigmas jurisprudenciais da Corte Constitucional alemã, dando a conhecer que "em diversos acórdãos se afirmou que a imagem do homem na Lei Fundamental não é a daquele homem isolado, do indivíduo soberano, centrado em si, mas sim a da pessoa comprometida com a comunidade, que, por sua vez, não a instrumentaliza. A sociedade constituiria, assim, mais do que um agregado de indivíduos isolados motivados pelo interesse próprio e o desejo de manipular um ao outro por motivos puramente pessoais. A dignidade humana reside não apenas na individualidade, mas também na sociabilidade, determinando a proteção da personalidade e da liberdade individual, assim como dos bens da relação entre as pessoas, da família, da participação, da comunicação e da civilidade".⁹⁶

Neste norte, concluindo a primeira etapa da nossa investigação, retornamos ao magistério de PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO⁹⁷, para reafirmar que, no estudo da denominada *principiologia dos contratos*, "pairando sobre todos os princípios supramencionados⁹⁸, dando-lhes dimensão constitucional, está o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que jamais poderá ser esquecido, pois, indiscutivelmente, servirá de medida para toda a investigação que fizermos a respeito de cada um dos princípios contratuais acima elencados".

⁹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da - *Op. cit.*, p. 41.

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 396.

⁹⁸ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO aludem, no ponto, aos princípios da autonomia da vontade ou consensualismo, da força obrigatória do contrato, da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

2.1 Princípio da função social dos contratos: dimensões constitucionais e juscivilistas

Com especial ênfase na área de concentração dos negócios jurídicos contratuais, o direito das obrigações disciplina os processos de circulação de riquezas entre as pessoas físicas e jurídicas, naturais ou coletivas, em razão do que também regulamenta as situações de transmissão de bens e direitos entre os patrimônios dos sujeitos envolvidos nas relações jurídicas estabelecidas. Isto não significa dizer, naturalmente, que a finalidade das obrigações consista na formação de patrimônio ou na obtenção de vantagens que a ele se incorporem ou venham a servi-lo, inclusive porque se sucede, nas diversas relações obrigacionais de direito privado, a realização de deveres de conteúdo econômico, vantagens e desvantagens patrimoniais, atendendo a diferentes fins pretendidos por credor e devedor. No magistério de BRUNO MIRAGEM⁹⁹, estas características exigem que se vincule a compreensão do direito das obrigações, bem assim a interpretação e a aplicação das suas normas, a certos e determinados valores expressos no ordenamento jurídico, a partir da Constituição. Neste norte, para o direito obrigacional, releva a *disciplina da propriedade privada* e da *livre iniciativa* segundo os seus marcos constitucionais, âmbito em que o art. 1.º da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) prescreve, como *fundamentos* do Estado, a *dignidade da pessoa humana* (inciso III) e os *valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa* (inciso IV), ademais de garantir, no seu art. 5.º, incisos XXII e XXIII, o *direito de propriedade*, todavia vinculando o seu exercício ao atendimento da sua *função social*. De outra parte, mas no mesmo sentido, o art. 170 da CRFB, ao definir os *princípios gerais da atividade econômica*, estabelece que a *ordem econômica* funda-se na *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos uma *existência digna* e conforme os ditames da *justiça social*, observados os *princípios de soberania nacional* (inciso I), *propriedade privada* (inciso II), *função social da propriedade* (inciso III), *livre concorrência* (inciso IV), *defesa do consumidor* (inciso V), *defesa do meio ambiente* (inciso VI), *redução das desigualdades regionais e sociais* (inciso VII), *busca do pleno emprego* (inciso VIII) e

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno - **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41-42.

tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX), sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (parágrafo único). Para mais disto, todas essas normas e mais outras, a exemplo do direito fundamental de *defesa do consumidor* (CRFB, art. 5.º, XXXII), ou dos *direitos sociais* (CRFB, art. 6.º), repercutem com diferentes intensidades no direito das obrigações e na sua conformação infraconstitucional, daí resultando a *delimitação da autonomia privada* como uma das principais expressões na *formação* e nos *efeitos* das relações jurídico-obrigacionais, âmbito em que a legitimidade dos interesses econômicos de que são titulares os sujeitos dessas relações subordinam-se a este conjunto de normas, sob o signo principal da *liberdade de iniciativa econômica*. Neste sentido, o exercício da liberdade deve harmonizar-se com esse rol de direitos e garantias expressos na Constituição da República e desenvolvidos no plano infraconstitucional em diferentes estatutos legislativos, como é o caso da Lei de Defesa da Concorrência e do Código de Defesa do Consumidor. Da mesma forma, o direito das obrigações — e a sua conformação no direito privado, a partir do Código Civil de 2002 — serve de base conceitual para as relações jurídico-obrigacionais estabelecidas segundo os preceitos das mais variadas disciplinas jurídicas. Assim, por ilustração, em relação obrigacional que envolve o Estado, no âmbito do direito público — v.g.: a obrigação tributária e uma série de situações que vinculam Estado e cidadão nos lindes do direito administrativo —, em que a base conceitual será do direito das obrigações desenvolvido historicamente nos marcos do Direito Privado.

Apresentar um conceito subsume tarefa das mais complexas e intrincadas na doutrina. Com esta observação preliminar, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO¹⁰⁰ lecionam que o contrato é uma espécie de negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, *limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva*, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, conforme a autonomia das suas próprias vontades. Daí que não há falar em contrato sem que haja *manifestação de vontade*, pois sem um *querer humano* não há negócio jurídico e, não existindo negócio, não há contrato. Ocorre que essa manifestação de vontade deverá fazer-se acompanhar pela *consectária responsabilidade* na atuação do contratante, derivada do respeito e observância a

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 391-395. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral**. 13.ª ed. rev. e atual. - de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53-54.

normas superiores de *convivência* com assento, inclusive e muito especialmente, na própria Constituição Federal. Em perspectiva civil-constitucional, o contrato caracteriza a espécie mais importante de negócio jurídico e afirma-se socialmente como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com o objetivo de produzir pacificação social e desenvolvimento econômico, em razão do que deve ser considerado um instrumento de *realização*, não de *opressão*, ainda que não seja raro um dos contraentes pretender usá-lo como um açoitado, a fim de subjugar a parte economicamente mais fraca, hipossuficiente, em franca violação à sua *função social* constitucionalmente definida, consoante retro assentado.

Neste sentido, pois — prosseguem os doutrinadores em epígrafe —, o raciocínio é silogístico: se esta espécie de negócio jurídico serve de veículo de manifestação do direito de propriedade *socializado* na Carta Magna de 1988, não há dúvida de que o contrato acabaria por trilhar, em consequência, idêntico caminho, vindo a calhar, no ponto, a preleção de JOÃO DA HORA NETO¹⁰¹, segundo a qual, "Em verdade, se é certo que a Carta Magna de 1988, de forma explícita, condiciona que a livre-iniciativa deve ser exercida em consonância com o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), e, uma vez entendida que a propriedade representa o segmento *estático* da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato, enquanto segmento *dinâmico*, implicitamente está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato é um instrumento poderoso da circulação da riqueza, ou melhor, da própria propriedade". O fenômeno de *socialização* de institutos jurídicos de Direito Privado não é novo no Brasil, vindo à colação inferencial do *thema*, sob enfoque de estrito cunho historicista, a doutrina de CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁰², no sentido de que "Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador de interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada *função social do contracto*. E para avaliar a sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negócio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossível será desconhecer que também lhe cabe essa nobre *função socializadora*".

¹⁰¹ HORA NETO, João - O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. RT, 2002, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 392.

¹⁰² BEVILÁQUA, Clóvis - **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 211, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 392.

Nesta toada, os ilustres doutrinadores baianos¹⁰³ lecionam que a *dimensão da socialização do contrato* não se limita à ideia de *harmonização de interesses contrapostos*, pois a sua denominada *função social* não se centra exclusivamente nisto, uma vez que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu os operadores do Direito a repensar a *função social da propriedade* e, nesta esteira, toda a ideologia assentada em torno do contrato passou a ser revisitada com fundamento no *princípio da dignidade da pessoa humana*. Destarte, num Estado Democrático de Direito autêntico, o contrato somente atenderá à sua função social quando, *sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada*:

- (a) respeitar a *dignidade da pessoa humana*: traduzida esta, sobretudo, nos direitos e garantias fundamentais;
- (b) admitir a *relativização do princípio da igualdade das partes contratantes*: ínsita e somente aplicável aos contratos *autenticamente paritários*, que na atualidade são minoria;
- (c) consagrar uma *cláusula implícita de boa-fé objetiva*: ínsita em todo contrato bilateral e impositiva dos *deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação*;
- (d) respeitar o *meio ambiente*;
- (e) respeitar o *valor social do trabalho*.

Por conseguinte, a reunião de todas estas circunstâncias, *cumulativamente*, resultará na modelagem e formatação do *princípio da função social dos contratos*, tal como assentado no art. 421 do Código Civil (CC) brasileiro — que será abordado mais adiante, em vertente doutrinária outra —, cujo preceito desenha os contornos mandatórios de exercício da autonomia privada e da livre-iniciativa, consoante leciona NELSON NERY JR.¹⁰⁴, pois "A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e se compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou na '*Jornada de Direito Civil*', como se pode verificar: *Jornada 23: 'A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil vigente, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana'*". Portanto, sob uma perspectiva mais estrutural, o contrato pode ser reconceituado, genericamente, como um negócio jurídico bilateral, por meio do qual

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 393-394. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 55-56.

¹⁰⁴ NERY JR., Nelson. Contratos no Código Civil - In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.) - **O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 421, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 393.

as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um *dever jurídico principal* (de dar, fazer ou não fazer) e *deveres jurídicos anexos*, decorrentes da *boa-fé objetiva* e do superior *princípio da função social*¹⁰⁵.

Neste contexto, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO¹⁰⁶ anotam as naturais dificuldades de definir a *função social do contrato*, o que não impede, no entanto, que ela seja *delimitada* no espaço jurídico de atuação em que se projeta. Nesta toada, em primeiro lugar, a socialização da ideia de contrato na sua *perspectiva intrínseca*¹⁰⁷ propugna por um tratamento idôneo das partes, considerando, inclusive, a eventual desigualdade real de poderes contratuais entre elas, âmbito em que o trato ético e leal deve ser por elas observado, em respeito à cláusula de boa-fé objetiva.

Assim, a relação contratual deverá compreender os *deveres jurídicos gerais* e de cunho patrimonial (dar, fazer ou não fazer), ainda levando em consideração os *deveres anexos ou colaterais* que derivam dessa *função social*. Com isso, ressurgem na sua plenitude obrigações esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato, a exemplo dos *deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade*, dentre outros, em decorrência do *princípio magno de proteção da dignidade da pessoa humana*. Em segundo lugar, o contrato é considerado não só um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social, alavancando a economia e a sociedade¹⁰⁸, todavia sempre devendo estar vinculado ao desenvolvimento sustentável, racional e equilibrado, de par com os seus compromissos extrínsecos com a conjuntura social que lhe dá ambiência e que repele, naturalmente, por exemplo, a pretexto de uma livre-iniciativa predatória, violações à livre concorrência, às leis de mercado, aos postulados de defesa do consumidor, às leis ambientais e às leis trabalhistas, dentre outras. Ainda nesse contexto, resulta claro que o *princípio da função social do contrato* mantém um diálogo permanente com os *princípios da*

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 393-394. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 56-57.

¹⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 403-405. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 83-88.

¹⁰⁷ HUMBERTO THEODORO JR., remetendo-se à doutrina de PAULO NALIN sobre a delimitação das bases de inteligência do contrato, anota que a sua função social manifesta-se em dois níveis: (a) intrínseco: o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando uma equivalência material entre os contratantes; (b) extrínseco: o contrato em face da coletividade, visto sob o aspecto do seu impacto eficaz na sociedade em que celebrado (THEODORO JR., Theodoro - **O Contrato e a sua função social**. São Paulo: Forense, 2003, p. 43, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 404).

¹⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 405-406. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 87-88.

autonomia da vontade (ou *autonomia privada*) e do *pacta sunt servanda*, apenas que temperando-os e vocacionando-os ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial colimado pelas partes contratantes. Por isto mesmo, o *princípio da função social do contrato* é, antes de tudo, um *princípio jurídico cumulativo e de conteúdo indeterminado*, compromissado com a ideia de *impor limites à liberdade de contratar com a finalidade de preservar o bem comum*, na exata dicção do preceito ensartado no art. 421 do Código Civil de 2002, ao normatizar (princípio e regra) que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"¹⁰⁹.

Bem por isto, introduzindo o *thema* que investigaremos nas seções subsequentes deste trabalho, vem a calhar a abordagem de KARINA NUNES FRITZ¹¹⁰ sobre a correlação do princípio da boa-fé objetiva com os direitos fundamentais e a influência que a Constituição exerce nos lindes do Direito Privado.

Nesta toada — leciona a autora —, a boa-fé objetiva, enquanto mandamento de atuação leal, reta e honesta na vida jurídica, considerando o outro como pessoa e respeitando os seus interesses legítimos, é uma decorrência lógica do reconhecimento da *dignidade* e da *personalidade humana* como *núcleo fundamental de toda a ordem jurídica*, pois na própria ideia de boa-fé está ínsita a necessidade de respeitar a dignidade e a personalidade do parceiro, não se podendo pensar em total respeito à pessoa e sua dignidade sem que haja uma atuação honesta e leal para com ela. Destarte, a *dignidade da pessoa humana*, valor e *princípio* supremo do *ordenamento jurídico*, não se realiza somente no *plano constitucional*, através da proteção do indivíduo frente ao Estado, mas também no *plano infraconstitucional*, especialmente no Direito Privado, campo onde a pessoa humana atua com preponderância, em função da liberdade de ação pessoal e da autonomia privada, relacionando-se com os demais membros da sociedade e os seus grupos sociais. Portanto, é também no campo privado, e não apenas no público, que se realizam violações à dignidade e personalidade humanas.

Vale dizer, reiterando: não somente o Estado, mas também o particular — aí incluídos, principalmente, os grandes grupos de poder privado —, podem violar os direitos fundamentais do indivíduo. Nesta ordem de coisas, não apenas o direito público, mas também o direito privado, precisam proteger o indivíduo contra ataques realizados por particulares a bens constitucionalmente assegurados, âmbito em que uma das substantivas questões que se

¹⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 405-409. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 86-89.

¹¹⁰ FRITZ, Karina Nunes - **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual - A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 118-120.

coloca ao Direito Privado do século XXI reside em saber e definir de que modo é possível concretizar, no Direito Civil, os valores constitucionais contidos nos direitos fundamentais, trasladando-os do plano constitucional para o infraconstitucional.

No Brasil — prossegue a jurista em epígrafe —, esta problemática tem despertado iterativa atenção de parte significativa da Academia Jurídica, conduzindo doutrinadores de nomeada à demonstração da necessidade de se interpretar o Direito Civil à luz da Constituição, a exemplo da vasta produção intelectual produzida por Ingo Wolfgang Sarlet, Gustavo Tepedino, Renan Lotufo e Judith Martins-Costa, dentre outros não menos importantes, nos quais se incluem, naturalmente — agregamos nós —, todos os juristas cujas obras são citadas nesta investigação. Neste passo, portanto, NUNES FRITZ anota terem surgido substanciais estudos demonstrativos de que o Direito Civil não mais pode ser interpretado a partir dos parâmetros do Código Civil, que sempre foi considerado o *centro* de todo o sistema jurídico de Direito Privado, pois a Constituição Federal de 1988 disciplina matérias de natureza civil nas normas de direitos fundamentais constantes no art. 5.º, dentre outros, do texto constitucional, sendo impostergável interpretar o Direito Privado em estreita e harmonizada consonância com os fundamentos, princípios e regras da Carta Magna. Assim, o Direito Privado constitui um setor de excelência no bojo do qual se processam as relações intersubjetivas, por isto mesmo sendo um campo fértil para a incidência dos valores expressos nos direitos fundamentais que se irradiam por todos os ramos da árvore jurídica, em que se inclui, por óbvio, o direito das obrigações. Nesta toada, a influência da Constituição sobre o Direito Civil é uma realidade jurídica inegável, justificada, inclusive, em perspectiva histórica, pelo abandono da sua clássica concepção representativa de mera norma de organização estatal ou técnica de organização de poder característica do Estado Liberal, sendo catapultada, na abalizada dicção do Mestre Paulo Bonavides, à contemporânea compreensão de *norma jurídica fundamental de uma Nação*, dotada de eficácia normativa, disciplinadora da estrutura do Estado e garantidora dos direitos mais elementares dos cidadãos. Sob prisma histórico — prossegue a autora —, a doutrina da supremacia da Constituição foi deflagrada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, sob cujo impulso vários países incluíram no seu texto constitucional um *rol de direitos fundamentais* com o escopo de *proteger o cidadão frente ao Estado*, dando ensejo à afirmação de que a primeira e mais importante *função dos direitos fundamentais* reside na sua *função defensiva*, servindo como direitos e garantias de defesa do cidadão frente ao poder público.

Nesta ordem de abordagens sobre a natureza jurídica, fundamentos, conceitos e características orgânico-funcionais que consorciavam os direitos da personalidade e o postulado

da dignidade da pessoa com o princípio da função social dos contratos de direito privado, o estudo de convergências prossegue com a investigação do princípio da boa-fé objetiva neste sistema obrigacional no Brasil e em Portugal.

2.2 Precedentes históricos do princípio da boa-fé objetiva

Consoante leciona DANIEL USTARRÓZ¹¹¹, a tutela da boa-fé não é uma criação da modernidade ou da era contemporânea, pois a sua proteção está presente desde os usos e sistemas mais antigos, a exemplo do Código de Hamurabi, elaborado na Mesopotâmia em época ao redor de 1750 a.C., no território próximo onde hoje se situa o Iraque. No entanto, é impossível catalogar todas as manifestações do princípio da boa-fé nas legislações históricas, mas uma mirada nos seus antecedentes ajuda a compreensão do seu papel no Código Civil atual e oferece horizontes interpretativos, pois se trata de um princípio que, ao lado da autonomia privada, é considerado fundamental no direito obrigacional, sendo partilhado no ordenamento jurídico da maioria dos países. Assim, o Código Napoleônico de 1804 faz alusão à boa-fé e ao dever de prestar de boa-fé em diversos dos seus dispositivos, todavia sendo ambas valorizadas pelo seu valor subjetivo, como contraponto à má-fé do agente, querendo significar que o direito deveria estimular a convivência tranquila e sincera das pessoas, reprovando as condutas que se afastassem desse ideal de comportamento, refletindo as estruturas econômicas da sociedade francesa do final do século XVIII, ainda agrária e artesanal, portanto indutora de litígios entre sujeitos identificáveis. Nesse contexto, o fundamento central da responsabilidade residia na culpa, de sorte que a interpretação do conceito de boa-fé seguia a linha do sistema, em que a boa-fé subjetiva ligava-se intimamente com a animosidade do sujeito, portanto sem qualquer condições para se afirmar uma teoria objetiva da boa-fé, que se desligasse do elemento vontade, focalizando a sua atenção na comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar de um homem razoável, médio, não reticente, bom pai de família, ou outro *standard* que se aplicasse à espécie na época. Nessa toada, o quesito incidia sobre a intenção de prejudicar (*animus nocendi*, *l'intention de nuire*), orientando-se para o campo do abuso de direito. Não é possível olvidar, ainda no ponto, o novo modelo de juiz criado pela Revolução Francesa, de combate à corrupção endêmica da magistratura do *Ancien Régime*, motivo a mais para que não invadisse o conteúdo particular dos contratos. Na Alemanha, quase um século depois, o Código Civil

¹¹¹ USTARRÓZ, Daniel - **Direito dos Contratos: Temas Atuais**. 2.^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17-23.

(BGB/1900) consagrou o princípio da boa-fé objetiva em dois parágrafos, ordenando que credor e devedor estavam obrigados a agir de acordo com os bons costumes e os ditames da boa-fé objetiva, a fim de resguardar os legítimos interesses do *alter* no negócio (§ 242), bem assim regulando a interpretação dos contratos e prescrevendo que "os contratos devem ser interpretados de acordo com a confiança e a boa-fé" (§ 157). Portanto, já na esfera de influência da revolução industrial, o sistema do BGB era bem interessante, pois, *de um lado*, ao cuidar da responsabilidade civil delitual, caracterizava um ordenamento legal fechado, prevendo e dispondo, de antemão, sobre as hipóteses do dever de indenizar, e, *de outra banda*, no âmbito do direito contratual, instituía um *sistema aberto*, mediante a utilização de *normas jurídicas indeterminadas, princípios e cláusulas gerais*, abrindo amplo espaço para que a doutrina e a jurisprudência criassem o Direito e concretizassem as *cláusulas gerais* contempladas no ordenamento jurídico-legal. O certo é que, a partir dessas *cláusulas gerais* dispositivas, que regulavam uma inédita figura batizada de *Leistung nach Treu und Glauben* (§ 242 do BGB: em sentido livre, "prestação segundo a boa-fé")¹¹², os juristas tedescos começaram a identificar *obrigações anexas*, não expressas nos contratos, todavia decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, prescindindo, assim, da vontade dos contratantes. Na precisa expressão de Clóvis do Couto e Silva, o *princípio da boa-fé objetiva* começava a ser *reconhecido* como uma *fonte autônoma de direitos e obrigações*. Assim, na Alemanha, a doutrina da boa-fé objetiva serviu para fundamentar indenizações devidas a partir da *celebração de contratos posteriormente declarados nulos*, da *divulgação de informações sigilosas*, de *danos ocasionados a clientes de estabelecimentos comerciais*. Bem a propósito, USTARRÓZ traz à colação excerto doutrinário de Judith Martins-Costa, no sentido de que "a dicção ousada, inovadora, criativa [da jurisprudência tedesca], conduziu ao tratamento das questões atinentes ao desequilíbrio contratual, à revisão equitativa do negócio ou à sua resolução quando, modificadas as circunstâncias originais, restava destruído o sinalagma da troca, a proibição das cláusulas abusivas e ao desenvolvimento da teoria da culpa *in contrahendo* formulada no século XIX por von Jhering, entre outros avanços. Por via judicial, assim, uma série de máximas jurídicas, exprimindo juízos de valor que os códigos oitocentistas não previram expressamente, ingressaram nos ordenamentos enucleadas no

¹¹² Bem a propósito, JUDITH MARTINS-COSTA leciona que "A fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar a *ideia de fidelidade* ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as *ideias de lealdade* (*Treu* ou *Treue*) e *crença* (*Glauben* ou *Glaube*), as quais se reportam a *qualidades ou estados humanos objetivados*" (MARTINS-COSTA, Judith - **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 124 - as ênfases são nossas, excepcionadas as palavras em língua alemã).

dever de correção assentados como ponto cardeal da relação obrigacional"¹¹³. Enfim, na esteira dos ensinamentos da *jurisprudência concretizadora alemã* e das *cláusulas gerais* introduzidas na codificação desse país, os principais ordenamentos europeus foram assimilando, paulatinamente, a necessidade de elaborar *cláusulas e princípios gerais* próprios de *sistemas normativos abertos*, pois dessa forma a *amplitude da realidade* poderia ser melhor percebida pelo sistema jurídico. Embora fruto de um momento histórico conturbado, o Código Civil italiano de 1942 recepcionou a boa-fé, prescrevendo que as partes envolvidas em relações obrigacionais deveriam comportar-se *segundo as regras de correção*, com o que os contratantes assumiriam *obrigações laterais*, exigíveis *antes, durante* e mesmo *após* a execução do contrato, ainda anotando-se que o seu art. 1.337 dispõe, modo expresse, sobre a responsabilidade surgida na *fase pré-contratual*, ainda no *período de tratativas*.

Mais recentemente — prossegue DANIEL USTARRÓZ —, no Código Civil português de 1966¹¹⁴, concentram-se valiosas tentativas de positivação definitiva do princípio da boa-fé objetiva, de fundamental importância integrativa perante o princípio da autonomia da vontade nas relações obrigacionais. Assim, o seu foco na tutela da confiança pode ser observado em vários dispositivos, a exemplo do art. 227.º/1¹¹⁵, que regula a culpa na formação dos contratos, do art. 239.º¹¹⁶, que trata da interpretação dos contratos, e do art. 762.º/2¹¹⁷, cujo preceito funciona como corolário das normas retro mencionadas. Não se olvide, no ponto, ademais, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que instituiu o *regime das cláusulas contratuais gerais* em Portugal, tampouco a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, do Conselho das Comunidades Europeias, reguladora das *cláusulas abusivas* nos contratos celebrados com os consumidores. Nesta toada, Mário Júlio de Almeida Costa sublinha dois momentos para a *concreção da boa-fé*, lecionando que ela implica "uma espécie de valoração jurisprudencial ético-jurídica para a solução do caso concreto. Quer dizer, o

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith - **A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística**. p. 149, *apud* USTARRÓZ, Daniel - **Op. cit.**, p. 20.

¹¹⁴ CLÓVIS DO COUTO E SILVA averba, a respeito: "O Código Civil português é uma obra admirável, de uma plêiade excepcional de juristas que Portugal possui e que, num trabalho de mais de vinte anos, produziu um excelente código, cuja excelência se mede também pelo alto nível das obras que, com base nele, foram escritas" (SILVA, Clóvis do Couto e - O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.] - **Op. cit.**, p. 45-46).

¹¹⁵ "Artigo 227.º - **Culpa na formação dos contratos** - 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. [...]."

¹¹⁶ "Artigo 239.º - **Integração** - Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta."

¹¹⁷ "Artigo 762.º - **Princípio geral** - 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé."

acento tónico ético-valorativo coloca-se, respectivamente, no momento da feitura da lei e no momento judicial da decisão."¹¹⁸

Na América Latina, não é raro encontrar menção legislativa ao princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva, a teor dos ordenamentos da Argentina e do Brasil, dentre outros países. Na Ásia e na Europa Oriental, este princípio também está presente, o que se verifica, ademais, nos atuais projetos de unificação de sistemas jurídico-legais, nomeadamente na Europa continental, em que os *princípios de direito europeu dos contratos*, na vertente elaborativa da denominada "*Comissão Ole Lando*" — que teve por missão proceder à análise comparada da legislação dos Estados-membros da União Europeia, tendo por finalidade desenvolver os *princípios fundamentais do Direito contratual europeu na parte referente à parte geral dos contratos*¹¹⁹ —, estabelecem que "*as partes devem agir no respeito à boa-fé e à correção*", âmbito em que "*as partes não podem excluir ou limitar esse dever*" (art. 1:201, 1 e 2), ainda impondo a *colaboração alheia*, a fim de que cada parte consiga cumprir a sua obrigação (art. 1:202). Da mesma forma, os princípios do UNIDROIT preconizam a atuação conforme à boa-fé e os melhores usos do comércio internacional, salientando que as partes *não podem* excluir ou reduzir a abrangência dessa norma (art. 1.7, 1 e 2). Na ordem jurídica interna da França, o projeto "*Pierre Catala*" — de reforma do direito obrigacional francês — contempla a proposição do art. 1.134, para reconhecer que as convenções legalmente formadas têm valor de lei em relação àqueles que a elaboram, não podendo ser modificadas ou revogadas, salvo previsão legal ou consentimento mútuo, merecendo execução de boa-fé (*elles doivent être exécutées de bonne foi*)¹²⁰.

Em termos de precedente histórico com paradigma singular, o direito obrigacional francês apresenta uma vertente legislativa e doutrinária com contornos bastante diferenciados em relação à maior parte dos ordenamentos positivos dos países europeus continentais filiados à família do *civil law*, de cariz romano-germânico. Bem por esta singularidade, entendemos

¹¹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das Obrigações**. 8.^a ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 97, *apud* USTARRÓZ, Daniel - **Op. cit.**, p. 23. Nossa edição de consulta à referida obra de Almeida Costa, *op. cit.* (12.^a ed. rev. e actual., 4.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, p. 114).

¹¹⁹ GLITZ, Frederico E. Z. - **Contrato, Globalização e Lex Mercatoria - Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCOTERMS (2010)**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012, p. 176-181. [Em linha]. [Consult. 5 Jan 2018]. Disponível na Internet: <https://books.google.com.br/books?id=16liBAAQBAJ&pg=PA177&lpg=PA177&dq=comiss%C3%A3o+Lando+na+europa&source=bl&ots=ICc2Yx_OFm&sig=x0sPDlogTy-2uULCU5e2F1i2JCg&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiy7OX5zMnYAhWEIpAKHd6VDBIQ6AEIJzAA#v=onepage&q=comiss%C3%A3o%20Lando%20na%20europa&f=false>

¹²⁰ Para aprofundamento do tema sobre direito europeu e normas comunitárias das obrigações de direito privado, vide António Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil - Direito das Obrigações - Vol. VI**. 2.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 2012, p. 149-240, e, nomeadamente, no ponto em tela, p. 241-261).

conveniente trazer à colação da nossa investigação o testemunho doutrinário de JEAN CALAIS-AULOY e FRANK STEINMETZ¹²¹, *verbis*:

" Il n'existe, en droit français, aucun principe général assurant directement l'équilibre du contrat. Du moment qu'elle résulte d'un convention de volontés, la convention fait la loi des parties, quelque avantage ou désavantage qu'elle présente pour les contractants. Chacun est censé être le meilleur juge de ses intérêts. D'où l'axiome classique: "Qui dit contractuelle, dit juste".

Diverses théorie auraient pourtant permis, si elles avaient été poussées plus loin, de lutter contre les déséquilibres contractuels.

La théorie de la lésion est la première d'entre elles. En certains droits étrangers, tout contrat peut être annulé ou révisé si la prestation de l'une des parties est disproportionnée par rapport à la prestation de l'autre¹²². En France, la lésion joue un rôle beaucoup plus réduit puisqu'elle ne vicie les conventions que dans certains cas particuliers (c. civ., art. 1118). Nous les retrouverons dans le chapitre sur le prix. Il a été jugé que la containte économique se rattache à la violence et non à la lésion.

Le principe de bonne foi aurait pu, aussi, conduire à sanctionner de façon générale le déséquilibre contractuel. Dans la formation du contrat, les parties doivent être de bonne foi¹²³, ce qui signifie qu'elles doivent se conformer à une certaine morale. Les tribunaux allemands utilisent directement ce principe pour éliminer les déséquilibres contractuels le plus choquants. Les tribunaux français hésitent à adapter la même attitude: la notion de bonne foi inspire sans doute certains règles ou certains décisions, mais elle ne constitue pas, en France, une technique juridique autonome.

Une autre théorie peut être rapprochée de la précédente: celle de l'abus de droit. Toute personne a le droit de proposer au public de conclure des contrats sur la base de conditions préétablies. Mais n'est-ce pas abuser de ce droit que de proposer des contrats gravement déséquilibrés, en jouant sur l'ignorance ou l'inexpérience des contractants éventuels? La question semble-t-il, n'a jamais été posée aux tribunaux, qui éprouvent d'ailleurs la plus grande répugnance à admettre l'abus de droit en matière contractuelle.

Reste la théorie de la cause. L'article 1131 du code civil énonce que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. Un contrat à titre onéreux est donc nul si l'obligation d'un contractant n'a aucune contrepartie. Entendue en ce sens, l'absence de cause est presque une hypothèse d'école. Mais une jurisprudence qui s'est formée dans les années 1990 se fonde sur l'article 1131 pour annuler les clauses qui contreviennent à un engagement essentiel, notamment celles visant à écarter ou limiter la responsabilité de l'un des contractants. Ce genre de clause se trouve souvent dans les conditions générales. Il ne faut cependant pas exagérer la portée de la jurisprudence qui se fonde sur la théorie de la cause: elle peut conduire à l'annulation de certaines clauses, mais non à l'élimination de tous les déséquilibres contractuels.

L'échec, au moins partiel, des théories précédentes, montre que le droit français classique préfère la sécurité des transactions à l'équilibre contractuel. Personne, dit-on, n'oserait contracter si le contrat pouvait toujours être remis en question par l'une des parties. Cette idée n'est pas fausse, mais elle risque, si elle est poussée trop loin, de mettre les contractants les plus faibles à la merci des plus puissants. C'est pourquoi, à défaut de principe général, trop dangereux par son imprécision, le droit positif récent accumule les règles particulières, dans le but de lutter contre tel ou tel déséquilibre."

Essa moldura refratária conduz, na avaliação de António Menezes Cordeiro, à modesta aplicação judicial da boa-fé objetiva em França, ainda que o instituto contenha

¹²¹ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank - **Droit de la Consommation**. 6.^a éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 193-194.

¹²² Ainsi en Allemagne (§ 138, BGB), en Suisse (art. 21 CO), au Québec (loi sur la protection des consommateurs, art. 8).

¹²³ Le code civil ne vise la bonne foi que dans l'exécution (art. 1134, al. 3). Mais il est admis que le principe est plus général (GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ 1993, n.ºs. 255 et s.). V. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative du droit français, allemand et japonais*, Dalloz, bibl. des thèses, 2001.

previsão, como *cláusula geral*, no art. 1.134, al. 3, do *Code Napoléon*, e muito embora tenham sido "apontadas, mais recentemente, concretizações crescentes da boa fé, nela referida. Encontramos aplicações significativas da boa-fé, no tocante à resolução unilateral dos contratos e a um esquema encontrado para contornar a preferência do editor. Fora disso, a boa fé não surge, especificamente, invocada, em abono de decisões"¹²⁴.

Na órbita do ordenamento jurídico-obrigacional brasileiro, dando sequência ao exauriente resgate histórico de DANIEL USTARRÓZ, não é correto afirmar que o Código Civil de 2002 inovou ao adotar o princípio da boa-fé objetiva, ainda que se admita ter havido sensível avanço institucional a partir de algumas das normas que o contemplam, a exemplo daquelas contidas nos seus artigos 113¹²⁵, 187¹²⁶ e 422¹²⁷, pois a jurisprudência turbinada na doutrina e legitimada na ordem jurídico-legal lhe é muito anterior, o que também se deve ao advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 1990), na esteira principiológica das normas da Constituição Federal de 1988. Se é verdade que o art. 131 do Código Comercial de 1850 já contemplava, em termos, o princípio da boa-fé objetiva, e que os artigos 221 e 516 do Código Civil de 1916 dispunham sobre o instituto tutelar da boa-fé subjetiva, não é menos verdade que essa conjuntura normativa não impediu que doutrinadores brasileiros da envergadura de CLÓVIS DO COUTO E SILVA¹²⁸ assinalassem, ainda em meados do século XX, que a boa-fé objetiva fortalece "o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos, mas também é necessário verificar a utilidade que resulta para o credor da sua efetivação, quando por mais de um modo puder ser cumprida. Houve, no caso, um aumento de deveres na relação obrigacional. O princípio da boa-fé atua *defensivamente* e *ativamente*; *defensivamente*, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou *ativamente*, criando deveres, podendo inclusive restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução. É a doutrina do adimplemento substancial, estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido

¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes - A boa fé nos finais do século XX. In: **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**, ano 56. III. Lisboa: [s.n.], 1996, p. 891, *apud* ZANELATO, Marco Antonio - Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. In: **Revista do Direito do Consumidor**, vol. 100, ano 24. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015, p. 141-194.

¹²⁵ "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

¹²⁶ "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

¹²⁷ "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

¹²⁸ SILVA, Clóvis do Couto e - O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.) - **Op. cit.**, p. 55.

substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização do credor". Mas foi no século XX, sem dúvida, por meio do já referido Código de Defesa do Consumidor (CDC), que a *cláusula-princípio geral da boa-fé objetiva* recebeu a sua consagração, primeiro através do seu art. 4.º, inc. III¹²⁹, que a instituiu, ao formular os princípios fundamentais da política nacional das relações de consumo, depois por via do seu art. 51, inc. IV¹³⁰, que a entronizou definitivamente no plano sancitivo, averbando a nulidade absoluta das cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé objetiva e a equidade. Longe de representar uma vantagem desproporcional em favor dos consumidores e contra os fornecedores, o princípio da boa-fé objetiva constitui vetor de harmonização de interesses, conforme bem pondera PAULO DE TARSO SANSEVERINO¹³¹, uma vez que o princípio funciona como uma estrada de duas mãos no vínculo que une o fornecedor e o consumidor, também evitando que a proteção tutelar concedida pelo sistema do CDC sirva de escudo para consumidores que, agindo contrariamente ao princípio da boa-fé objetiva, busquem a reparação de prejuízos para cuja *produção* tiveram *decisiva participação*¹³². Não se perca de vista, no ponto em testilha, que o princípio da boa-fé objetiva atua em favor de ambos os sujeitos da relação obrigacional, embora se admita, na sociedade consumerista de massa, que em noventa e nove por cento dos

¹²⁹ "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...)."

¹³⁰ "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)"

¹³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso - **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 277.

¹³² No campo jurisprudencial, vide, no ponto específico: TJRJ, AC n.º 2009.001.59048, 7.ª Câmara Cível, Relª. Desª. MARIA HENRIQUETA LOBO, j. 23/11/2009.

casos judicializados a razão assista ao consumidor, conforme indicam as estatísticas abrasivas dos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros¹³³.

FLÁVIO TARTUCE¹³⁴ leciona que o Código Civil de 2002 adotou a dimensão concreta do princípio da boa-fé objetiva, passando a consonar com o CDC, conforme já referimos neste trabalho. No plano de confrontação entre o CC e o CDC, o Enunciado n.º 27 do CJP/STJ prescreve que, "Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos". Por consequência, nas questões que militem em qualquer dessas searas estatutárias, deve ser preservado o tratamento conferido à boa-fé objetiva pelo CDC. Ademais disso, o princípio da boa-fé objetiva foi exponencializado pelo novo CPC¹³⁵, que consolidou a *boa-fé objetiva processual* e, nos termos dos seus artigos 5.º e 6.º¹³⁶, determinou que todos os que participam do processo devem se comportar de acordo com a boa-fé, tendo o dever de cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão justa e efetiva, assim consagrando o princípio do dever de colaboração processual.

Merece destaque, ainda, a vedação das *decisões-surpresa* pelos juízes, consoante preconizado pelo art. 10¹³⁷ do novo CPC. Ademais de tudo, enfatizando a natureza circular do princípio *processual* em tela, o art. 489, § 3º¹³⁸, do novo CPC, prescreve que as decisões judiciais devem ser interpretadas em conformidade com o princípio da boa-fé. Por fim, *a laetere*, para não deixar dúvida de que a boa-fé reside no *plano da conduta*, e não no *plano intencional* matriciado no dolo ou na culpa, na *I Jornada de Direito Processual Civil*, promovida pelo CJP/STJ em agosto de 2017, foi aprovado o Enunciado n.º 1, estabelecendo que "*a verificação da violação da boa-fé objetiva dispensa a comprovação do animus do sujeito processual*".

¹³³ Vide, no ponto paradigmático: TJSP, AC n.º 5269914100, 9.ª Câmara Criminal, Relª. Desª. VIVIANI NICOLAU, j. 17/11/2009.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio - **Op. cit.**, p. 668-669.

¹³⁵ Lei Federal n.º 13.105, de 15/03/2015, publicada no DOU de 17/03/2015, com início de vigência previsto para um ano após a sua publicação, conforme dispõe o seu art. 1.045.

¹³⁶ "Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé."

"Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

¹³⁷ "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

¹³⁸ "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé."

2.3 Estrutura da obrigação como processo e deveres decorrentes da relação obrigacional contratual

No ponto em testilha, é *fundamental* trazer à *correlação* dos nossos estudos, de novo, a abalizada doutrina de DIOGO LEITE DE CAMPOS¹³⁹, desta feita na seara das *relações de associação* e do *direito sem direitos*, em que a ordem jurídica aparece, em geral, na perspectiva igualitária dos sujeitos da relação obrigacional à partida, à chegada e até à extinção dos vínculos negociais, reduzindo-se as coisas a meros objetos de uma relação intersubjetiva. Neste passo — leciona o jurista —, o contrato continua a sua ascensão como principal manifestação da pessoa sujeito de direito e dos seus interesses, mas descortina-se, cada vez mais, o interesse do *outro*, ou seja, a *compaixão* pelo outro. No ponto, salienta que, depois da recusa inicial, ocorreu a *aceitação do contrato em favor de terceiro*, em que as partes atribuem um benefício — tutelado por direito próprio — a um terceiro que *não é parte do contrato*, a partir do que se abre uma nova dimensão e passa a ser admissível que o *interesse* em contratar a favor de um *terceiro* é *idêntico* ao interesse de contratar em benefício *próprio*, sendo igualmente digno de *proteção*. Surge, então, a *boa-fé* objetiva, o dever juridicamente tutelado e sancionado de os sujeitos pautarem as suas relações negociais em conformidade com os valores inerentes ao ordenamento jurídico, comportando-se como pessoas honestas, como cidadãos de bem, equilibrando os seus interesses de modo harmônico e com base na justiça. O contrato é transformado, então, em *instrumento de solidariedade*: se o *trust* é a principal criação dos Direitos anglo-saxônicos, a *boa-fé* reflete o novo modo de ser do Direito continental, um e outro aproximando-se na *confiança* colocada no próximo e nas exigências que se fazem a si mesmos, daí resultando uma íntima colaboração, justaposição de interesses e harmonização de vontades. Mais adiante, ao lecionar sobre as transformações do Direito dos contratos, LEITE DE CAMPOS assinala que desde muito se fala, desde o século XIX, na crise dos contratos, no bojo da qual compreende-se a grande diversidade de avenças e avultam, sobretudo, os contratos novos mercedores de regulamentações muito diversas e algumas vezes opostas, bem como a *superação das vontades individuais* pela *vontade do legislador*, a fim de *criar igualdades, eliminar disparidades, prosseguir o interesse público*, toda essa conjuntura operando *em prejuízo* do sacrossanto *princípio da liberdade*

¹³⁹ CAMPOS, Diogo Leite de - *As Relações de Associação - O Direito sem Direitos*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 50-51 e 73-75.

*contratual*¹⁴⁰. Destarte, sobretudo no século XX, as *limitações à autonomia privada* e à *liberdade contratual* foram paulatinamente se multiplicando, abrangendo, em primeira plana, a *obrigação de contratar* e, assim, inaugurar uma casuística na qual a *lei* obriga — cada vez mais — certas pessoas a contratar, de que é exemplo o seguro obrigatório dos veículos automotores. Mas não só isto, porque, depois, adveio a *perda da liberdade* de escolher a sua contraparte, tomando-se como paradigma ilustrativo a obrigação de a empregadora retomar o emprego dos trabalhadores, na hipótese de uma licença de maternidade ou paternidade (que, no Brasil, mantém a integridade permanente do vínculo, somente suspendendo, por períodos determinados, a contrapartida executiva do trabalho). Nesta esteira fenomênica — e o que importa, na lição do Mestre —, multiplicam-se os casos em que a *recusa de contratar* é *ilícita*, sobretudo no campo dos direitos e garantias dos consumidores. Nesta sequência evolutiva, sobrevém a *cláusula geral* com assento *constitucional*, segundo a qual *constitui* uma discriminação *ilícita* diferenciar as pessoas, v.g., em razão de sexo, religião, raça, opiniões políticas e orientação sexual. Por fim, mais para agora, mas ainda no século XX, o Legislador introduz, em inúmeros *contratos*, *cláusulas vinculativas das partes*, sobretudo naqueles que afetam o grande público das sociedades de massa, ou que abrangem contratação seja obrigatória, o que é frequente, v.g., no direito do trabalho e no direito de locação. Neste norte, a política financeira e monetária, e a necessidade de criar impostos, proteger a saúde pública, salvaguardar a concorrência, organizar as profissões, passaram a limitar cada vez mais o papel da *vontade livre* de constrangimentos de ambas as partes na *celebração* e na *fixação* do conteúdo dos contratos. E ressalta: esta *diminuição da liberdade* é contemporânea das críticas dirigidas a uma vontade pura e desvinculada, *essencialmente egoísta e anti-social*, às *desigualdades existentes entre as pessoas*, à *exploração de muitos por poucos*, aos

¹⁴⁰ No ponto em tela, ao discorrer sobre o *princípio da boa-fé* e a *autonomia de vontade*, CLÓVIS DO COUTO E SILVA leciona que "A história da importância do princípio da boa-fé relaciona-se com a da *autonomia da vontade*. Pode-se mencionar que no século XIX o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito do *pacta sunt servanda*, o seu corolário necessário. A essa amplitude de aplicação correspondeu uma profunda restrição no princípio da boa-fé, resultante do predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito, da metodologia da Escola da Exegese. Essa situação não é, entretanto, peculiar, apenas, ao direito continental, porquanto abrange, também, os países de *common law*, nos quais verificou-se um esvaziamento na aplicação do princípio da boa-fé. Como se sabe, a *liberdade contratual* é também princípio importante no direito anglo-americano, entendido, porém, como liberdade para vincular-se juridicamente (*freedom of contract*), mas não como acordo real de vontades, razão pela qual, em muitos casos, não se valoriza o erro unilateral e se constroem os denominados *implied contracts*. No que respeita ao direito continental, parece necessário mencionar haver ficado o princípio da boa-fé, ainda no século XIX, no Direito das Obrigações, sujeito à restrita aplicação. [...] Discutiu-se, se, no Direito Romano, o conceito da boa-fé era unívoco, ou se, pelo contrário, comportava mais de um significado. Questionou-se se o conceito de boa-fé era, no Direito Obrigacional, *objetivo*, e no Direito das Coisas, *subjetivo*, como queria Wächter, ou se representava exteriorizações de um só conceito, como afirmava Bruns." (SILVA, Clóvis do Couto e - O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34-35)

desequilíbrios nas trocas e por aí vai, em cujo âmbito é reclamada a intervenção da sociedade para *eliminar as desigualdades, criar igualdades e proteger os mais fracos*. Neste passo, bem entendido — a averbação é nossa e não compromete o autor —, nos retro explicitados ensinamentos de DIOGO LEITE DE CAMPOS, estamos a falar de uma *longa manus* que, em regime de aproximações e reciprocidades, começa nos *direitos da personalidade* e no *postulado da dignidade da pessoa humana*, repercute no *princípio da função social dos contratos* e inflete sobre o vasto campo empírico dos negócios jurídicos arrancados do seu *estado de natureza* e catapultados a patamares civilizatórios mínimos na sociedade de massas e de consumo.

Ao discorrer sobre a *obrigação como processo* e resgatar a doutrina desenvolvida por Orlando Gomes e Clóvis do Couto e Silva no Brasil, o jurista BRUNO MIRAGEM¹⁴¹ leciona que a orientação clássica sobre a *estrutura da relação obrigacional* implicava reconhecer, como momentos decisivos, a *celebração* e a *extinção* da *obrigação*, concentrando-se o exame da sua *eficácia* no *dever de prestação* ao qual as partes se vincularam originalmente. No entanto, na atualidade, a partir da influência do direito comparado e, nele, em especial do direito alemão, tanto a *formação* quanto a *estrutura* da relação obrigacional passaram a ser reconhecidas como espécie de fenômenos dinâmicos marcados por uma *sucessão de fases*, daí a consagrada expressão de *obrigação como processo*.

Na obra "Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz", ao discorrer sobre o tema da *obrigação como processo*, CARLOS EDUARDO LÓPEZ RODRÍGUEZ¹⁴² leciona que, neste particular, o traço mais notório que diferencia a noção de Larenz da doutrina tradicional reside na *temporalidade da relação jurídica*, na sua existência no tempo, em razão do que pode nascer e desaparecer (extinguir-se, anular-se), modificar-se e evoluir para um fim determinado¹⁴³. Assim, a relação jurídica subsiste como tal, embora alguns dos deveres que ela contém tenham sido extintos pelo cumprimento, ou algum dos direitos de formação tenha desaparecido, por ter sido executado ou tenha prescrito por não ter sido exercitado a tempo. LÓPEZ RODRÍGUEZ ressalva, porém, que o que permite essa subsistência é a existência de uma conexão de acordo com o sentido dos diferentes elementos do todo, ou seja, o conjunto (*Gefüge*) possui uma *diretriz unitária* que é o fim a que ela tende:

¹⁴¹ MIRAGEM, Bruno - *Op. cit.*, p. 42-46.

¹⁴² RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 76-77.

¹⁴³ LARENZ, Karl - *Derecho de las Obligaciones - Vol. I*. Tradução por Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 38 e ss., *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - *Op. cit.*, p. 76.

toda relação de obrigação persegue a mais completa e adequada satisfação do credor. Larenz conclui que, pelo fato mesmo de que em toda relação de obrigação busca-se a finalidade da satisfação do interesse na prestação do credor, essa relação obrigacional pode e deve ser considerada como *um processo*, pois desde o princípio ela procura alcançar um fim determinado e a extinguir-se com a satisfação desse fim. Clóvis do Couto e Silva também considera a *relação obrigacional* como "um conjunto de atividades que se encadeiam e desdobram em direção ao cumprimento, à satisfação dos interesses do credor"¹⁴⁴, daí evidenciando-se que essas atividades se desenvolvem em planos distintos. Mas, ao considerar que a dívida cumprida, e com isso extinta, constitui o *fundamento jurídico* da prestação, põe-se em relevo, para Larenz, a relação entre o Direito das Obrigações e o Direito das Coisas: a aquisição real da propriedade. A dogmática distingue, com efeito, entre a obrigação e o cumprimento, âmbito em que essa distinção pode ser muitas vezes absoluta, de tal sorte que o cumprimento surge totalmente desligado dos atos que o precederam, localizando-se no Direito das Coisas — e não no das Obrigações — quando o *processo obrigacional* dirigir-se para a transmissão da propriedade.

Assim, em relação à *formação da obrigação* e, em especial, quanto às obrigações causalizadas em negócios jurídicos de natureza contratual, releva reconhecer, para a formação do vínculo obrigacional, não apenas o momento da sua *constituição formal*, com a *celebração*, mas também a *fase prévia* de negociações e tratativas, ou seja, a *fase pré-negocial*. Não bastasse isto, avança-se no reconhecimento de *efeitos* da relação obrigacional que poderão *ultrapassar* o momento da sua *extinção*, por meio do cumprimento, ou não, do *dever de prestação*, ou seja, a *fase pós-negocial* ou *pós-contratual*. Ademais, quanto à *estrutura da relação obrigacional*, a noção de obrigação como processo *também* permite reconhecer, de par com o dever principal de prestação a que se comprometem os sujeitos da relação obrigacional, *deveres secundários* e *deveres laterais ou anexos* exsurgentes ou de disposição legal específica materializada no título, ou diretamente da *incidência* da *boa-fé objetiva*, todos eles assumindo uma *unidade funcional sistêmica* que direciona o curso do *comportamento* esperado das *partes* em relação ao *adimplemento*. Nesta moldura, a satisfação do interesse útil do credor é o fim esperado do comportamento das partes.

Na sequência, ao analisar a estrutura da obrigação como processo e discorrer sobre os *deveres decorrentes da relação obrigacional*, o jurista sob epígrafe classifica-os em

¹⁴⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e - **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 77.

três espécies, quais sejam (a) os *deveres principais de prestação*, (b) os *deveres secundários* ou *laterais* e (c) os *deveres anexos*, oriundos da *boa-fé*.

Neste passo, inspirando-se nas lições de Mário Júlio de Almeida Costa¹⁴⁵, BRUNO MIRAGEM assinala que os *deveres principais de prestação* são aqueles que integram o *núcleo da relação obrigacional* e que a caracterizam quanto ao seu *tipo*, na hipótese de obrigações *típicas* derivadas de contratos *típicos*, ou seja, com disciplina especificada *em lei*, todavia aplicando-se, também — agregamos nós —, aos contratos *atípicos*¹⁴⁶, cuja estrutura obrigacional definida entre as partes pode provir tanto da vontade regulamentar das partes, quanto da própria lei. Neste primeiro vetor classificatório, portanto, entendemos evidenciado que, em face do princípio da *boa-fé* objetiva, o núcleo da relação obrigacional não constitui prerrogativa exclusiva dos contratos típicos. Em exemplo de contrato típico: na compra e venda de bem imóvel, móvel ou semovente, o núcleo da avença recai sobre a obrigação do vendedor entregar a *res* e do comprador pagar o preço convencionado.

Os *deveres secundários*, a seu turno, poderão materializar-se em *deveres acessórios* ou de *prestação autônoma* e, entre estes, em *deveres coexistentes* ou *sucedâneos* da prestação obrigacional principal. Os *deveres secundários* meramente *acessórios* têm o objetivo de preparar o cumprimento ou assegurar a sua realização. Exemplo: na compra e venda, o dever de conservar a coisa ou de transportá-la. Já os *deveres secundários* de *prestação autônoma* não têm a sua execução necessariamente associada ao dever principal de prestação, podendo ser *deveres sucedâneos* da obrigação principal (v.g.: dever de indenizar decorrente do inadimplemento culposo da obrigação) ou *deveres coexistentes* com o dever principal de prestação (v.g.: deveres que emergem da mora, como o pagamento de juros, perdas e danos ou cláusula penal), que deverão ser adimplidos em conjunto com o dever principal de prestação originalmente avençado.

De outra banda, os *deveres laterais ou anexos* podem decorrer de *cláusula contratual*, *disposição legal* ou da *incidência direta* do *princípio da boa-fé*, sendo assim designados porque não se relacionam, modo direto, com o dever principal de prestação, mas auxiliam e promovem a satisfação dos interesses legítimos das partes da relação obrigacional. A *sistematização* dos *deveres laterais ou anexos* recebe tratamento doutrinário diferenciado e,

¹⁴⁵ Nossa obra de consulta: COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. rev. e actual., 4.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, p. 201 e ss., *passim*.

¹⁴⁶ No ponto, vide substancial estudo monográfico de VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Contratos Atípicos**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 396-477, também objeto de análises neste estudo.

consonante com a evolução da legislação no plano da positivação normativa de deveres oriundos da boa-fé, poderá ter fontes diferenciadas, conforme sejam as características do sistema jurídico nacional em que involucrados.

Segundo sistematização alemã de larga difusão, os *deveres laterais ou anexos* podem substanciar-se em *deveres de cuidado, cooperação e respeito às expectativas legítimas da outra parte*, ou aos *deveres de advertência*, ou, ainda, aos *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, ou, mesmo, aos *deveres de abstenção*. Os *deveres de informação e advertência* podem resultar da lei (v.g.: obrigação do segurado dar imediata ciência, ao segurador, sobre o agravamento do risco, *ut* art. 771 do CCB, ou, na compra e venda de consumo, sobre os riscos do produto, *ut* artigos 8.º a 10 do CDC). Mas também podem ser *deveres* decorrentes de *estipulação clausular expressa*, a exemplo de contratos empresariais nos quais estabelecida detalhada programação e/ou cronogramação de notificações entre as partes sobre eventos relevantes no curso executivo da avença. Ademais, podem ser *deveres* decorrentes, modo exclusivo, da *boa-fé*, que se impõe por si mesma, por princípio, a exemplo da imposição de um *dever de lealdade* consistente em advertir a contraparte sobre certos riscos que envolvem a execução do contrato de certa forma, ou o modo pelo qual deve ser promovida a fruição da prestação.

No plano exemplificativo dos *deveres de cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte*: quem toma posse de coisa alheia para a realização da sua prestação, deve comprometer-se com a sua conservação e uso de modo adequado; no exercício do direito de crédito, o credor não pode se utilizar de qualquer modo para satisfazê-lo ou cobrar do inadimplente, não podendo expor o devedor para além do limite necessário aos meios ordinários de promover a satisfação do crédito.

No ponto em testilha, invocando preleções doutrinárias de Claus-Wilhelm Canaris e Manuel António Carneiro da Frada, MIRAGEM assinala que os *deveres de cuidado* se identificam com os denominados *deveres de proteção*, pertinentes à *pessoa* ou ao *patrimônio* de um dos sujeitos da obrigação, observando-se, todavia, que esses deveres não têm a sua origem *na* relação obrigacional, sendo *antecedentes* a ela, porque decorrem da *boa-fé* e por isso mesmo têm *eficácia independente* do conteúdo da relação obrigacional, subsumindo um dever de não afetar a pessoa ou o patrimônio da contraparte, de modo que a sua ofensa não gera uma responsabilidade decorrente do *conteúdo da obrigação*, mas, sim, da regra de vedação de exercício abusivo de direito encartada no art. 187 do CC, segundo a qual "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 costumes".

Por fim, os *deveres laterais de abstenção* podem provir tanto de disposição contratual, quanto de previsão legal ou incidência direta do princípio da boa-fé objetiva, tomando-se como exemplo o sigilo exigível em série de obrigações entre as partes, pelas quais resulta limitada a possibilidade de divulgar até mesmo a própria existência da relação obrigacional, ou, ainda, informações reservadas sob proteção da privacidade ou do sigilo empresarial, das quais uma das partes conheceu-as em razão da execução da obrigação.

Mais adiante, quando da investigação sobre a estrutura orgânico-funcional do princípio da boa-fé objetiva, retornaremos ao estudo dos *deveres laterais ou anexos* dos contratos de direito privado. Antes disso, no entanto, é preciso evoluir para o estudo da natureza jurídico-instrumental da boa-fé objetiva.

2.4 Natureza jurídico-instrumental da boa-fé objetiva nos contratos: princípios, cláusulas gerais, *standards* de comportamento e precedentes jurisprudenciais

Neste passo, o estudo da natureza jurídico-instrumental da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado subsume uma investigação sobre o vasto campo do gênero conceitos abertos, flexíveis, indeterminados, por onde transitam os princípios, cláusulas gerais, *standards* de comportamento e precedentes jurisprudenciais. Enfim, neste caminho do meio, continuamos trilhando a *rota de convergências* que teve início com as investigações sobre os modos de tutela em *sede de direitos da personalidade* e os seus nexos etiológicos, aproximações e reciprocidades com o *postulado da dignidade da pessoa humana* e com o *princípio da função social dos contratos*. Sob esta perspectiva, tratando-se de investigação temática com abrangência jurídico-normativa portuguesa e brasileira, a abordagem começa com a coleta de depoimentos doutrinários que representam uma simbiose luso-brasileira protagonizada por expoentes das respectivas Academias de Letras Jurídicas.

No campo dos *princípios*, a doutrina constitucionalista de GOMES CANOTILHO¹⁴⁷ leciona que o sistema jurídico do Estado de Direito democrático português é um *sistema normativo aberto de regras e princípios* que pode ser "descodificado" nos seguintes termos: (1) é um *sistema jurídico* porque contém um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, traduzida na disponibilidade e *capacidade de aprendizagem* das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da *verdade* e da *justiça*; (3) é um

¹⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional**. 6.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 165-174.

sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*¹⁴⁸ porque as *normas* do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios*, como sob a forma de *regras*. Nesta toada, GOMES CANOTILHO leciona que são vários os *critérios* sugeridos para distinguir entre *princípios* e *regras* no âmbito do superconceito de *normas*, a saber:

(a) *grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida;

(b) *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador; do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta;

(c) *caráter de fundamentalidade no sistema* das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (p.ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito; princípio da dignidade da pessoa humana);

(d) *proximidade da ideia de direito*: *princípios* são *standards* juridicamente *vinculantes*, radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na *ideia de direito* (Larenz), ao passo que as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

(e) *natureza normogenética*: os *princípios* são *fundamento* de *regras*, ou seja, são normas que estão na *base* ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante¹⁴⁹.

Mas o que importa enfatizar, ainda nas lições do insígne jurista conimbricense, é que os *princípios* são *multifuncionais*, podendo desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia juris*). Ainda neste passo, os *princípios* interessam, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, vale dizer, as

¹⁴⁸ No ponto, no vetor das normas, regras e princípios, CANOTILHO leciona que a teoria da metodologia tradicional distinguia entre *normas* e *princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*), mas que esta distinção resulta por ele abandonada, sendo substituída pelas hipóteses de que "(1) as regras e princípios são duas espécies de normas", e que "(2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas" (CANOTILHO, J. J. Gomes - *Op. cit.*, p. 166).

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional, op. cit.*, p. 166-167.

regras jurídicas, âmbito em que as *diferenças qualitativas* entre aqueles e estas traduzem-se, fundamentalmente, nos seguintes aspectos, a saber:

(a) os *princípios* são normas jurídicas *impositivas* de uma *otimização*, compatíveis com *vários graus de concretização*, consoante os *condicionalismos* fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem *imperativamente* uma *exigência* — impondo, permitindo ou proibindo — que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos *princípios* é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de *regras* é antinômica. Os *princípios* coexistem, as *regras* antinômicas excluem-se;

(b) em consequência, os *princípios*, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento, a ponderação de valores e interesses (não obedecem, como as *regras*, à *lógica do tudo ou nada*), consoante o seu *peso* e a *ponderação* de outros *princípios* eventualmente *conflitantes*; as *regras* não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* — tem *validade* —, deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(c) em caso de *conflito* entre *princípios*, estes podem ser objeto de *ponderação*, de *harmonização*, pois eles contêm apenas *exigências* ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser *realizados*; as *regras* contêm *fixações normativas definitivas*, sendo insustentável a *validade simultânea* de regras *contraditórias*;

(d) os *princípios* suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as *regras* colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas)¹⁵⁰.

Nesta moldura classificatória — prossegue o jurista em epígrafe —, a existência de *regras* e *princípios* permite a descodificação, em termos de um *constitucionalismo adequado* (Alexy: *gemässigte Konstitutionalismus*), da *estrutura sistêmica*, ou seja, possibilita a compreensão da Constituição como *sistema aberto de regras e princípios*. As razões parecem evidentes. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por *regras* conduziria a um *sistema jurídico* de *limitada racionalidade prática*, exigindo uma *disciplina legislativa* exaustiva e completa — legalismo — do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Nesta linha, seria obtido um *sistema de segurança*, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, a exemplo do constitucional, que é necessariamente um *sistema aberto*. Ademais, um *legalismo estrito* de *regras* não permitiria a introdução dos conflitos, das

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 167-168.

concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma *sociedade pluralista e aberta*, pois corresponderia a uma *organização política monodimensional* (Zagrebelsky). De outra banda, o modelo ou sistema baseado exclusivamente em *princípios* (Alexy: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) conduziria a consequências também inaceitáveis, pois a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do *possível* fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Diante destes modelos que se opõem, GOMES CANOTILHO propõe um sistema jurídico alternativo, a saber:

(a) um *sistema jurídico* que contenha *regras jurídicas* cuja validade *não dependa de exigências de otimização* (v.g.: maioria civil aos 18 anos de idade);

(b) *princípios* (ou valores que eles exprimem), cujas *exigências de otimização* são *abertas* a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos (v.g.: liberdade, igualdade, dignidade, Estado de Direito);

(c) em razão da sua *referência a valores* ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da *justiça*, da *ideia de direito*, dos *fins da comunidade*), os princípios têm uma *função normogénica* e uma *função sistémica*: são o *fundamento de regras jurídicas* e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite *ligar* ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional;

(d) as *regras* e os *princípios*, para serem ativamente operantes, necessitam de *procedimentos e processos* que lhes deem *operacionalidade prática* (Alexy: *Regell/Prinzipien/prozedur-Modell des Rechtssystems*): o direito constitucional é um *sistema aberto de normas e princípios* que, através de *processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos*, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*.

No magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁵¹, "Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] *núcleos de condensações* nos quais confluem *valores e bens* constitucionais", ademais do que, à luz do Título I da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a palavra *princípios*, constante na expressão *princípios fundamentais*, exprime a noção de "*mandamento nuclear de um sistema*", utilizada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91-93.

MELLO¹⁵² para definir *princípio jurídico* como o "*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*". Nesta toada, JOSÉ AFONSO leciona que os "*Princípios jurídico-constitucionais são princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos ou princípios derivados dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o *consequente* princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, *decorrente* da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, *fluente* de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados *princípios-garantias* (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório, dentre outros que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5.º)", alguns dos quais serão adiante abordados.

Como uma espécie de reflexão ao cabo deste preâmbulo, trazemos à colação do tema o magistério de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹⁵³ sobre os direitos, liberdades e garantias fundamentais no âmbito das relações privadas de poder¹⁵⁴. Com efeito, após asserir que, nas *relações entre iguais* (que não justifique, portanto, "uma proteção *mais intensa* aos particulares vulneráveis nas relações com privados poderosos, garantia que corresponde, afinal, às preocupações evidenciadas pelas teorias moderadas do dever de proteção"¹⁵⁵), os particulares não devem ser considerados *sujeitos passivos* dos direitos fundamentais, enquanto *direitos subjetivos*, com os deveres típicos correspondentes, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra explicita que isso não

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. 19.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 450-451, *apud* SILVA, José Afonso da - **Op. cit.**, p. 91, nota de rodapé n.º 3.

¹⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. cit.**, p. 245-253.

¹⁵⁴ Para aprofundamento do tema, vide, também, monografia da lavra de ANA PRATA (PRATA, Ana - **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Reimpressão da edição de 1982. Coimbra: Almedina, 2017, *passim*), exauriente da pauta investigatória constitucional ora proposta, com especial ênfase à abordagem histórica universal desenvolvida nos Capítulos I a III (**Op. cit.**, p. 9-55).

¹⁵⁵ No ponto, VIEIRA DE ANDRADE explicita que só assim se poderia justificar certas *situações-limite*, a exemplo daquela em que o Tribunal Constitucional alemão julgou inválida a fiança prestada por operária de 21 anos de idade que ganhava \$1.150 DM/mês, para garantia de uma dívida elevada do seu pai, que ganhava \$100.000 DM, porque, sendo desproporcionada, importava uma asfixia econômica para toda a vida e, portanto, a violação do seu livre direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo certo que tal juízo implica um limite à própria autodeterminação.

significa que os preceitos constitucionais incidentes sobre essa matéria não se apliquem nas relações interprivadas, ou que os particulares — sejam pessoas naturais ou coletivas, na nossa leitura — possam violar impunemente os direitos fundamentais dos outros, porque os direitos fundamentais incluem faculdades de exigir do Estado a proteção dos bens jurídicos e da liberdade contra a violação por terceiros, proteção essa plasmada, sobretudo, na legislação penal e civil, que é *devida* pelo Estado no que toca ao *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, na medida em que exprime o *princípio da dignidade da pessoa humana* — um valor absoluto, que vincula o próprio *titular* dos direitos e, a partir desse *dever* que exprime a *eficácia vertical* das normas (todavia *horizontalizantes* das relações jurídicas ilícitas, injustas, inequitativas ou anti-isonômicas) —, vai projetar-se nas relações entre particulares: ficam por essa via proibidos todos os *atos de pura e simples violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais*. Neste sentido, ainda na doutrina do autor epigrafoado, não se deve temer a instalação de um *governo dos juízes*, na medida hipotética de estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador, com o fundamento da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais¹⁵⁶. Para além desse resultado eventual constituir, sem dúvida, um risco inevitável¹⁵⁷, visto que inerente, inclusive, aos poderes de fiscalização judicial da (in)constitucionalidade do direito legislado, VIEIRA de ANDRADE leciona que a extensão da vinculação direta dos direitos, liberdades e garantias aos *privados poderosos* não o agrava. Na realidade, tal vinculação, além de ser limitada às *situações de poder* e, em regra, envolver pessoas coletivas, há de ser entendida como uma vinculação *gradativa*, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os *valores* em jogo, tendo em conta o diferente *peso* dos direitos e da liberdade nas situações concretas. Enfim, na sociedade pós-moderna, as técnicas de ponderação deixaram de ser um aritmético caminho do meio, sendo alçadas ao *status* de via equânime para soluções justas e, como tais, dependentes do grau de heterodoxia das teses que se opõem.

¹⁵⁶ Na Constituição portuguesa, o art. 18.º, n.º 1, prescreve que "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas", no mesmo passo em que a Constituição brasileira dispõe mandatoriamente, no § 2.º do art. 5.º, que "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

¹⁵⁷ Para as comunidades forenses brasileiras, em certa medida placitadas pela doutrina e muito especialmente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores da Federação, é muito difícil adentrar, sem um estudo muito específico e qualificado, na historicidade e nos signos europeus - continental e anglo-saxão - sobre a doutrina da separação dos Poderes do Estado e os limites republicanos do poder jurisdicional, o que não deixa de ser singular para um país historicamente importador de *standards* jurídicos. Razão substantiva para que a doutrina de Vieira de Andrade assumia especial relevo no contexto preambular do *thema* que presentemente investigamos.

Com este breve e cardeal descortínio luso-brasileiro¹⁵⁸, demarcadas ao nível constitucional as balizas do *thema* proposto, passamos à investigação juscivilística sobre a natureza jurídico-instrumental do instituto da boa-fé objetiva, a envolver o estudo da categoria multifuncional dos conceitos abertos, flexíveis, indeterminados, que se especializam em princípios, cláusulas gerais, precedentes jurisprudenciais e *standards* de comportamento negocial no âmbito do sistema obrigacional dos contratos de direito privado.

2.4.1 Panorâmica no direito obrigacional civil português

A questão concernente à boa-fé objetiva em face do problema da sua concretização instrumental é objeto de exauriente estudo de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA¹⁵⁹, cujo magistério assevera que o conceito de boa-fé objetiva cabe na categoria dos *conceitos indeterminados*, assim compreendidos os conceitos *abertos*, *flexíveis*, sem um conteúdo fixado em definitivo, no âmbito dos quais encarta-se a categoria das *cláusulas gerais*, subsumindo conceitos indeterminados cujo preenchimento exige *critérios* ou *juízos de valor*. Assim, no afã de converter a *concretização* das *cláusulas gerais* em algo racional e racionalizável, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um conjunto de *critérios* de *interpretação* e/ou de *desenvolvimento* do direito. Destarte, o processo de aplicação das *normas jurídicas* ou das *proposições jurídicas* pode surgir sob a forma de um *juízo de subsunção* ou de um *juízo de coordenação a princípios e valores*: se e quando a previsão normativa só contiver conceitos *determinados e fechados* — conceitos casuísticos que se definem através da enunciação de todas as notas, cuja presença não só é necessária, mas suficiente, para que o caso a ela se subsuma —, a aplicação da norma ao caso decorrerá de um juízo de *subsunção*. Se, porém, tal não suceder e a previsão normativa contiver *conceitos abertos e indeterminados* - vale dizer: se a previsão normativa contiver *cláusulas gerais* -, a aplicação da norma ao caso concreto decorrerá sempre de um *juízo de coordenação a princípios ou a valores*. Embora a posição dualista de Karl Larenz comporte controvérsias em território lusitano, PINTO OLIVEIRA busca amparo remissivo na doutrina do prestigiado jurista alemão, averbando que, "Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas

¹⁵⁸ Para estudo sobre as principais classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade doutrinariamente adotadas no Brasil, vide estudo exauriente individuado da lavra de INGO WOLFGANG SARLET (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 168-192).

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - **Princípios de Direito dos Contratos**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 172-194.

na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação *sub judice* se equipara ou aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento e que deverá julgar-se, sem dúvida alguma, do mesmo modo"¹⁶⁰. Nesta toada, o conceito indeterminado da boa-fé objetiva configura uma pauta carente de *preenchimento* e, por isso, exige uma *coordenação valorativa*. Não se cogite, porém, que esse *valorar* possa provir de uma conduta que não seja proporcionada por *ponderações racionais*, passo em que o juiz deve resolver os problemas de *coordenação valorativa* recorrendo a *argumentos sistemáticos e teleológicos*, dentre os quais sobressaem os *argumentos relativos a princípios constitucionais*, bem assim a *argumentos relativos a precedentes*. Vale dizer, agregamos nós: a *standards* de comportamento e a precedentes jurisprudenciais. Neste sentido, Larenz leciona sobre um *esclarecimento* do *princípio* pelo *caso* e do *caso* pelo *princípio*, pois "o processo de pensamento não se desenvolve em uma só direção, mas num sentido recíproco, a saber: por um lado, das ideias gerais aos casos que hão-de ser julgados em conformidade com eles; por outro lado, a partir destes, através de casos típicos e ideias jurídicas mais especiais, ao princípio geral"¹⁶¹.

Assim é que, em *primeiro lugar*, em termos de procedimentalidade, o operador do Direito deve preencher as *cláusulas gerais* recorrendo a *argumentos sistemáticos* e a *argumentos teleológicos*, passo em que os *argumentos sistemáticos* concretizam-se em *argumentação conceitual, principiológica e jurídica especial*, respectivamente, e os *argumentos teleológicos* concretizam-se em *argumentos teleológico-objetivos* e *teleológicos subjetivos*. Por exemplo: nos argumentos *a pari* (análogos: se, em casos semelhantes, a mesma hipótese vale para todos, também devem valer as mesmas consequências), ou *a fortiori* (com maior razão), seja no modo *a maiori ad minus* (prescrição permissiva: quem pode o mais, pode o menos; o benefício maior subsume o benefício menor), seja no modo *a minori ad maius* (prescrição negativa: se proibido o menos ou o menor, proibido estará o mais ou o maior); no *princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição* e no *princípio da interpretação das leis em conformidade com o direito comunitário*.

O *princípio da interpretação conforme à Constituição* enuncia-se nos seguintes termos: entre as interpretações possíveis de uma *norma de direito privado*, designadamente uma *norma de direito civil*, deve ser preferida aquela que melhor concorda com os *princípios*

¹⁶⁰ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 385-386, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 173.

¹⁶¹ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 385-386, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 173.

e as *regras de direito constitucional*. O problema coloca-se, sobretudo, a propósito do *preenchimento de cláusulas gerais de direito civil*, a exemplo do preenchimento da *cláusula geral da boa-fé*. Entre os casos de *interpretação conforme à Constituição das cláusulas gerais de direito civil*, podem ser alinhados os seguintes: o proprietário de uma clínica deve suportar que um dos seus empregados se recuse a participar de um aborto; o proprietário de uma farmácia deve suportar que um dos seus empregados se recuse a participar na distribuição (v.g.: na venda) de contraceptivos; o senhorio deve tolerar que um arrendatário (locatário, no Brasil) de origem turca instale uma antena parabólica no prédio, para captar um canal de televisão do seu país de origem.

Avançando no seu magistério, o Professor Catedrático da Universidade do Minho ensina que, em *segundo lugar*, o aplicador do direito deve *preencher as cláusulas gerais de direito civil* recorrendo a *argumentos pertinentes a precedentes jurisprudenciais*. Assim é que, em *caso concreto* cuja resolução é *controversa* ou *equivoca*, faz-se necessário compará-lo com *casos exemplares* ou *típicos* cuja apreciação é *incontroversa* ou *inequívoca*, pois a análise de *casos paradigmáticos* pode conduzir à descoberta de princípios e valores de alcance mais restrito, "como, p. ex., *venire contra factum proprium*, abuso de confiança, caducidade ou, pensemos nos bons costumes, em pontos de vista como 'contratos leoninos', 'limitação excessiva ao exercício de profissão', 'dano causado dolosamente a terceiros', 'aproveitamento de uma posição de monopólio', entre outros"¹⁶². Por conseguinte, o *aplicador do direito* só deve recorrer às suas convicções sobre o que seja justo ou injusto somente em *circunstâncias excepcionais*, "para que não existam casos passíveis de comparação", pelo que o aumento do número de casos decididos faz *aumentar a segurança e diminuir a insegurança*, ou seja, reduz "o espaço livre residual dentro do qual a decisão continua a ser insegura"¹⁶³. Sob esta ótica, o problema da *concretização das cláusulas gerais de direito civil* cruza-se com o problema da *vinculação do aplicador do direito aos precedentes jurisprudenciais*, que Karl Larenz conceitua como "a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora"¹⁶⁴. Neste passo, o art. 8.º, n.º 3, do Código Civil português acolhe *implicitamente* uma *presunção de correção do precedente*, pois, conforme leciona António Castanheira Neves, o dever de

¹⁶² LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 412, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 175.

¹⁶³ LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 412, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁴ LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 175.

considerar "todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de assegurar uma interpretação e aplicação uniformes do direito", encerra em si um dever *acrescido de fundamentação das decisões contrárias aos precedentes jurisprudenciais, das decisões contrárias aos casos anteriormente decididos*, explicando por que não merecem *tratamento análogo*¹⁶⁵. Embora não constituam uma *norma jurídica geral e abstrata* e não devam ser considerados como *facto constitutivo de normas jurídicas gerais e abstratas*, os precedentes têm a seu favor uma *presunção de correção*, em ordem do que o operador do direito só deverá afastar-se de um precedente mediante a explicitação das razões pelas quais considera que a anterior resposta dada por um determinado *tribunal* a uma determinada *questão de direito* é incorreta ou injustificada¹⁶⁶.

Em *terceiro lugar*, ao discorrer sobre os *argumentos comparativos*, PINTO OLIVEIRA leciona que o juiz deverá ter em conta o *direito comparado*, pois os argumentos extraídos da legislação, da doutrina e da jurisprudência dos Estados estrangeiros membros das Comunidades e da União Europeia são especialmente relevantes, por se aceitar um princípio de interpretação *amiga* (*mitgliedstaatsfreundliche Auslegung*): os tribunais de cada Estado-membro devem preencher o espaço de discricionariedade deixado em aberto pelas disposições de direito interno de forma a evitar, sempre que possível, a contradição ou o conflito com o direito interno de outro Estado-membro¹⁶⁷.

Por fim, ao analisar o problema da *concretização da cláusula geral da boa-fé*, o jurista em epígrafe explicita que, enquanto o alcance da *cláusula geral da boa-fé* é delimitado através do conceito de *ligação especial* entre *sujeitos determinados* ou *determináveis*, o seu *sentido* é delimitado através dos (*sub*)*princípios da confiança*, da *prioridade da substância sobre a forma* e da *proporcionalidade*. Destarte, os *princípios da confiança* e da *prioridade da substância sobre a forma* relacionam-se com o *controle da conduta*, ou com o *controle do procedimento* de formação ou de conformação do contrato, ao passo que o *princípio da proporcionalidade* relaciona-se com o *controle do conteúdo*, ou com o *controle dos resultados* do procedimento de formação ou de conformação do contrato. Voltaremos a estes princípios mais adiante.

¹⁶⁵ NEVES, António Castanheira - Fontes do Direito - Contributo para a revisão do seu problema. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (separata)**. N.º Especial: Estudos em Homenagem aos Professores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz. Coimbra: FDUC, 1983, p. 103-114, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁶ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 616, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁷ Vide, no ponto, para estudo de aprofundamento: RAMIRES, Maurício - **Diálogo Judicial Internacional - O uso da jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, *passim*.

Prosseguindo na investigação, trazemos à colação outra importante fonte doutrinária lusitana, desta feita substanciada nos ensinamentos de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹⁶⁸ sobre cláusulas gerais, conceitos indeterminados e *standards* de comportamento nos contratos. Nesta toada, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa reverencia o magistério de José de Oliveira Ascensão, averba que "Há no direito um conflito permanente entre as tendências generalizadora e individualizadora de solução de caso"¹⁶⁹ e, na sequência, preleciona que, no direito dos contratos, tal como no direito legal, o diálogo do geral e do concreto desempenha um papel importante na concretização e solução do caso, âmbito em que, desde a cláusula mais específica até a generalidade dos grandes princípios jurídicos, vai uma enorme distância e abre-se um amplo espaço de regulação *mais concreta* ou *mais geral*. Partindo do pressuposto de que a *lei* é o *domínio típico* do *geral* e o *contrato* o *campo de eleição* do *concreto*, isto não impede, contudo, que existam leis com preceitos muito concretos e contratos com regulações muito gerais. Assim, os contratos celebrados *in concreto* encontram regulações gerais, ou acentuadamente gerais, não somente na lei injuntiva ou dispositiva, mas também nas estipulações das partes, em cujo âmbito avultam, pela sua importância, as denominadas *cláusulas gerais* e as que incluem *conceitos indeterminados*. Nesta conjuntura, as *cláusulas gerais* caracterizam-se pela grande *generalidade* e pela necessidade de serem *concretizadas* por referência a *valores*. De outra parte, mas no mesmo sentido, os denominados *conceitos indeterminados* necessitam de *preenchimento* ou de *valoração*. Entretanto, as *cláusulas gerais* e os *conceitos indeterminados* distinguem-se pela *estrutura*, pois aquelas têm *estrutura proposicional*, enquanto estes têm *estrutura conceitual*. Constitui uma *cláusula geral*, por exemplo, o preceito do art. 762.º/2 do Código Civil, determinativo de que, no cumprimento de obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, as partes devem proceder de boa-fé, ao passo que o conceito de concorrência desleal constitui um conceito indeterminado, sem estrutura proposicional. A distinção e o relacionamento entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, todavia, não é clara nem fácil, âmbito em que António Menezes Cordeiro¹⁷⁰ considera *improdutivo* relacionar as cláusulas gerais com os conceitos indeterminados, pois nem sempre onde há conceitos indeterminados há cláusulas gerais e

¹⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais - *Op. cit.*, p. 396-400.

¹⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226.

¹⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes - *Da Boa Fé no Direito Civil*. Lisboa: [s.n.], 1984, p. 1183, *apud* VASCONCELOS, Pedro Pais - *Op. cit.*, p. 397. Na nossa edição de pesquisa: CORDEIRO, António Menezes - *Da Boa Fé no Direito Civil*. 7.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1183.

estas podem ser formuladas sem recorrer aos conceitos indeterminados, também não parecendo ser útil recorrer a critérios materiais para distinguir ambas estas figuras, pois só o *critério estrutural da formulação* permite distingui-las. No entanto, na sua *concretização* — prossegue PAIS DE VASCONCELOS —, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados exigem muito do intérprete no plano do exame da situação concreta do caso vertente, a fim de apreender a *constelação valorativa de referência*¹⁷¹, ponderar a consequência da concretização e formular um juízo em termos suscetíveis de ser sindicado. Assim, a formulação de juízos de prudência operacional, lealdade de procedimentos e razoabilidade de determinado plano negocial vai exigir do intérprete universos valorativos que, em termos de *concretização*, por exemplo, extrapolem conjunturas-padrão, entrem no campo da Ética e verifiquem a adequação (justeza), razoabilidade e justiça da operação. Sem prejuízo, nenhum desses juízos poderá ser arbitrário, porque a arbitrariedade vai contra a ideia de Direito, ademais do que, por sua conformação marcadamente retórica, é imprescindível que eles sejam suscetíveis de controle, o que exige a explicitação dos *argumentos* e das *ponderações* que conduziram à *decisão*. Nesta moldura, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados têm relevância, no conteúdo dos contratos, por *força de lei* (v.g.: CC, artigos 762.º/2 e 437.º/1) ou *estipulação das partes* (v.g.: clausulação de critérios de equidade, razoabilidade, proporcionalidade, etc).

Na esteira das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, seja por *força de lei*, *vontade das partes* ou *princípio de sobredireito*, desta feita PEDRO PAIS DE VASCONCELOS avança a sua investigação em direção ao estudo dos *precedentes judiciais* ou *standards* do sistema jurídico da *common law* norte-americana, utilizados como instrumento metodológico adequado ao tratamento jurídico e à concretização dos referidos tipos de cláusulas e conceitos. Nesta toada, leciona que o *standard* pode ser descrito como um padrão ou tipo médio de conduta aceitável, caracterizando-se como eminentemente evolutivos e mutantes, além do que o seu conteúdo não pode ser determinado sem uma ligação à realidade social em que vigoram e na qual são utilizados. Assim, no ambiente social a que se

¹⁷¹ No juízo sobre a prudência de uma operação de bolsa, p.ex., é imprescindível ter em conta a personalidade e cultura do agente, bem como a conjuntura do mercado, não se tratando de aferir a prudência de um agente normal numa conjuntura-padrão, mas, sim, de julgar sobre a ação daquela pessoa naquelas circunstâncias concretas. No juízo sobre a lealdade da concorrência, p.ex., é preciso intuir todo um universo valorativo cuja formulação em termos genéricos é tarefa árdua, não se tratando de indagar e coligir o que sejam os usos do mercado, aí vigentes e tidos como bons, sendo necessário entrar no domínio da Ética para suprir onde pouco existe de firme para ancorar um julgamento seguro. No juízo de razoabilidade de um plano de amortização de dívida não pode deixar de fazer-se a previsão das consequências financeiras concretas para o credor, bem assim para o devedor, em termos de custo dos fundos e de liquidez disponível, porque o resultado prático da concretização, a sua adequação (justeza) e justiça são critérios importantes de decisão.

referem e no qual existem — bem definido, portanto, o seu âmbito de incidência —, os *standards* correspondem a *padrão de comportamento e de valoração* e, como tais, têm muito dos *tipos reais* e dos *tipos axiológico-normativos*. Por conseguinte, o pensamento por *standards* não se resume à coleta e tratamento do que são, num certo ambiente social e num dado momento, os *padrões de comportamento aceitável*, em termos puramente sociológicos e axiologicamente neutros. O *standard* parte, sem dúvida, da realidade social para a qual o direito faz remissão, mas como *ponto de partida* para a *descoberta* e a *concretização* de uma *juridicidade imanente*. Destarte, na consideração de um *padrão de comportamento* como *aceitável*, está implícito um critério de bondade, de aceitação, enfim, um valor que lhe confere uma *função de guia* e de *orientação* na *concretização* das *cláusulas gerais* e dos *conceitos indeterminados*. É de suma importância realçar, ainda no ponto, a proximidade e o parentesco entre os *standards* e os *tipos*, entre o pensamento por *padrões de comportamento* e o pensamento *tipológico*. No tocante aos contratos *típicos*, muitas vezes também são *típicos* os *conceitos indeterminados* e as *cláusulas gerais* a que as partes recorrem, e a sua *concretização* também é feita, muitas vezes, de modo *típico*. O *tipo social* subjacente aos contratos legalmente *típicos*, bem assim aos legalmente *atípicos*, mas *socialmente típicos*, pode fornecer critérios e medidas de decisão, pode conter padrões *típicos* de comportamento aceitável ou exigível, ou apenas esperável, que se devem concretizar de modo típico, isto é, do modo que é característico desses contratos. Assim, o *tipo social* pode influenciar, e normalmente influencia, de algum modo, a *concretização* das *cláusulas gerais* e dos *conceitos indeterminados* dos contratos a que sejam subjacentes, através dos *standards* neles contidos como *modelos de comportamento e de decisão*. Sempre que o contrato *não seja* puramente atípico, é preciso recorrer ao *tipo legal* e ao *tipo social* subjacente para a *concretização* das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados que eles — os tipos legal e social — contenham.

Prosseguindo na abordagem doutrinária lusitana, importa colacionar a lição de JORGE MORAIS CARVALHO¹⁷², no sentido de que parece relativamente consensual que o reconhecimento da *dignidade da pessoa humana* e dos *direitos de personalidade*, a *autonomia privada*, a *boa-fé*, a *propriedade privada* e a *responsabilidade civil* constituem *princípios fundamentais do direito civil português*. O reconhecimento da *dignidade da pessoa humana* e dos *direitos de personalidade*, talvez o princípio mais fundamental entre os

¹⁷² CARVALHO, Jorge Morais - O Direito Civil como direito privado comum - Os princípios gerais. In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do (Coord. Geral) [et al.]. *Introdução ao Direito*. 2.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 121-123.

princípios fundamentais do direito civil, constitui pressuposto lógico do direito, que deve ser aceito e compreendido, no seu patamar mínimo, pela necessidade de convivência em sociedade, sendo consagrado no art. 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 10/12/1948, e nos artigos 12.º e 13.º, dentre outros, da Constituição da República Portuguesa (CRP), recebendo concretização no Código Civil (v.g.: arts. 27.º/1, 66.º/1, 68.º, 70.º/1, dentre outros). As autonomias privada e negocial/contratual, bem assim a liberdade negocial/contratual, também constituem princípios fundamentais do direito civil lusitano, a primeira por sua relevância essencial na esfera de atuação dos particulares, as demais por traduzirem legítimas manifestações da autonomia privada, conferindo às pessoas a possibilidade de celebração de negócios/contratos que bem entenderem, arbitrando a sua conformação nos limites da lei, estando consagradas no art. 405.º do Código Civil. A boa-fé, por sua vez, é um princípio fundamental do direito português com aplicação transversal, que constitui uma das suas bases mais substanciais do Direito Civil, por isso que extrapola os seus próprios limites para outros campos do Direito, impondo-se às pessoas e coarctando qualquer atuação que contrarie o seu princípio, abrangendo o domínio de atuações lícitas ou até resultantes de outros princípios relevantes do ordenamento jurídico, como o da retro referida autonomia privada. A dificuldade de prever todas as manifestações concretas de exercício juridicamente censurável da autonomia privada impõe o recurso ao conceito indeterminado de boa-fé, que se concretiza em cada caso com base nos elementos disponíveis pertinentes à situação sob análise. De regra, distingue-se entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, a primeira dizendo respeito a um estado da pessoa, nomeadamente o conhecimento ou desconhecimento de um fato ou circunstância, ao passo que a segunda pertine a algo exterior à pessoa, mas que a esta se impõe, por exprimir valores fundamentais do sistema jurídico. Nesta perspectiva, o princípio da boa-fé objetiva caracteriza uma norma de conduta que todas as pessoas devem respeitar.

Em sede doutrinária diversa, JORGE MORAIS CARVALHO discorre sobre os limites que o princípio da boa-fé objetiva introduz no princípio da liberdade contratual, fazendo remissão aos ensinamentos de António Pinto Monteiro¹⁷³, para quem "é sabido que a ordem jurídica vem impondo limites vários à liberdade contratual, constituindo o princípio da boa fé um dos exemplos significativos desta atitude legislativa". Referencia, também,

¹⁷³ MONTEIRO, António Pinto - Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. In: *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Vol. II*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 501-521, *apud* CARVALHO, Jorge Morais - *Artic. et op. cit.*, p. 125.

Guilherme Machado Dray¹⁷⁴, segundo o qual "a boa fé surge no Direito Privado como um instituto civil susceptível de operar, sempre que necessário, uma limitação da autonomia privada em nome do ideal de justiça contratual e do equilíbrio negocial". No plano judicial, traz à colação o Ac. do STJ, de 23/03/2006, Proc. n.º 06B722 (Salvador da Costa), onde se pode ler que "é certo que a lei prevê limites ao princípio formal da liberdade de contratar, designadamente por via da exigência de boa fé", orientando-se no mesmo sentido, modo expreso, o Ac. do STJ, de 7/02/2008, Proc. n.º 07B4772 (Salvador Costa)¹⁷⁵.

Ao discorrer sobre o princípio da boa-fé objetiva, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA¹⁷⁶ leciona que, antes de tudo, importa focar o instituto no plano dos *princípios normativos*, ou seja, como intenção, orientação ou fundamento de efetivas soluções disciplinadoras, pois aí encontra-se a sua verdadeira sede. Assim, examinando a boa-fé numa perspectiva jurídico-positiva, ela exprime-se através de *cláusulas gerais* (*Generalklauseln*), embora estas, em si mesmas, nada acrescentem ao conteúdo do correspondente princípio normativo, traduzindo somente o apelo direto que o legislador faz ao princípio da boa-fé objetiva na regulação de certos domínios. Em razão da respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos paralelos princípios normativos, não oferecendo ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos. No direito das obrigações, além da boa-fé, existem outras cláusulas gerais, a exemplo da alusão aos bons costumes (CC, art. 334.º), à causa justificativa (CC, art. 473.º) ou a motivo de equidade (CC, art. 489.º). De outra parte, os *conceitos indeterminados* (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) são entendidos como noções do tipo descritivo, cujos contornos de objetivação da realidade a que se referem são definidos em termos genéricos, não exatos ou carecedores de precisão, a exemplo da base do negócio (CC, art. 252.º, n.º 2), conforme o estado e condição (CC, art. 489.º, n.º 2), e demais circunstâncias do caso (CC, art. 494.º). Nessa moldura, as *cláusulas gerais* e os *conceitos indeterminados* destinam-se a conferir ao juiz, na condição de *operador jurídico*, ampla margem de liberdade na apreciação em cada caso concreto. A progressiva simpatia que umas e outros obtiveram modernamente corresponde à superação do positivismo científico e legalista, com os seus ideais de um sistema fechado de normas jurídicas, sucintas e lapidares, e de Códigos dotados de soluções

¹⁷⁴ DRAY, Guilherme Machado - Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente mais débil. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles. Vol. II.** Coimbra: Almedina, 2008, p. 431-461, *apud* CARVALHO, Jorge Morais - *Artic. et op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁵ CARVALHO, Jorge Morais - **Os limites à liberdade contratual.** Coimbra: Almedina, 2016, p. 125.

¹⁷⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa - **Direito das Obrigações.** 12.ª ed. rev. e actual. 4.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, p. 120-121.

para todas as hipóteses, deste modo fazendo prevalecer, em síntese, os objetivos da certeza e da segurança da vida jurídica e a consequente prevalência de normas de *direito estrito* (*ius strictum*), em detrimento às normas de *direito equitativo* (*ius aequum*). Entretanto, a aceleração do processo tecnológico, as crises econômicas e financeiras dos últimos decênios, o moderno fenômeno da globalização, tudo aliado a mudanças inevitáveis nas esferas dos valores e da cultura, acarretaram maior complexidade de situações e a exigência de enfoque diverso do direito e da sua aplicação, em razão do que as aspirações a certeza e segurança perderam espaço para os interesses que reclamam soluções mais flexíveis, numa intenção jurídica material ajustada às realidades. Daí sobreveio uma nova atitude e instrumentalidade legislativa, em que se verifica o emprego crescente das cláusulas gerais, a exemplo do enorme recurso ao princípio da boa-fé objetiva, como marca desta nova concepção do direito.

2.4.2 Panorâmica no direito obrigacional civil brasileiro

Na seara jurídica brasileira, ainda em meados do século XX, o cultuado jurista CLÓVIS DO COUTO E SILVA¹⁷⁷ já antevia o instituto da boa-fé objetiva como o que se entende, na atualidade, por princípio, cláusula geral e/ou *standard* de comportamento negocial, enfim, como uma *fonte autônoma de direitos e obrigações* nas relações obrigacionais juscivilistas, o que só começaria a tomar foro e dimensão, ainda assim paulatinamente, alguns anos após a promulgação da Lei Fundamental de 1988. Nesta perspectiva, o jurisconsulto gaúcho lecionava que o princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o *Direito do caso*. O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um *valor autônomo*, não relacionado com a vontade. Por ser *independente da vontade*, a extensão do conteúdo da *relação obrigacional* já não se mede *exclusivamente* nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se *construir* objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes. Essa *concepção objetiva da relação obrigacional* assemelha-

¹⁷⁷ SILVA, Clóvis do Couto e - O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42-43.

se, muito embora a diversidade conceitual, à interpretação objetiva da lei. Também quanto a esta última vigorou, em princípio, a interpretação da *vontade* do legislador e, somente mais tarde, chegou-se à própria *hermenêutica objetiva da lei*, que prevalece contemporaneamente na maioria dos países. No entanto, de modo algum entenda-se semelhante o *preceito do negócio jurídico, concreto e particular*, com o *regramento da lei, abstrato e particular*. Todavia, a modificação operada nos cânones hermenêuticos deve ter concorrido para esmaecer a importância do *dogma da vontade* e, com isso, permitir um *tratamento objetivo da relação obrigacional*. Conformaria um pensamento apressado, porém, pretender que a vontade teria cedido toda a sua importância em favor de uma concepção *absolutamente objetiva* da relação obrigacional. Vigora, no caso, uma *solução de compromisso* ou *transacional* pela admissão de um *valor autônomo* no *sistema da relação obrigacional*, valor esse que, aliás, nunca deixou de existir, por vezes estando reduzido e limitado pela vontade, consoante já referido.

A *concepção de sistema aberto* — prossegue COUTO E SILVA — permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de determinada situação. Em certos casos, o exame da vontade será prevalente, em outros não. O exemplo mais importante para esta última solução está nos atos existenciais, na *conduta socialmente típica*. Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, no mais das vezes, às situações da vida. Assim, nem a *teoria tradicional*, que resolve todos os problemas sob o raciocínio com base na *manifestação de vontade*, nem as *modernas tendências*, que separam os *efeitos do negócio jurídico* dos *elementos* que compõem o seu *conteúdo*, dão uma resposta aceitável em todas as hipóteses. Nesta perspectiva, somente um *sistema aberto*, até *escalonado* segundo *círculos de interesse*, *públicos* e *privados*, pode abranger todas estas situações, admitindo-se que o *ponto de inserção* para o raciocínio jurídico possa ser a manifestação de vontade, ou a simples *função de contrato*, quando se tratar de ato existencial. Por isso mesmo, não constitui tarefa fácil afirmar se o ato existencial é negócio jurídico ou simples ato real, *ato-fato*, uma vez que o direito, nesses casos, não valoriza nem questiona a existência da vontade.

Ao resgatar as concepções de Karl Larenz neste *thema*, CARLOS EDUARDO LÓPEZ RODRÍGUES¹⁷⁸ anota que os princípios jurídicos são *princípios diretivos* mais ou

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - *Op. cit.*, p. 49-51.

menos concretizados em uma ordem jurídica, através dos quais se coloca em evidência a *unidade valorativa interna do sistema*¹⁷⁹. Larenz os define como *pautas diretivas* de normatização jurídica que, em decorrência da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas¹⁸⁰. Na sua classificação, ele distingue *duas classes* de *princípios jurídicos*, quais sejam os *princípios abertos* e os *princípios jurídicos com forma de proposição jurídica*. Os *princípios abertos* estão em uma *primeira etapa* do *processo de concretização*, não contendo nenhuma *especificação de previsão*, nem de *consequência jurídica*, mas, simplesmente, uma *ideia jurídica geral*, a exemplo do *princípio da autodeterminação* ou da *auto-responsabilidade* no Direito Privado¹⁸¹. Já os *princípios com forma de proposição jurídica* estão condensados em uma *regra* imediatamente aplicável, correspondendo-lhes os *princípios implícitos* da ordem jurídica, aos quais a lei estabelece exceções, a exemplo dos princípios *nulla poena sine lege* ou *non bis in idem*¹⁸². Larenz serve-se destes princípios para desenvolver a noção de *sistema interno* e leciona ser "característica deste sistema, em primeiro lugar, a existência de uma certa ordem hierárquica interna, mas, em segundo lugar, o jogo ordenado, não totalmente *pré-programado*, dos diferentes princípios de igual peso nos diferentes *graus de concretização*"¹⁸³. Nesta perspectiva, Larenz leciona que o denominado princípio da boa-fé objetiva consiste em uma noção pré-jurídica, de conotações ético-sociais, que impõe a obrigação de comportar-se com lealdade, distinguindo-se da boa-fé pertinente ao estado psicológico de uma pessoa, caracterizada por erro ou ignorância. Assim, "O princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar *fidelidade* à palavra dada e não defraudar a *confiança* ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de todas as relações humanas; supõe a conduta que caberia esperar de quantos, com pensamento honrado, intervêm no tráfico como contratantes ou participantes dele em virtude de outros vínculos jurídicos"¹⁸⁴. Larenz adverte, porém, que o princípio da boa-fé objetiva não pode se limitar às relações obrigatórias, sendo aplicável sempre que exista uma vinculação jurídica especial, como pode suceder no Direito das Coisas, no Direito Processual e no Direito Público, porque,

¹⁷⁹ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.^a ed. Tradução da 5.^a ed., 1983, por J. Lamego. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 533, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 49.

¹⁸⁰ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.^a ed. Tradução da 5.^a ed., 1983, por J. Lamego. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 584, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 49.

¹⁸¹ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.^a ed. Tradução da 5.^a ed., 1983, por J. Lamego. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 578, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 50.

¹⁸² LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.^a ed. Tradução da 5.^a ed., 1983, por J. Lamego. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 584, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 50.

¹⁸³ LARENZ, Karl - **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.^a ed. Tradução da 5.^a ed., 1983, por J. Lamego. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 579, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 50.

¹⁸⁴ LARENZ, Karl - **Derecho de las Obligaciones**. 2.^o Vol. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 60.

sendo princípio do *Direito Correto*, todas as normas de Direito positivo devem medir-se por ele. Isso significa que o intérprete fará uma avaliação na qual deve levar em conta, além das considerações de equidade correspondentes ao caso concreto, "as exigências geralmente vigentes da justiça", desde que isso não contrarie o conteúdo objetivo das noções de *fidelidade* e de *crédito* ou *confiança*. Em atenção a esse tipo de valoração, a ciência do Direito tem auxiliado na *concreção* do princípio da boa-fé, através do desenvolvimento das doutrinas do *abuso do direito*, da *caducidade* e do *desaparecimento da base do negócio*, por exemplo¹⁸⁵.

Com os olhos voltados para os tempos contemporâneos, FLÁVIO TARTUCE¹⁸⁶ leciona que os princípios assumem uma função de grande importância na atual codificação privada material brasileira, sendo comum afirmar, na atualidade, que o Código Civil de 2002 é um *Código de Princípios*, tão grande a sua presença na codificação vigente, o mesmo podendo ser dito em relação ao Código de Defesa do Consumidor e ao novo Código de Processo Civil de 2002, que valorizam *princípios* como a *dignidade da pessoa humana* e a *boa-fé objetiva*, jusmaterialística e processual. Além disso, não se pode esquecer a grande importância assumida pelos *princípios constitucionais* no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos apregoados pela Escola de Direito Civil Constitucional, pois eles constituem regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, que, no caso, pertine aos contratos de direito privado. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e dos aspectos políticos, econômicos e sociais, podendo estar expressos na norma, mas não necessariamente. Tome-se por exemplo o *princípio da função social dos contratos*, que é expresso no Código Civil (art. 421, e parágrafo único¹⁸⁷ do art. 2015) e implícito no CDC/1990 e na CLT, contendo normas que protegem o vulnerável na relação contratual, muito embora a Lei Federal 13.467, de 2017, tenha suprimido muitos dos direitos que antes eram consagrados aos trabalhadores, a exemplo do *princípio da prevalência do legislado sobre o clausulado*, agora invertido. No caso da Lei Federal n.º 8.078 (CDC), de 1990, a *função social dos contratos* pode ser retirada de vários dos seus dispositivos, a exemplo dos artigos 46, 47, 51, 52 e 53, dentre outros. Avulta, no ponto, a importância do CDC, uma vez que a grande maioria dos negócios jurídicos contratuais é de consumo e está enquadrada nos seus artigos 2.º e 3.º. Neste contexto, agiganta-se o uso da *teoria do diálogo*

¹⁸⁵ LARENZ, Karl - **Derecho de las Obligaciones. 2.º Vol.** Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 143, *apud* RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Op. cit.**, p. 61.

¹⁸⁶ TARTUCE, Flávio - **Op. cit.**, p. 649/652.

¹⁸⁷ "Art. 2035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

das fontes entre essas codificações no vasto campo dos contratos de direito privado, pois, por meio desse caminho metodológico e científico — consoante já discorremos nesta investigação — é possível aplicar a determinado contrato, modo simultâneo, tanto o CDC quanto o CC, desde que isso não prejudique o consumidor vulnerável. Nesta toada, toma vulto a apregoada *aproximação principiológica* entre esses dois Estatutos, gerando adesão imediata à *teoria do diálogo das fontes*, que decorre, em substância, dos *princípios sociais contratuais* encampados pela nova codificação, quais sejam a *função social dos contratos* e a *boa-fé objetiva*. Nesta perspectiva, o *Enunciado n.º 167* do CJP/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, estabelece a cláusula geral de que, "Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos". Além dessa interação entre CDC/CC, a *teoria do diálogo das fontes* constroi a interação destas codificações com a Constituição Federal no âmbito dos contratos de direito privado, nomeadamente a partir dos princípios do *Direito Civil Constitucional*, a exemplo da principiológica *cláusula geral de tutela e proteção da personalidade e dignidade da pessoa humana* (CRFB, art. 1.º, III), da *solidariedade social* (CRFB, art. 3.º, I) e da *igualdade* em sentido lato, ou *isonomia* (CRFB, art. 5.º, *caput*), constituindo uma realidade hermenêutica que encontra consolidado respaldo na jurisprudência dos Tribunais de Apelação e nos Tribunais Superiores da Federação (STF e STJ).

Para mais dessa interação entre Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, não se pode perder de vista que, no plano dos contratos, é preciso interagir com a Constituição Federal, *locus* de substanciação e valoração dos princípios dos *direitos civis constitucionais*, de que são exemplos os princípios da *dignidade da pessoa humana* (CRFB, art. 1.º, inc. III), da *solidariedade social* (CRFB, art. 1.º, inc. I) e da *igualdade lato sensu ou isonomia* (CRFB, art. 5.º, *caput*), dentre outros. De anotar, ainda no ponto e nesse sentido, o respaldo significativo da jurisprudência nacional¹⁸⁸. Ademais, é preciso destacar que o art. 1.º do CPC/2015 prescreve que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado em consonância com os valores e as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no mesmo passo em que o seu art. 8.º determina que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a

¹⁸⁸ Vide, no ponto, p. ex.: TJMG, Ac. 1.0105.02.051901-9/001, 5.ª Câmara Cível, Relª. Desª. MARIA ELZA DE CAMPOS ZETTEL, j. 05/08/2004, DJMG 24/08/2004; TJBA, Rec. 71398-8/2007-1, 5.ª Turma Recursal, Relª. Juíza SANDRA INÊS MORAES RUSCIOLELLI AZEVEDO, DJBA 28/07/2009.

proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, deste modo substanciando a visão civil-constitucional do sistema jurídico. Nesta linha de pensamento, FLÁVIO TARTUCE elenca aqueles que, no seu entendimento, conformam os mais importantes princípios do direito contratual contemporâneo no Brasil, a saber:

- (a) princípio da autonomia privada;
- (b) princípio da função social dos contratos;
- (c) princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*);
- (d) princípio da boa-fé objetiva; e,
- (e) princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Ao investigar os princípios de direito das obrigações no Código Civil de 2002, JORGE CESA FERREIRA DA SILVA¹⁸⁹ historia que, ao referir a matriz ideológica que orientou a Comissão elaboradora do anteprojeto do novo Código, Miguel Reale declarou a opção pelo que chamou de *evolucionismo*, assim entendido o processo destinado a rever o texto de modo a conservá-lo naquilo que se apresentasse conforme aos novos ditames gerais e à inovação com prudência, sempre em consonância com a tradição luso-brasileira. Na avaliação do próprio Miguel Reale, a sua opção contrapôs-se aos *tradicionalistas* (reacionários), aos *reformistas* (preocupados apenas em atualizar o texto do Código) e aos *revolucionários* (que pretendiam um Código totalmente novo). O certo, nessa toada, é que FERREIRA DA SILVA discorre brevemente sobre o que foi mantido e o que foi inovado no CC/2002, todavia optando por desenvolver o seu articulado, metodologicamente, mediante análise da *regulação das fontes das obrigações* ou, mais especificamente, dos *princípios reitores* emanados dessas *fontes*. Nesse sentido, ao analisar o Código de 1916, observa que a preocupação com as fontes é clara, mas secundária, pois o Código de Bevilacqua dedica-se de início, estruturalmente, à obrigação considerada em si mesma (modalidade, efeitos, circulatoriedade), para somente depois tratar das fontes de modo individual. O Código de 2002 seguiu o mesmo caminho, a fim de não negar a organização e tradição próprias do direito brasileiro. Com isso, ganhou-se na confirmação da tradição e em certeza jurídica, mas perdeu-se em clareza no tocante à percepção das bases do regime geral das obrigações, emanadas justamente do estudo das fontes. Ocorre que se é das fontes — contrato, dano, enriquecimento sem causa, *et alii* — que as obrigações se originam, também é da regulação delas que se delimitam os *princípios jurídicos* aplicáveis às relações específicas. São elas, portanto, os

¹⁸⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) [et al.] - **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2.^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119-122 e 135-142.

veículos próprios dos *princípios* aplicáveis a todo o campo obrigacional, além de oferecerem as *regras* mais diretamente incidentes. Importa não esquecer, no ponto, que a regulação das fontes também veicula *princípios particulares* (ou regras gerais) aplicáveis à concreta espécie de relação obrigacional dela decorrente, sendo assim, por exemplo, com a *restitutio in integrum* para a responsabilidade civil (direito de danos), ou a *subsidiariedade*, para o enriquecimento sem causa. Mas, para além desses, é nelas que se revelam os *princípios gerais* que, por oferecerem os nortes valorativos de conteúdo amplo, não se resumiriam às relações decorrentes de uma fonte específica sem quebra de sistematicidade. São exemplos desses *princípios gerais* a *autonomia privada*, a *função social*, a *boa-fé objetiva* e o *equilíbrio* que, muito embora previstos no regramento de específicas fontes, são aplicáveis — por coerência sistemática — a todas as obrigações, independentemente da origem. A compreensão do direito obrigacional a partir do novo Código Civil parte, portanto, da identificação e análise desses *princípios gerais*, dotados de capacidade para não só *regular as relações*, mas também propiciar *aberturas e conexões* a outros domínios normativos, tanto internos ao Código, quanto externos a ele, destacando-se, aí, as pontes com a Constituição. Em seguida, o jurista em epígrafe classifica esses princípios em consonância com a origem da sua normatividade. Os *princípios de normatividade exógena*, ou *funcionalizantes*, são lineamentos oriundos do ordenamento jurídico e dirigidos às partes no seu relacionamento obrigacional, caracterizando os pontos cardeais abstratamente dados pela ordem jurídica, em razão do que recebem o influxo da visão geral acerca do sistema. Assim, os *princípios exógenos* da *autonomia privada* (e/ou da *liberdade contratual*) e da *função social dos contratos* devem ser entendidos no seu *aspecto funcional* (como em Bobbio, ao invés de saber *como o direito é produzido*, ocupa-se em saber *para que o direito serve*), conferindo uma visão *funcionalizada* da relação obrigacional. De outra parte, os *princípios de normatividade endógena* encontram-se na própria relação obrigacional, cujos vínculos não só se desenvolvem com fins voltados à sociedade, mas também à sua própria lógica e história interna, âmbito em que a finalidade primeira dessa relação — vale dizer: o adimplemento — só será atingido caso a sua economia interna esteja, mais do que dotada de estrutura formal, de um conteúdo material que contemple os *princípios* da *boa-fé objetiva* e do *equilíbrio*.

Ao lecionar sobre a *princiologia do direito contratual*, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO¹⁹⁰ ensinam que os *princípios* concentram os

¹⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - *Manual, op. cit.*, p. 395-396. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide texto semelhante em: *Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.*, p. 69-70.

ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de *regras* do Direito Positivo, conferindo-lhe *significado legitimador* e *validade jurídica*, estando em nível superior de abstração e sendo hierarquicamente superiores dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa, em cujo âmbito incidem, quando não permitam uma subsunção direta dos fatos, por via indireta, submetendo à sua égide as *regras* que estejam sob o seu raio de abrangência. O tema tem importância capital, mormente quando do cotejo da doutrina clássica dos contratos com uma abordagem constitucional contemporânea nesta matéria, em que os princípios contratuais recebem substantiva dimensão valorativa. Na medida que o Direito Civil desapega-se de uma tendência patrimonial fechada e egoísta, e passa a reconhecer uma justa prevalência da *pessoa humana* em lugar dos *bens materiais*, é natural que a concepção teórica do sistema de princípios informadores do Direito dos Contratos experimente substantiva mutação, vindo a calhar, no ponto em testilha, o diagnóstico de Luiz Edson Fachin, segundo o qual, "Da eliminação e das fronteiras arquitetadas pelo sistema clássico privado abre-se o Direito Civil contemporâneo. Do estágio de direitos absolutos, individualistas e perpétuos, migra para a sua conformação contemporânea, o modelo de família num reconhecimento plural de entidades familiares, do contrato e da propriedade funcionalizados, mudanças que repercutem nos direitos e deveres que os diversos sujeitos apresentam"¹⁹¹. Nesta toada, enfatizando a releitura contemporânea de alguns princípios clássicos, os autores sob epígrafe arrolam aqueles que entendem mais importantes no direito obrigacional dos negócios, a saber:

- (a) princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo;
- (b) princípio da força obrigatória do contrato;
- (c) princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato;
- (d) princípio da função social do contrato;
- (e) princípio da boa-fé objetiva; e,
- (f) princípio da equivalência material.¹⁹²

Nesta perspectiva, lecionam que, pairando sobre todos os princípios em tela, dando-lhes uma *dimensão constitucional*, está o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que servirá de medida absoluta para todas as investigações que se desenvolverem sobre cada um e todos os princípios contratuais acima elencados.

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson - **Teoria Crítica do Direito Civil**. Curitiba: Renovar, 2012, p. 328, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual**, *op. cit.*, p. 396.

¹⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. *Op. cit.*, p. 395-396. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral**. *Op. cit.*, p. 69-70.

No magistério de VÉRA JACOB DE FRADERA¹⁹³, como *standard* de comportamento negocial, "a boa fé objetiva pode receber acepções muito variadas, distintas segundo a matéria onde é aplicada, pois o *standard* dá uma medida média de conduta social, suscetível de se adaptar às particularidades de cada hipótese determinada. Desta sorte, a boa fé objetiva é um conceito de *geometria variável*, cuja constância é duvidosa, mas cuja vantagem é a *flexibilidade*. Exemplo dessa acepção é a forma como ela está prevista no *Code Civil* francês e no *Uniform Commercial Code* americano."

Nessa moldura, a relação jurídico-instrumental entre os precedentes jurisprudenciais e a cláusula geral de tutela do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado reveste-se de importância exponencial no circuito dos fatos da vida, pois desvela o ponto interativo mais alto de permeabilidade, dinamismo e flexibilidade entre normas e comportamentos negociais no conjunto uniformizador dos casos concretos, julgados sempre no mesmo sentido sobre uma determinada questão. A *funcionalização* dessa relação instrumental caracteriza, mais do que nunca, nos lindes do princípio da boa-fé objetiva dos contratos de direito privado, a ponte de ligação e o diálogo construtivo que nasce dos fatos e desenvolve-se segundo os cânones ético-jurídicos sobre os quais já nos referimos anteriormente. Nessa perspectiva, a jurisprudência é o resultado de um conjunto de decisões judiciais, aplicações e interpretações das leis no mesmo sentido sobre uma determinada questão julgada pelos tribunais, sendo formada por precedentes vinculantes ou persuasivos, usados reiteradamente como *ratio decidendi* em outros processos. A jurisprudência pode ser compreendida de três formas: (a) como decisão isolada de um tribunal, da qual não caiba mais recurso, (b) como um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais e, por fim, (c) como súmulas de jurisprudência, que são as orientações resultantes de um conjunto de decisões proferidas com mesmo entendimento sobre determinada matéria. Nesta toada, a súmula é representativa da consolidação objetiva da jurisprudência adotada, âmbito em que os tribunais, ao reconhecerem já ter formado e consolidado uma orientação majoritária sobre determinada *quaestio juris*, devem formalizá-la mediante a formulação de um enunciado, articulado ou preceito com eficácia persuasiva ou mandamental impositiva, noticiando-o formalmente à sociedade e às comunidades profissionais operadoras do direito em geral. No Brasil, a jurisprudência instrumentaliza-se por meio de súmulas persuasivas, precedentes

¹⁹³ FRADERA, Véra Maria Jacob de - A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS - Edição Especial**. n.º 22, set/2002, p. 125-140. Porto Alegre: FDUFRGS, 2002, p. 133-134. [Em linha]. [Consult. 27 Mai 2018]. Disponível na Internet: < <http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.48655> >

jurisprudenciais vinculantes e súmulas vinculantes, as duas primeiras usadas pelos tribunais, no âmbito dos seus respectivos territórios jurisdicionais, em todas as instâncias judiciárias, sendo que o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho são tribunais federativos de abrangência nacional. Neste passo, as súmulas vinculantes constituem prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal e operam no território nacional como uma espécie de lei judiciária de observância obrigatória nas esferas públicas e privadas do país. Em Portugal, com a inconstitucionalidade dos assentos, a jurisprudência dos tribunais é construída em observância ao princípio da tripartição dos Poderes do Estado, revelando-se de alta densidade jurídica nos campos de aplicação do princípio e cláusula geral da boa fé objetiva. Enfim, muito mais poderíamos investigar sobre a natureza jurídico-instrumental da boa-fé objetiva¹⁹⁴, sendo certo que, a cada nova versão autoral apresentada, o tema continuaria a receber cores vivas e aceso dissídio doutrinário.

Nesta moldura caleidoscópica, à luz da *teoria do diálogo das fontes* e das reflexões da *Escola de Direito Civil Constitucional* a que nos filiamos no Brasil, bem assim endossando o diagnóstico doutrinário de MENEZES CORDEIRO¹⁹⁵ e de PEDRO PAIS CARVALHO¹⁹⁶, em Portugal, e, em certa medida, o pragmatismo de PABLO GAGLIANO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO¹⁹⁷, no Brasil, entendemos que a *boa-fé objetiva* nos contratos de direito privado é, modo simultâneo, um *princípio* e uma *cláusula geral* funcionalmente congruentes entre si.

Ainda no ponto, a orientação que adotamos também pode ser ilustrada na ressalva e no campo residual que JUDITH MARTINS-COSTA¹⁹⁸ leciona ao fazer a distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos, *verbis*:

¹⁹⁴ O aprofundamento do tema ora examinado, na doutrina portuguesa, necessariamente passa pela doutrina de Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes - *Op. cit.*, § 46.º, p. 1.176-1.196, *passim*), Manuel António Carneiro da Frada (FRADA, Manuel António De Castro Portugal Carneiro da - *Op. cit.*, §§ 3.º e 4.º, p. 431-579, *passim*), dentre outros, e, na vertente dos princípios gerais de direito, pelo magistério de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira - *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. 13.ª ed. refundida, 8.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, p. 418-421). Na doutrina brasileira, dentre outros: Sílvio Venosa (VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil - Contratos - Vol. 3*. 17.ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 15-27, *passim*), Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa - *Curso de Direito Civil - Contratos. Vol. 3*. 8.ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 44-48, *passim*) e Marco Antonio Zanellato (ZANELATO, Marco Antonio - Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista do Direito do Consumidor*. Vol. 100, ano 24. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015, p. 141-194).

¹⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes - *Op. cit.*, p. 1.183, *verbis*: "A segunda precisão tem a ver, contra um largo espectro de opiniões, com a improdutividade de relacionar, de modo directo, cláusulas gerais e conceitos indeterminados: a presença destes não é, necessariamente, a daquelas, enquanto é possível, a esse tipo de cláusulas, estatuir com recurso a uma conceitologia precisa."

¹⁹⁶ CARVALHO, Pedro Pais - *Op. cit.*, p. 397, nota de rodapé n.º 742.

¹⁹⁷ STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - *Novo Curso de Direito Civil, op. cit.*, p. 84-85, nota de rodapé n.º 1.

¹⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith - *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1.ª ed., 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 2000, p. 315-316 e 323-324, *passim*.

" Desde logo deve ser *advertido que há respeitável doutrina entendendo inexistir distinção entre cláusula geral e princípio*. Proponho, contudo, duas diversas angulações, a saber: a equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre, fundamentalmente, da extrema polissemia que ataca o termo "*princípios*"; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os *contenham*, em seu enunciado, ou *permitam a sua formulação*. [...]

Na verdade, a confusão entre princípio e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral *conter* um princípio, *reenviando ao valor que este exprime*, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral. Para ter clareza neste ponto devemos, todavia, atentar para as seguintes circunstâncias:

a) não se pode pensar em "*cláusula geral inexpressa*". Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua "*implicitude*". Ou estas estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação das cláusulas gerais;

b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a *standards* - jurídicos ou ainda extrajurídicos -, ou a valores - sistemáticos ou extra-sistemáticos -, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza semântica, nem sequer de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio;

c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como "*boa-fé*", "*correção*", "*moralidade pública*", "*razoabilidade*" etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contêm princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7.º do CDC.¹⁹⁹

Para mais disto, conforme já assentamos, há os *precedentes jurisprudenciais* formatados na moldura do sistema jurídico-judicial vinculado à família do *civil law* romano-germânico — que, nas medidas típicas de cada país, vigoram em Portugal e no Brasil, respectivamente —, bem assim os *standards de comportamento negocial* forjados em todas as fases do contrato, seja no âmbito judicial e/ou extrajudicial, inclusive os provenientes de *paradigmas* que as *coletâneas doutrinárias e jurisprudenciais*, que, no curso dos tempos, configuram instrumentos indispensáveis para, em regime de *feed-back*, conferir vida ativa e colorido dinâmico, flexível, atualizado, expansivo no bojo orgânico-funcional do princípio e cláusula geral de tutela da boa-fé objetiva, a fim de atender às exigências negociais de *segurança jurídica* e ao ritmo da sociedade pós-moderna no âmbito dos contratos de direito privado.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA ainda leciona que "Boa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre o *sintagma* cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no "*princípio da boa-fé*", inscrito no § 242 do BGB, e na "*cláusula geral da boa-fé*", desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no *conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão linguística "boa-fé"*. Essa incerteza mais se acentua em razão da confusão entre as duas funções, matéria que será retomada quando se aludir à estrutura e funções das cláusulas gerais." (MARTINS-COSTA, Judith - *Op. cit.*, p. 324).

CAPÍTULO 3

ESTRUTURA ORGÂNICA E FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

O último Capítulo da nossa investigação volta-se ao estudo da estrutura orgânica e funcional do princípio da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado luso-brasileiros. Na sua primeira parte, serão desenvolvidos estudos e pesquisas de natureza doutrinária, e, na sequência, de cunho jurisprudencial, tanto no Brasil quanto em Portugal.

3.1 Estrutura orgânico-funcional do princípio da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos

Trata-se de abordar, neste passo, mediante investigação doutrinária, a estrutura orgânica e funcional do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado no Brasil e em Portugal. O estudo abrangerá, de início, os liames existentes entre os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva. Na sequência, serão estudadas as afinidades e diferenças entre o princípio da boa-fé objetiva e o estado de fato da boa-fé subjetiva, e, por fim, as funções estruturais do princípio da boa-fé objetiva.

3.1.1 Proteção da confiança e boa-fé objetiva no direito das obrigações

Ao discorrer sobre a regra de conduta da boa-fé e a responsabilidade pela confiança, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA²⁰⁰ dispõe-se a averiguar a conexão existente entre o *standard* de conduta segundo a boa-fé e a confiança, e, neste sentido, preleciona ter sido no domínio dos contratos — *rectius*: do cumprimento das obrigações contratuais — que a norma do comportamento de boa-fé germinou e encontrou a sua guarida mais segura, o que se deveu, especialmente, por força do § 242 do BGB/1900²⁰¹, tido como o parágrafo-rei da codificação germânica, que adstringe o devedor (e só o devedor)

²⁰⁰ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da - **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 431-434.

²⁰¹ O preceito do § 242 do BGB prescreve que "O devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico", e deve ser interpretado, no plano dos deveres anexos ou acessórios do princípio da boa-fé objetiva, em consonância com o § 157, determinativo de que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração".

a efetuar a prestação de acordo com aquilo que a boa-fé (*Treu und Glauben*) reclama. Acolhida aí em seu domínio originário, a boa-fé objetiva expandiu-se, depois, por outros âmbitos e mediante diversas formas de interação entre sujeitos, de que a relação pré-contratual é, quicá, o exemplo mais significativo. Refletindo essa realidade, o Código Civil determina, genericamente, que as partes devem proceder segundo a boa fé, tanto no cumprimento da obrigação (de dar, fazer e/ou não fazer), como no *exercício* do direito correspondente, e vincula a idêntico procedimento, durante as *preliminares* ou na *formação* do contrato, os sujeitos que negociam a respectiva conclusão, pena de indenização dos danos causados (cfe. CC, arts. 762.º/2 e 227.º/1). No ponto, divisa-se a matriz juspositiva da concepção que constroi uma *ligação especial*, particular, entre sujeitos como referência da regra de conduta da boa fé. No tocante ao núcleo inicial da regra da boa fé — prossegue o jurista —, o estudo dos seus pressupostos e implicações conduziu ao reconhecimento, hoje pacífico, de que o contrato *convoca* uma *ordem normativa* que o envolve e se situa num *plano distinto* quanto às estipulações das partes e, em geral, às próprias disposições supletivamente fixadas pelo ordenamento, sujeitando os contraentes aos ditames daquela regra por todo o seu período de vida. *Por isso, ao lado* dos deveres de prestar — sejam eles *principais de prestação* ou *acessórios de prestação principal* —, na relação obrigacional complexa floresce um leque mais ou menos amplo de deveres que disciplinam o desenrolar da relação contratual, que podem ser designados como *deveres laterais* ou *simples deveres de conduta*. Todavia, eles não se apresentam estritamente *funcionalizados* ao adequado cumprimento dos *deveres de prestar*. Neste passo, outros interesses que tenham de ser razoavelmente tidos em conta pelos contraentes durante a relação são suscetíveis de ser contemplados através desses *deveres anexos*. Por isso, a sua sorte não tem de permanecer idêntica à dos deveres de prestar: o que se manifesta, nomeadamente, na possibilidade de sobreviverem à invalidade ou ineficácia do contrato, e no fato de serem suscetíveis de surgir *ainda antes* da sua *celebração* e perdurar, também, *para além* da *extinção* dos deveres de prestar. Já no plano da relação desses deveres com a confiança, a conexão é sublinhada em setores importantes da doutrina, que vão encontrar na *tutela da confiança* uma explicação principal da regra de conduta de boa fé, que constitui a origem desses deveres. Mas também são descritos, por vezes, sem qualquer referência específica à necessidade de acautelar as expectativas das partes. Larenz, por exemplo, aponta a necessidade de adoção do *comportamento que se espera de um contraente honesto e leal*, fundamentada no princípio da boa fé. Na realidade — enfatiza o jurista —, apesar da relativa facilidade com que aparecem retratados, discursivamente, esses deveres, e embora sabendo, por igual, que são abundantemente documentáveis as aplicações da regra da

conduta da boa fé, muito caminho existe ainda a percorrer em ordem a uma racionalização plena da norma da conduta da boa fé e à explicitação do seu conteúdo, bem como da sua ligação com a confiança.

Seguindo na mesma toada lusitana, BRUNO MIRAGEM²⁰² leciona que a *proteção da confiança* é um princípio imanente²⁰³ em todo o direito e pode adquirir distintos significados, como aquele balizado por Manuel António Carneiro da Frada²⁰⁴, de que "aquele que crê firmemente em uma certa realidade, como quem espera por uma convicção mais moderada; como ainda o que chega a adotar determinado comportamento, apesar de uma contingência que não domina, decidido a assumir o correspondente risco na expectativa de que ele não se concretize", ou, ainda, aquele que, na dicção de Menezes Cordeiro²⁰⁵, "exprime situação em que uma pessoa adere, em termo de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras que tenha por efetiva". Assim, a confiança pode ser tratada como a expectativa que surge, dentro da comunidade, de um comportamento honesto, normal, cooperativo, a partir de normas estabelecidas por esta comunidade mesma, de modo que capitaliza o passado, na medida em que não se exige, da generalidade dos atos humanos, que eles sejam formalmente deliberados e executados, senão que se desenvolvam, muitos deles, naturalmente, em vista da ausência de uma precaução exagerada em relação ao comportamento do outro. Assim, a confiança é uma fonte de coesão social, integrando as bases pelas quais os membros de uma comunidade estabelecem certos padrões para a convivência social, inclusive reduzindo a complexidade da vida e reforçando a tutela das expectativas legítimas dos indivíduos no tocante ao comportamento alheio. No direito das obrigações, a confiança revela-se como condição ou influência decisiva do comportamento dos sujeitos da relação, uma vez que eles vão se comportar de determinado modo porque confiam na reciprocidade da conduta do outro na relação ou, ainda, porque confiam na tutela do direito que torna exigível certo comportamento e sanciona a violação do dever. Ademais, a confiança avulta em sistema social que privilegia a circulação de bens. Nesta perspectiva, o direito protege as situações de confiança por meio de *disposições legais específicas* ou por *institutos gerais* que, no direito brasileiro, são encontrados em *cláusulas gerais* e seus *conceitos indeterminados*, como é o caso da *boa-fé* (CC, arts. 113, 187 e 422) e dos *bons*

²⁰² MIRAGEM, Bruno - **Op. cit.**, p. 125-128.

²⁰³ No ponto, NUNO MANOEL PINTO OLIVEIRA classifica a *confiança* como um *subprincípio* do princípio da boa fé como norma sobre a conduta dos contraentes (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - **Op. cit.**, p. 176-182).

²⁰⁴ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da - **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17-18, *apud* MIRAGEM, Bruno - **Op. cit.**, p. 125.

²⁰⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - **Da Boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 123, *apud* MIRAGEM, Bruno - **Op. cit.**, p. 125.

costumes (CC, arts. 122 e 187), que expressam *valores fundamentais do direito privado contemporâneo* e partem do princípio que a *expectativa legítima* seja pertinente à *conduta* dos sujeitos da relação obrigacional. No direito obrigacional português — prossegue MIRAGEM —, Menezes Cordeiro *sistematiza os pressupostos da proteção da confiança no direito* nos seguintes termos, *verbis*²⁰⁶:

- 1.º Uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias;
- 2.º Uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos subjetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível;
- 3.º Um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada;
- 4.º A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fato objetivo que a tanto conduziu."

Nada obstante, Menezes Cordeiro registra que a *articulação* entre os *pressupostos* para a *tutela da confiança* não são todos indispensáveis, articulando-se de modo que "a falta de alguns deles possa ser compensada pela intensidade especial que assumam alguns, ou algum, dos restantes"²⁰⁷. *A situação de confiança tutelada pelo direito resulta de uma crença legitimada pela conduta da outra parte, levando-a a um comportamento determinado, baseada nisso*. Nesse sentido, a proteção da confiança a estabelece como *fonte autônoma de responsabilidade*, na hipótese em que um dos sujeitos da relação obrigacional viole os *deveres* que dela são decorrentes. Esta *responsabilidade pela confiança* (*Vertrauenshaftung*) constitui o modelo essencial pelo qual se reconhece a *proteção da crença* gerada a partir do comportamento das partes em dada relação obrigacional, seja em relação à sua *constituição*, *execução* ou mesmo *após a sua extinção*, preservando-se os *efeitos* decorrentes da *crença estabelecida*. Esta crença surge por meio do comportamento das partes ou informações prestadas, que, na medida em que despertem a confiança legítima da contraparte, vinculam a uma ação futura, ao prosseguimento de uma dada conduta ou, ainda, a manutenção de determinado estado de fato.

Em exauriente monografia sobre o *princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*, RAFAEL MAFFINI²⁰⁸ procede à delimitação conceitual

²⁰⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - **Da Boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 971, *apud* MIRAGEM, Bruno - **Op. cit.**, p. 126-127.

²⁰⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - **Da Boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 973, *apud* MIRAGEM, Bruno - **Op. cit.**, p. 127.

²⁰⁸ MAFFINI, Rafael - **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 56-63.

de *segurança jurídica*, *proteção da confiança* e *boa-fé*, anotando, de início, com base nos ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva, que estas três expressões substanciam ideias que *pertencem à mesma constelação de valores*, mas que no curso do tempo foram se particularizando e ganhando nuances que de modo algum a diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras, âmbito em que a proteção da confiança decorre imediatamente do princípio da segurança jurídica, por representar a face subjetiva dessa. De outra parte, a correta compreensão do princípio da confiança reclama a percepção da sua relação com a boa-fé. Nesta perspectiva, o princípio da boa-fé é noção que deitou raízes e se desenvolveu no Direito Privado, tendo alcançado um alto grau de evolução teórica especialmente voltada ao estudo dos negócios jurídicos e das obrigações. Em termos gerais, a boa-fé dicotomiza-se em dois sentidos básicos, um *subjetivo* e outro *objetivo*. No *subjetivo*, significa um autêntico estado anímico, residente no campo das intenções, qualificado pelo sentimento pessoal (daí a qualificação de *subjetivo*) de atuação conforme a ordem jurídica. No sentido *objetivo*, a boa-fé enseja imposições de natureza comportamental, sem agressão nem frustração às expectativas legitimamente criadas, qualificando, pois, uma *norma de comportamento leal*, da qual decorrem *consequências hermenêuticas*, bem como a *imposição de deveres jurídicos* ou *limites à fruição de direitos subjetivos*. Nesta toada, no sentido *objetivo* ou *comportamental*, indutor de consequências jurídicas igualmente objetivas, o *princípio da boa-fé* aproxima-se — quase ao ponto de identidade — do *princípio da proteção da confiança*, âmbito em que a *confiança* representa um *subprincípio da boa-fé objetiva*. Em alguns países, a exemplo da Espanha, não é exagero afirmar que o princípio da proteção da confiança surgiu e tomou forma — ora pela identificação, ora dotado de sentido próprio — pelas mãos do princípio da boa-fé objetiva²⁰⁹.

Entretanto, a identidade entre os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva não se afigura como a solução mais adequada, embora sejam reconhecidas as suas óbvias conexões. Com efeito, tomando-se a noção de boa-fé objetiva como imposição de conduta leal, é inegável a sua proximidade com o princípio da proteção da confiança, que objetiva estabelecer, em *ultima ratio*, um estado de tutela jurídica — direta ou indireta,

²⁰⁹ No ponto, CASTILLO BLANCO leciona que, "*En fin, nuestros tribunales de justicia proclaman con igual celo, según venimos exponiendo, el principio de la protección de confianza legítima y el de buena fé. Conjunta o separadamente, ambos son recogidos para, al fin y a la postre, proteger situaciones jurídicas legítimas en que la actuación de la Administración no ha respondido a lo que de ella se esperaría, donde ésta se ha contradicho en su relación con los ciudadanos o infringido la confianza que en ella se había depositado. Sin embargo, hay que reiterar que dicha aplicación se ha realizado, en la mayoría de las ocasiones, con sumo desconcierto, con una aplicación simultánea de ambos conceptos a situaciones fácticas idénticas y sin deslindar suficientemente el campo de acción de cada uno de ellos*" (CASTILHO BLANCO, Federico A. - **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 255-276, *apud* MAFFINI, Rafael - **Op. cit.**, p. 58).

positiva ou negativa — das expectativas legitimamente depositadas pelos administrados em relação às condutas, procedimentos, promessas e demais atos perpetrados pelo Estado em sua atividade administrativa. Nesse sentido, tendo-se por foco a necessidade de lealdade de conduta garantidora (*ex post*) da estabilidade das relações jurídicas, os conceitos dos princípios em tela muito se aproximam, inclusive porque a boa-fé objetiva torna-se operativa com vistas à produção de um estado de confiança mútua, configurando, consoante já referido, valores de uma mesma constelação. Para MAFFINI, contudo, há empecilhos ao reconhecimento da identidade de tais princípios. Sendo a boa-fé objetiva um princípio que almeja um estado de coisas qualificado pela busca a condutas leais e, em relações bilaterais, pela busca de comportamentos reciprocamente leais, tal imposição se apresenta no Direito Administrativo numa via de duas mãos, tanto impondo um comportamento franco da Administração Pública para com o administrado, como impondo a reciprocidade de tal dever de lealdade, ou seja, uma conduta reta do administrado em relação à Administração Pública. A proteção da confiança, por seu turno, afigura-se uma feição mais ampla, deduzida, *imediatamente*, da imposição de segurança jurídica e, *mediatamente*, do Estado de Direito, que visa à obtenção de um estado de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais. Ocorre que nem sempre tal proteção estará diretamente condicionada à boa-fé do administrado, não se tratando, portanto, de uma relação necessária. Ao tratar da questão nos lindes do Direito Privado, GERSON LUIZ CARLOS BRANCO²¹⁰ leciona que "O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé, também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso". Enfim, em termos de conclusão, RAFAEL MAFFINI afirma que "o princípio da proteção da confiança e o princípio da boa-fé imbricam-se, numa necessária confluência para um estado de lealdade a se exigir tanto da Administração Pública quanto daqueles que são os destinatários de sua função. Entretanto, tais princípios não são portadores de um sentido absolutamente idêntico. A relação havida entre eles consiste no fato de que a proteção da confiança, sobretudo em relação a atos administrativos concretos, individuais e pessoais, terá a boa-fé do administrado como pressuposto, não como *fonte (sobreprincípio)* ou como *resultado (subprincípio)*. Nesse

²¹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos - A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio e seus efeitos. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 12, out./dez., 2002, p. 185, *apud* MAFFINI, Rafael - **Op. cit.**, p. 61.

sentido, lembra-se da passagem de Judith Martins-Costa, pela qual 'a confiança (*cum fides*) adjetiva-se na boa-fé (*bona fides*). Essa, ao que parece, é a relação havida entre a boa-fé objetiva e a proteção da confiança legítima"²¹¹.

ROBERTO SENISE LISBOA²¹² leciona que o *princípio geral da confiança negocial* não está expresso no sistema civil brasileiro, mas que a ausência da sua previsão legal expressa não impediu que o direito alemão, italiano e, mais recentemente, também o francês, o reconhecesse, pois ele incide sobre a conduta pessoal de quem atua no tráfico jurídico, relacionando-se estreitamente com a ideia de responsabilidade pessoal, como decorrência da necessidade de segurança da atividade negocial. Assim, este princípio tem por função efetuar a proteção de toda expectativa negocial, dinamizando as suas atividades, estimulando o credor, contribuindo para a rápida produção dos efeitos desejados pelos interessados e fomentando o denominado *valor de cumprimento*. Isso não reduz a importância da boa-fé objetiva e nem há uma superposição indesejada de princípios que possa justificar a sua não adoção. Ao contrário, admitir a confiança como *princípio geral do negócio jurídico* importa em revalorização do princípio da boa-fé, que é recolocado na sua vocação original de regra de ouro de conduta por meio da qual uma das partes atua *vendo o outro*, na expressão de Cláudio Lima Marques, a fim de que possa obter a satisfação do seu interesse sem prejudicar a contraparte. A confiança negocial pode ser geral ou individual, âmbito em que, na primeira, a repercussão da sensação de estabilidade ou instabilidade do tráfico não é particularizada, restrita à análise refletida de uma ou de poucas pessoas. Além destas categorias, há a *confiança relacional*, que se trata de um valor instrumental. Destarte, a confiança, num sentido de complementariedade com a boa-fé objetiva, com a segurança e os demais princípios aplicáveis, exerce notável função de alcance, no caso concreto, da justiça negocial, pois o contrato justo é, afinal, o objetivo contínuo tanto de quem negocia, como da sociedade em geral.

Assim, pois, em que pese uma certa superposição, para SENISE LISBOA a noção de confiança relacional é indispensável para a consolidação e estabilidade dos regimes democráticos voltados para o livre mercado, sendo considerada um valor consecutivo da segurança negocial.

²¹¹ MAFFINI, Rafael - **Op. cit.**, p. 63.

²¹² LISBOA, Roberto Senise - **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-40.

3.1.2 Princípio da boa-fé objetiva e estado de fato da boa-fé subjetiva

No magistério de PINTO MONTEIRO e MOTA PINTO²¹³, a *boa fé* é um *princípio fundamental* contemporâneo da ordem jurídica, de particular relevância no campo das relações civis, mas abrangendo todo o direito privado. Nesta esteira, é um princípio fundamental que exprime a preocupação da ordem jurídica pelos *valores ético-jurídicos da comunidade*, pelas *particularidades da situação concreta* a regular e por uma *juridicidade social e materialmente fundada*. Assim, pois, a consagração da boa fé corresponde à *superação* de uma perspectiva *positivista* do direito, pela *abertura a princípios e valores extraleais*, bem assim pela *dimensão social concreta e material* do jurídico que representa, deste modo ajustando-se e contribuindo para uma visão do direito em conformidade com o *Estado de Direito Social* da atualidade, intervencionista e voltado para a correção dos desequilíbrios e injustiças. Embora a sua larga abrangência jurídica, é no campo dos contratos que o princípio da boa fé adquire uma grande importância, operando em permanente *diálogo e contraponto* com o *princípio fundamental da autonomia privada*. Nesta linha de afirmações, os autores em epígrafe enquadram o princípio da boa fé como *critério normativo* no sentido *objetivo*. Vale distinguir, assim, a boa fé objetiva da sua consorte em sentido *subjetivo*, que se reporta a um *estado subjetivo* e tem em vista a situação de quem *julga atuar em conformidade com o direito*, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior, a exemplo, no CC, dentre outros, do art. 243.º, n.º 2, ao preceituar que "a boa fé consiste na *ignorância* da situação", e do art. 291.º, n.º 3, ao considerar de boa fé o terceiro que "desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável". Em muitos outros casos, porém, a lei recorre à boa fé objetiva, cujo princípio revela, na atualidade, todo o seu imenso potencial *jurisgênico* e traduz a dimensão de *justiça social materialmente fundada* já referida. Neste sentido, pois, a boa-fé objetiva é um *princípio normativo* transpositivo e extralegal ao qual o *julgador* é remetido a partir de *cláusulas gerais*, pois ele não contém a solução do caso, antes consagra o *critério* da sua solução, carecendo para o efeito de realizar a *mediação concretizadora* do aplicador, maxime o juiz, mas também os árbitros nos métodos alternativos de autocomposição de conflitos, além de outros operadores do direito. Assim é que, aplicado aos contratos, o princípio da boa fé objetiva constitui uma *regra de conduta* segundo a qual os contraentes devem agir de *modo honesto, correto e leal*, não só *impedindo* comportamentos desleais, como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles. É neste sentido que o CC, no art.

²¹³ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota - *Op. cit.*, p. 124-127.

227.º, n.º 1, menciona as "regras da boa fé", que o art. 239.º convoca os "ditames da boa fé" na integração do negócio jurídico, que o art. 334.º menciona os "limites impostos pela boa fé" como critério do abuso do direito, e que o art. 762.º, n.º 2, manda os contraentes proceder "de boa fé" no cumprimento da obrigação e no exercício do direito correspondente. Nesta perspectiva, pode-se dizer que o princípio da boa fé objetiva acompanha a relação contratual desde o seu início, permanece toda a sua vida e subsiste mesmo após ela ter se extinguido. Assim, em certa medida, o princípio da boa fé objetiva conforma a relação contratual, sendo um dos critérios a que se pode recorrer para determinar o *âmbito da vinculação negocial*. Isto quer significar que, para o magistério de CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, do contrato fazem parte não só as obrigações que expressa ou tacitamente decorrem *do acordo das partes*, mas também, designadamente, *todos os deveres que se fundam no princípio da boa fé* e mostram-se necessários para integrar a lacuna contratual, desta forma sublinhando o seu papel decisivo no enriquecimento do conteúdo do contrato, mormente por constituir a *matriz* dos denominados *deveres laterais*, a exemplo dos deveres de cuidado para com a pessoa e o patrimônio da contraparte, e os deveres de informação e esclarecimento, dentre outros. Ademais — asserem os juristas em epígrafe —, do prisma da responsabilidade nas quais as partes podem incorrer, a violação da boa fé objetiva é suscetível de geral responsabilidade *pré-contratual*, responsabilidade *contratual* ou, mesmo, responsabilidade *pós-contratual*, consoante seja o momento em que ocorra a violação. Por fim, uma manifestação especialmente relevante do princípio da boa fé objetiva que vem adquirindo, na atualidade, uma particular *densidade e identificação*, é o *princípio da confiança*, inclusive porque várias das soluções legislativas que apelam ao princípio da boa fé objetiva são inspiradas, em grande medida, pela necessidade de *tutela da confiança*. Trata-se, no fundo, de acolher a ideia de que, em certos casos, deve *relevar juridicamente* a confiança *justificada* de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver *contribuído* para fundar essa confiança e ela se justifique, igualmente, em face das *circunstâncias* do caso concreto. Essa relevância jurídica pode levar a *atribuir efeitos jurídicos* a uma situação somente aparente, ou, então, como sucederá normalmente, criar a *obrigação de indenização* pela frustração das legítimas expectativas.

Na banda brasileira, independentemente da *boa-fé objetiva* ser denominada de *princípio* e/ou de *cláusula geral de tutela*, em qualquer dessas fórmulas a sua *antítese categorial* recai sobre o que a doutrina denomina de *estado de fato da boa-fé subjetiva*.

Com efeito. Ao dissertar sobre o *critério das espécies de boa-fé*, JUDITH

MARTINS COSTA²¹⁴ leciona que *distinguir* entre *boa-fé subjetiva* e *objetiva* é o primeiro passo — básico e elementar — para compreender o *princípio*, conquanto seja frequente a confusão feita em doutrina, na jurisprudência e em projetos legislativos (a exemplo do Projeto de Código Comercial ora em tramitação no Congresso Nacional). Por um lado, a *boa-fé subjetiva*, ou o *agir de boa-fé*, expressa um *estado de fato*, que é constatado ou presumido, ou não. Se constatada ou confirmada a presunção, decorrem consequências, que a lei arrola: v.g., a posse de boa-fé, mais o decurso do tempo, tem como eficácia a aquisição da propriedade, por usucapião. Por outro lado, a conduta *segundo a boa-fé* é um *standard* jurídico, ou seja, um *standard* direcionador de *conduta*, *modelo de comportamento* a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes. Neste norte, *assegurar expectativas* e *direcionar condutas*, conforme averbou Niklas Luhmann, são as *funções primárias* do Direito, âmbito em que a função primeira da boa-fé como *standard* jurídico consiste em propiciar o *direcionamento de comportamentos no tráfego negocial*, não se perdendo de vista, ainda no ponto, que os *princípios* da *confiança* e da *boa-fé objetiva* superpõem-se em parte, inclusive em face da sua vinculação etimológica, embora a doutrina lhes trace distinção sob o prisma funcional. Como *standard de comportamento contratual*, e não como *estado de fato*, os valores intrínsecos à boa-fé são a *probidade*, a *lealdade* e as *considerações às legítimas expectativas* do parceiro contratual. Direcionada a valores, a boa-fé objetiva configura, normativamente, um *princípio jurídico* que, em consonância com todo *princípio normativo* (prescritivo), conduz o agente ao que Humberto Ávila denomina de *estado ideal de coisas*²¹⁵, no caso uma ação leal, proba (CC, art. 422) em vista do adimplemento satisfativo, fim que polariza toda e qualquer relação contratual. Constituindo *princípio normativo* (prescritivo), a boa-fé objetiva tem potencial *jurisgênico*, pois é *princípio produtor* de normas jurídicas dotadas de prescritividade, como todas as normas (os contraentes *devem* agir coerentemente ao pactuado no contrato; o credor *deve* evitar aumentar os seus próprios prejuízos). Assim, desenvolve atuação primacial ao *modular a interpretação* dos contratos, ao *criar deveres* que atuam *lateralmente* aos deveres de prestação (*deveres laterais* de conduta) e ao *balizar limites da licitude* ao *exercício* de direitos subjetivos e faculdades jurídicas. Bem por esta breve síntese, é possível perceber que boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva não apenas se revestem de

²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith - Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Orgs.) [et al.] - **Estudos de Direito Privado e Processual Civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: RT, 2014, p. 194-196.

²¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann - **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73, *apud* MARTINS-COSTA, Judith - Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva. *Op. cit.*, p. 195.

significados diversos, mas têm diferentes âmbitos e diversas funções. Nesta moldura, a prestigiada jurista em epígrafe encaminha, no tópico, as suas conclusões: uma, (a) a *boa-fé subjetiva*, é elemento do suporte fático de incidência de norma legal; outra, (b) a *boa-fé objetiva*, atua pelo menos como (i) *cânone hermenêutico integrativo*, coligadamente a usos (CC, art. 113); (ii) confere baliza ao *exercício jurídico*, para determinar quando se estará frente a uma hipótese de *ilicitude* no exercício de um direito subjetivo ou posição jurídica negocial (CC, art. 187); (iii) é *fonte de deveres de conduta* no contrato (CC, art. 422). Considerando que a *boa-fé objetiva* é um princípio jurídico do Direito das Obrigações que se espraia por vários campos da experiência jurídica, haverá de atuar moduladamente junto aos demais princípios e regras incidentes no setor específico, abrangendo, nomeadamente, os campos das *relações obrigacionais "puramente civis"*, as *relações obrigacionais de consumo*, as *relações obrigacionais de Direito Administrativo* e as *relações obrigacionais de Direito Comercial*.

Na banda lusitana, ao discorrer sobre a *cláusula geral da boa fé*, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS²¹⁶ leciona que os modelos contratuais — típicos ou atípicos — suscitam a necessidade de recorrer à *boa fé* para determinar, em concreto, o conteúdo dos comportamentos devidos e exigíveis. Mas a sua determinação no âmbito das relações contratuais não resulta, sem mais, do teor das estipulações e dos preceitos de lei aplicáveis, sendo necessária a mediação de critérios normativos suscetíveis de permitir, em cada caso concreto, uma solução que não seja meramente formal, pois o Direito exige que as decisões sejam justas e adequadas às circunstâncias. Nesta perspectiva, o art. 762.º/2 do Código Civil — cujo enunciado retro transcrevemos — adota a *boa fé* como critério para a concretização dos procedimentos devidos. A *boa fé* teve um desenvolvimento sistemático em Portugal há pouco tempo, com a obra de MENEZES CORDEIRO²¹⁷, caracterizando-se como um princípio do Direito Justo, que vale seja por força da sua justiça própria, quer por efeito da sua positivação na lei. Mas a positivação do princípio da *boa fé* na lei não lhe confere a validade, *que já tem de per si*, mas tão só as formas organizativas de se realizar, tendo um componente ético-jurídico e outra de segurança do tráfego jurídico, e, no que respeita às vinculações contratuais, tem a ver com o escopo do contrato, desempenhando um papel muito importante na interpretação e integração dos contratos, bem assim na concretização dos comportamentos em cada momento e em cada caso devidos e exigíveis no seu âmbito. Neste norte, os

²¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Op. cit.*, p. 401-404.

²¹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - *Op. cit.*, p. 1.189, *apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Op. cit.*, p. 401-402.

contratos, quando não se esgotam no próprio ato de contratar, quando se prolongam para o futuro, sempre subsumem promessas, cuja perspectiva utilitarista envolve o dever de cumpri-las e de respeitar a palavra empenhada, daí resultando a necessidade de manter uma base mínima de confiança na vida social e de relação, constituindo o cerne da vinculação dos contratos e caracterizando um dever supralegal.

Na dicção de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA²¹⁸, o termo *boa fé* tem dois significados distintos. A boa fé em *sentido subjetivo* designa um *fato*, relacionando-se com o *conhecimento* ou com o *desconhecimento* de uma circunstância de fato ou de direito (vide, p. ex., os arts. 119.º/3, 243.º/2, 291.º/3, 612.º, 892.º e 898.º do CC). Por outro lado, a boa fé em *sentido objetivo* designa uma *norma* que se relaciona com uma de duas coisas: ou com a *conduta dos contraentes*, ou com o *conteúdo do contrato*, sendo que, nesta perspectiva, o *princípio da boa fé* designa — sempre e só — a boa fé como *norma*, a *boa fé em sentido objetivo*. Entre as disposições legais em que a *boa fé em sentido objetivo* é uma *norma* sobre a *conduta dos contraentes* estão os arts. 227.º, 334.º e 762.º/2, do CC, os arts. 6.º e 12.º do Decreto-Lei 178/86, de 3 de Julho, sobre o regime jurídico do contrato de agência, o art. 9.º/1, da Lei de Defesa dos Consumidores, o art. 24.º do Decreto-Lei 12/2004, de 9 de Janeiro, sobre o regime jurídico do exercício da atividade de construção, o art. 102.º do Código do Trabalho, o art. 10.º da Lei 19/2009, de 12 de Maio, sobre o regime jurídico das fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada. Entre as disposições legais em que a boa fé é uma *norma* sobre o *conteúdo do contrato*, sobre a sua *justiça* ou *injustiça*, encontram-se, p. ex., os arts. 437.º do CC e os arts. 15.º e 16.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (aprovada pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, alterada pelo Decreto-Lei 220/95, de 25 de Agosto, e pelo Decreto-Lei 249/99, de 31 de Agosto). A rigor, o *princípio da boa fé* transcende o *direito dos contratos*, o *direito das obrigações*, o *direito civil* e, até, o *direito privado*, aplicando-se, p. ex., ao *direito administrativo*, uma vez que, no exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé, conforme preconiza o art. 6.º-A do Código de Procedimento Administrativo. No entanto, independentemente de aparecer como uma norma sobre a conduta dos contraentes ou sobre o conteúdo dos contratos — sobre a sua *justiça* ou *injustiça* —, o princípio da boa fé só deve aplicar-se aos casos em que haja uma *ligação especial* entre *sujeitos determinados ou*

²¹⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - **Op. cit.**, p. 163-165.

determináveis, vindo a calhar, no ponto, a doutrina de António Menezes Cordeiro²¹⁹, com a qual António Manuel Carneiro da Frada²²⁰ concorda e leciona que "aí onde não há nenhuma forma de relacionamento entre os sujeitos, a ordem jurídica [contenta-se] apenas com a necessidade de uma conduta que não ultrapasse as fronteiras básicas e gerais que ergue à actividade humana [i. é: com o controlo decorrente da cláusula geral do abuso do direito], mas afina as exigências de comportamento logo que os sujeitos constroem entre eles relações específicas, pois a estas correspondem também vínculos especiais".

Ao discorrer sobre a legislação civil italiana, PIETRO PERLINGIERI²²¹ leciona que, ao lado da técnica de legislar mediante normas regulamentares (vale dizer: através de previsões específicas e circunstanciadas, do tipo casuístico, com previsão de uma *fattispecie* abstrata, com uma hipótese e a sua pertinente consequência), coloca-se a técnica legislativa das *cláusulas gerais*: legislar mediante cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.

Tome-se, por exemplo, as noções de ordem pública (art. 31 disp. prel., agora art. 16 da lei n.º 218, de 31/05/1996, e art. 1.343 do Código Civil), de bom costume (CC, arts. 1.343 e 2.035) e de solidariedade (Constituição, art. 2.º), a que se podem acrescentar, dentre outras, aquelas de *equidade*, de *diligência e de lealdade no adimplemento* (CC, arts. 1.176 e 1.175), de *boa-fé no contrato* (CC, arts. 1.337, 1.336 e 1.375). *Essas expressões, a partir de uma visão global do ordenamento jurídico, assumem um significado diverso.*

Assim, as cláusulas que no Código de 1942 eram inspiradas por uma ideologia produtivista e economicamente autossuficiente (autarcia), assumem um significado diverso se forem lidas e aplicadas na *lógica da solidariedade constitucional*. O art. 2.087 do CC, por exemplo — prossegue ilustrando o jurista italiano do *diálogo das fontes* —, prevê que "O empresário deve adotar no exercício da empresa, as medidas que, de acordo com a particularidade do trabalho, a experiência e a técnica, são necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos empregados". O art. 2.014 do CC estabelece, por sua vez, que "O empregado deve usar a diligência exigida pela natureza da prestação devida, pelo interesse da empresa e por aquele superior produção nacional. Deve além disso observar na execução e na disciplina do trabalho, as disposições dadas pelo empresário e pelos seus colaboradores dos quais depende hierarquicamente". Se se interpretam estes dois

²¹⁹ CORDEIRO, António Menezes - *Op. cit.*, p. 1.256, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 164.

²²⁰ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da - *Op. cit.*, p. 848, *apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Op. cit.*, p. 164.

²²¹ PERLINGIERI, Pietro - *Op. cit.*, p. 27-28.

artigos exclusivamente na lógica do Código Civil de 1942, diligência do empregador e diligência do empregado têm um significado diverso daquele que se lhes deve atribuir, não somente em face de novas leis aprovadas sucessivamente (p.ex., o denominado Estatuto dos Trabalhadores) e da contratação coletiva, mas também, e sobretudo, à luz dos princípios constitucionais, nos quais a ideia forte é o *respeito à pessoa e à sua dignidade* (Constituição, arts. 2 e 41, § 2). Assim, nas relações de trabalho, deve ser considerado diligente aquele trabalhador que, para evitar um possível perigo a um colega de trabalho, ou a si mesmo, interrompe a cadeia de montagem. Numa lógica produtivista, este fato poderia ser considerado não diligente e, portanto, como justa causa de despedida. Todavia, avaliado o ato na lógica do respeito à pessoa, à segurança, à vida, à integridade — não só física, mas também moral e psíquica —, o seu gesto pode ser considerado diligente na medida em que é orientado a evitar um grave perigo à vida, à saúde de um colega de trabalho ou à sua pessoal.

Retornando ao campo doutrinário brasileiro, SÍLVIO DE SALVO VENOSA²²² leciona que o Código Civil de 2002 constituiu um *sistema aberto* que, no plano da técnica, erigiu *cláusulas gerais* para os contratos, deste modo privilegiando o exame do caso concreto e a dialética contemporânea que abrange todas as áreas do conhecimento científico, principalmente as das ciências sociais.

Nesta perspectiva, no Código Civil de 2002, os artigos 421 ("*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*"), 422 ("*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*"), 113 ("*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*") e 187 ("*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.*"), sufragam a técnica das *cláusulas gerais*, o último referindo-se ao *princípio da boa-fé objetiva*. No entanto, a denominação *cláusula geral* não fornece uma ideia exata do seu conteúdo, porque este tipo de cláusula não é, na verdade, geral, porque a denominação *cláusula aberta* tem sido mais usada para essas hipóteses, a fim de representar um dispositivo que deve ser amoldado ao caso concreto sob uma compreensão social e histórica. Nessa linha, o que a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos, *cujos conteúdos é dirigido ao juiz*, para lhe conferir um sentido norteador no trabalho de hermenêutica. Levando-se em conta que o Direito gira em torno de *tipificações* ou *descrições legais de conduta*, o enunciado da cláusula geral

²²² VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil - Contratos**. 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20-21.

subsume uma *tipificação aberta*. No entanto, se há um poder aparentemente discricionário do juiz ou do árbitro, há um desafio maior permanente, para os aplicadores do Direito, no sentido de apontar novos caminhos que se façam necessários.

Assim, no princípio da boa-fé objetiva, a ideia central é de que contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence ao campo da patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço, e em cada caso o juiz deverá definir quais as situações em que as partes contratantes se desviaram da boa-fé.

Segundo SÍLVIO VENOSA, a *boa-fé objetiva* distingue-se da *boa-fé subjetiva*, pois nesta há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado, em que o manifestante de vontade acredita que a sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que ele tem de um negócio, ao passo que naquela o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, em determinado caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Assim, a boa-fé objetiva traduz-se como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.²²³

BRUNO MIRAGEM²²⁴ também leciona ser necessário distinguir entre a *boa-fé subjetiva* e a *boa-fé objetiva*, âmbito em que o *princípio* referencia, necessariamente, esta última, pois a primeira não estrutura um *princípio jurídico*, mas somente um *estado anímico* que se reconhece à pessoa e que constitui fato relevante para o preenchimento do suporte fático de certas normas jurídicas (v.g.: a *regra* do art. 1.214 do CC, que confere ao possuidor de boa-fé, enquanto ela durar, o direito aos frutos percebidos, que pode envolver, no requisito, a falta de conhecimento do possuidor sobre determinado vício que inquinava a sua posse, de modo a torná-la irregular ou injusta).

Já a boa-fé objetiva constitui, em especial, um *princípio* do direito das obrigações, e, em geral, do direito privado (ainda que não seja atributo ou prerrogativa exclusivos deles, consoante já deixamos retro assentado), tendo se originado no direito alemão, a partir da interpretação e concreção da *cláusula geral* encartada no § 242 do BGB de 1900, determinativa de que os contratantes devem se comportar de acordo com a boa-fé e os usos do tráfico negocial, adquirindo o sentido de dever de conduta compreensivo de uma atuação com lealdade e respeito recíproco dos contratantes, que devem guardar fidelidade com a palavra

²²³ VENOSA, Sílvio de Salvo - *Op. cit.*, p. 20.

²²⁴ MIRAGEM, Bruno - *Op. cit.*, p. 129-131.

dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, bem assim respeitar as expectativas legítimas geradas na contraparte.

Nesta moldura — prossegue o autor em epígrafe —, a boa-fé objetiva expressa-se como espécie típica de *cláusula geral*, que, como se sabe, é *técnica legislativa* da qual resulta *norma* redigida com *conceitos polissêmicos ou indeterminados*, e cuja *aplicação* supõe a necessidade de *interpretação e concreção* desses conceitos mesmos. Isto confere ao intérprete e ao aplicador margens de construção do significado da norma e sua aplicação (referenciamos, aqui, as lições de Clóvis do Couto e Silva a respeito do tema, também retro desenhadas), tendo em consideração circunstâncias específicas do caso concreto. Sob esta dinâmica, a *cláusula geral* permite a atualização da *norma* no tempo e a sua aplicação em face das necessidades e peculiaridades do caso concreto, aliando a tópica jurídica (justiça no caso concreto) e as exigências de coerência interna do sistema jurídico.

Nessa esteira, os signos sobre o que seja *comportamento conforme à boa-fé* passam a constituir um resultado dinâmico da sedimentação e sistematização do entendimento que o juiz e a doutrina estabelecem, sem que se possa dizer que se trate de sentidos conferidos à margem da lei.

Assim, é possível identificar na *cláusula geral da boa-fé, funcionalmente*, uma espécie de válvula para as exigências ético-sociais, uma técnica que preconiza uma *norma* em permanente adaptação às necessidades emergentes da sociedade. O *limite* para essa interpretação, fruto da interpretação da norma sob a perspectiva da boa-fé, recai sobre ela mesmo, uma vez que, ainda que se reconheça a pluralidade de sentidos possíveis de serem atribuídos pela atividade interpretativa, nada lhe pode retirar um mínimo de significado que se depreende da sua interpretação gramatical, ou seja, o significado elementar das palavras que a compõe.

Enfim — arremata BRUNO MIRAGEM —, as máximas gerais de conduta ético-jurídica e a nova criação de direito não se limitam ao direito das obrigações e, por conseguinte, não estão vinculadas ao lugar que ele ocupa na atualidade. Trata-se de um plano legislativo de valoração jurídica, que não se encontra adstrito ao dever de prestação. Opera-se o controle da constituição, execução e conteúdo da relação obrigacional, qualificando e delimitando a liberdade individual.

3.1.3 Funções estruturais do princípio da boa-fé objetiva

No magistério de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS²²⁵, na *concretização* do *comportamento devido e exigível* em termos de *boa fé objetiva contratual*, a doutrina lusitana dominante distingue dois campos — coexistentes — distintos, quais sejam o das *vinculações principais* (*Hauptpflichten*) e o dos *deveres acessórios* (*Nebenpflichten*). A *vinculação principal* que emerge do contrato determina-se por interpretação e dela resulta o dever principal de cumprimento. Todavia, para além dos *deveres principais e secundários* de cumprimento, ainda existem os *deveres acessórios*, que desempenham uma *função auxiliar* de *realização positiva* da *finalidade contratual* e são *essenciais* ao correto processamento da relação em que a prestação se integra. Assim, são *deveres principais*, por exemplo, o de entregar a mercadoria fornecida, o de tratar o doente internado numa clínica e o de entregar a coisa vendida, ao passo que são *deveres acessórios*, v.g., o dever de embalar ou de encaixotar a mercadoria fornecida, o de alimentar o doente internado numa clínica para tratamento e o de informar o comprador sobre o modo de usar a coisa vendida, âmbitos em que a responsabilidade emergente da sua violação condiz com a responsabilidade contratual. Mas os *deveres acessórios* não são de todo identificáveis, nem concretizáveis, ao tempo da celebração, pois eles vão surgindo, determinando-se e concretizando-se de acordo com as circunstâncias e vicissitudes da relação contratual, *como emanações do princípio da boa fé e segundo o fim do contrato*. Acresce que, nos tipos contratuais previstos na ordem jurídica, por vezes os deveres acessórios estão expressos na lei, mas a consagração do dever inscrito no texto legal não supre a sua necessidade de concretização. Nesse âmbito, a concretização desse dever exige a mediação do princípio da boa fé. Ademais disso, a inserção de deveres acessórios no texto legal, no campo dos tipos contratuais legais, não quer significar que não existam *outros* deveres acessórios para além daqueles que estão tipificados na lei. Neste passo, outros deveres acessórios concretos poderão surgir, conforme as circunstâncias e as vicissitudes do contrato, não havendo distinção, no ponto, entre contratos típicos e atípicos.

Por outro lado — prossegue o doutrinador em testilha —, os *deveres acessórios* são *nominados e classificados* na doutrina de modos os mais distintos, embora essa variedade não corresponda, no mais das vezes, a divergências materiais substantivas.

²²⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Contratos*, *op. cit.*, p. 405-410.

Assim é que a expressão *deveres laterais* de Mota Pinto provém da terminologia de Esser no direito germânico, sendo menos adequada do que os *deveres acessórios*²²⁶ de Antunes Varela e de Menezes Cordeiro, porque o toque mais característico desses deveres não recai sobre a sua lateralidade em relação ao contrato, mas, sim, à acessoriedade em relação aos deveres principais e secundários dele emergentes. A expressão *deveres de conduta* parece ter origem germânica em Larenz ou em Esser/Schmidt, mas os deveres acessórios nem sempre serão de conduta em sentido restrito, até podendo ser de abstenção ou simples passividade, o que pode induzir a serem de conduta todos os deveres, deste modo tornando a expressão supérflua e indistinta.

Nesta toada, para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, os *deveres acessórios* classificam-se em *deveres de proteção*, *de esclarecimento* e *de lealdade*, a saber:

(a) Os *deveres acessórios de proteção* vinculam as partes à evitação da ocorrência de danos, pessoais ou patrimoniais, no campo da execução do contrato, não decorrendo dos deveres principais ou secundários do contrato, mas do princípio da boa fé, representando uma transferência, para o campo contratual, do antigo princípio do *neminem laedere*, então designado como *partem non laedere*, que, em caso de *desrespeito*, dão lugar à responsabilização civil do contrafator em face de *violação positiva do contrato*.

(b) Os *deveres acessórios de esclarecimento* vinculam as partes contratantes a informarem-se mutuamente de tudo quanto seja do seu conhecimento que possa ser importante para a outra parte, a exemplo dos contratos de prestação de serviços médicos, no âmbito dos quais os médicos são acusados, frequentemente, de não terem informado os seus pacientes dos riscos ou das consequências dos tratamentos ou das intervenções cirúrgicas a que são submetidos, ou, na outra face do mesmo valor, o dever de verdade que os pacientes têm de informar o médico sobre a sua história clínica. Neste norte, também são importantes, v.g., os deveres de informação e de esclarecimento, ao comprador ou usuário, do fornecedor de tecnologias, máquinas, equipamentos, *softwares*, produtos químicos etc.

(c) Os *deveres acessórios de lealdade*, por fim, vinculam as partes a *abster-se*, no âmbito do contrato, de comportamentos que possam falsear o seu objetivo, que possam desequilibrar o jogo das prestações deles emergentes ou perturbar a harmonia do seu sistema

²²⁶ Tendo em consideração que, na disciplina dos negócios jurídicos contratuais, aplica-se a regra geral de que *o acessório segue o principal*, salvo disposição legal em sentido diverso ou contrário, e que, na concretização dos deveres inerentes ao princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva, os seus vínculos são *autonomicamente equiparados* aos vínculos obrigacionais principais e secundários da avença, entendemos mais adequado denominar de *deveres anexos* os *deveres contratuais decorrentes da boa-fé objetiva* contratual.

interno, como ocorre, por exemplo, nos contratos de trabalho, no de patrocínio de advogado, no de gestão de carteira de títulos, no de agência e, no geral, nos contratos fiduciários.

Por conseguinte — conclui o autor —, a *concretização dos deveres acessórios* em consonância com o *princípio da boa fé objetiva* tem como *consequência* a redução do papel pertinente à letra do contrato na *determinação dos comportamentos devidos e exigíveis*, bem assim a instauração de um *diálogo* entre o *texto* e o *sentido e escopo* próprios do contrato, as circunstâncias, as matérias discutidas na sua negociação e os usos e costumes do tráfico. Nessa moldura, *um dever emergente da letra do contrato pode tornar-se inexigível, se e quando colidir com um dever ético superior*, pois o *componente de segurança do tráfico jurídico* e o *componente ético-jurídico* não são separáveis nos *lindes da boa fé objetiva contratual*.

Nos ensinamentos doutrinários de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²²⁷, a boa-fé é, antes de tudo, uma *diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídica* que subsume um princípio de substrato moral revestido de natureza jurídica cogente. Constitui, portanto, um princípio vinculado a uma norma de comportamento ligada à eticidade da ordem social.

Nesta toada, uma releitura da estrutura obrigacional, liberta das amarras tecnicistas da teoria clássica e revista à luz desse construto ético, conduz à conclusão de que o *contrato* não se esgota apenas na *obrigação principal* de *dar, fazer ou não fazer*, uma vez que a boa-fé objetiva impõe às partes contratantes, *também*, a observância de *deveres jurídicos anexos ou de proteção*, que, embora não estejam inscritos no contrato, integram-no com a mesma relevância e intensidade dos deveres jurídicos principais, minimamente bilaterais no campo obrigacional do sinalagma. Assim, os *deveres anexos ou de proteção* decorrentes do *princípio da boa-fé objetiva* podem ser exemplificados nos *deveres de lealdade, confiança, assistência, informação, confidencialidade ou sigilo*, dentre outros. Tais deveres são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional bilateral, referindo-se à exata satisfação dos *interesses comutativos* envolvidos nas prestações e contraprestações obrigacionais assumidas, *por força e em decorrência dos deveres da boa-fé contratual*.

²²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual**, *op. cit.*, p. 412-427.

Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva substantia princípio e regra reguladora desses deveres, cuja enumeração é caracteristicamente *numerus apertus*, vindo a calhar, neste ponto, a exauriente doutrina de JUDITH MARTINS-COSTA²²⁸ a respeito do *thema, verbis*:

" Entre os deveres com tais características encontram-se, *exemplificativamente*:

- a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também o de acondicionar o objeto deixado em depósito;
- b) os deveres de aviso e de esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação do seu *desideratum*; o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial;
- c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em relação ao mandamento de boa-fé objetiva;
- d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo;
- e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor;
- f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes;
- g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre os atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor, etc.

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente."

Nessa *moldura obrigacional anexa* ao contrato e às partes contratantes, no bojo da qual ambas são reciprocamente credoras, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²²⁹ lecionam que, na investigação da *causa genética* desses *deveres anexos*, não é possível prescindir dos *fatos materiais* dos quais elas se originam, a exemplo das negociações preliminares, o contrato, o fim do negócio etc. Na sequência, trazem à colação do tema a doutrina exauriente de MENEZES CORDEIRO²³⁰ em obra igualmente clássica sobre a matéria, no sentido de que "A boa-fé apenas normatiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si. [...] O Direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social,

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith - **A Boa-fé no Direito Privado**. *Op. cit.*, p. 439-440.

²²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual**, *op. cit.*, p. 412-427.

²³⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - **Da Boa fé no Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 646, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual**, *op. cit.*, p. 415.

emergam da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam — deveres de lealdade — nem calar ou falsear a actividade intelectual externa que informa a convivência humana — deveres de informação. Embora as estruturas e teleologia básicas sejam as mesmas, adivinha-se a presença de concretizações diversas, consoante os fatos que lhes deem origem".

Investigando as *funções estruturais* do princípio da boa-fé (objetiva), FLÁVIO TARTUCE²³¹ leciona que se tornou comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo a exigência de conduta leal dos contratantes, está intimamente relacionada com os *deveres anexos ou laterais de conduta* que são *ínsitos a qualquer negócio jurídico*, sequer havendo a necessidade de *previsão* na figura — típica ou atípica — instrumental do negócio convolado. Nesta toada, são considerados *deveres anexos*, dentre outros, os seguintes:

- (a) dever de cuidado em relação à outra parte do negócio;
- (b) dever de respeito;
- (c) dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- (d) dever de agir conforme a confiança depositada;
- (e) dever de lealdade e probidade;
- (f) dever de colaboração ou cooperação;
- (g) dever de agir com honestidade;
- (h) dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Prosseguindo na sua preleção, TARTUCE anota que a *quebra* desses *deveres anexos* gera *violação positiva do contrato*, com *responsabilização civil objetiva* daquele que desrespeita a boa-fé objetiva, consoante prescreve o Enunciado n.º 24 do CJF/STJ. Essa responsabilização independente de *culpa* está amparada, também, no Enunciado n.º 363 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, a prescrever que "*Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação*", tratando-se, por conseguinte, de um preceito de ordem pública. Bem a propósito, o doutrinador em tela averba que, à luz do CPC de 2015, a quebra dos deveres anexos pode gerar uma responsabilidade civil objetiva do violador da boa-fé objetiva processual.

Neste diapasão, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO lecionam que a doutrina acomete *três funções estruturantes* ao princípio da boa-fé objetiva, quais sejam (1) a *função*

²³¹ TARTUCE, Flávio - **Manual**, op. cit., p. 669-670.

interpretativa e de colmatação (CC, art. 113), (2) a *função criadora dos deveres jurídicos anexos ou de proteção* (CC, art. 422) e a (3) a *função delimitadora do exercício de direitos subjetivos* (CC, art. 187).

3.1.3.1 Função interpretativa e de colmatação

A função interpretativa é a mais conhecida de todas as figurações da doutrina obrigacional dos contratos. O aplicador do direito tem, na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto da sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente útil, com o que essa função também guarda íntima conexão com a diretriz consagrada na *regra de ouro* do art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo a qual o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.²³²

Essa base legal hermenêutica está substantiada no art. 113 do CC, cujo enunciado prescreve que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração", consoante já referimos anteriormente.

FLÁVIO TARTUCE também a encarta no novo CPC, por seu art. 489, § 3.º, devendo o julgador guiar-se pela boa-fé das partes ao proferir a sua decisão. Ao comentar o art. 113 do CC, Miguel Reale²³³ pondera que "em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema", ainda acrescentando que, "Com razão, o supratranscrito art. 113 dá preferência aos negócios jurídicos para fixar as diretrizes hermenêuticas da eticidade e da socialidade".

Na mesma linha, a boa-fé objetiva ainda serve como suporte de colmatação para orientar o juiz em caso de integração de lacunas, uma vez que, segundo Clóvis do Couto e Silva²³⁴, "o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, da perquirição de propósitos e intenções dos contratantes pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes e à boa-fé".

²³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 416. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 109-110.

²³³ Miguel Reale - **Estudos Preliminares do Código Civil**, p. 75-77, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 416.

²³⁴ Clóvis V. do Couto e Silva - **A Obrigação como Processo**, p. 33-34, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 416.

3.1.3.2 Função criadora de deveres jurídicos anexos e de proteção

O princípio da boa-fé objetiva detém a importante *função criadora de deveres anexos e de proteção*, que não dispensa a convergência de um acontecimento que dê causa a tais deveres, pois a *boa-fé objetiva* atua como *fundamento normativo*, e não propriamente fático, desses deveres. MIRAGEM ensina que esta função é *jurígena* e serve como *fonte autônoma de deveres jurídicos*. Nessa linha de intelecção, é forçoso convir que o rol desses jurídicos anexos e de proteção é *numerus apertus*, não taxativo, dentre os quais podem ser alinhados, a título de ilustração, alguns dos mais conhecidos, a exemplo dos que pouco atrás enumeramos ao abordar os ensinamentos de JUDITH MARTINS-COSTA e de FLÁVIO TARTUCE, a exemplo dos deveres (i) *de assistência*, (ii) *de informação* e (iii) *de sigilo ou confidencialidade*. Todos eles derivam da força normativa criadora da boa-fé objetiva, caracterizando-se como *deveres invisíveis*, embora juridicamente existentes.

FLÁVIO TARTUCE²³⁵ traz à colação o art. 422 do CC, segundo o qual "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé", o que ensejou a criação de *paradigmas hermenêuticos* no sentido de que *a boa-fé deve ser aplicada em todas as fases negociais, inclusive pré e pós contrato*, a exemplo do que prescreve o Enunciado n.º 25 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, determinativo de que *"o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual"*, também vindo à colação o Enunciado n.º 170 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, determinativo de que *"A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato"*, anotando-se, no ponto, que estes dois Enunciados, apesar de parecidos, têm conteúdos diversos, pois o n.º 25 é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma em caso concreto, ao passo que o n.º 170 é destinado às partes do negócio jurídico.

Ademais disso, FLÁVIO TARTUCE²³⁶ leciona que a quebra desses *deveres anexos, laterais ou secundários* caracteriza *violação positiva do contrato*, com responsabilização civil do contratante que desrespeita a boa-fé objetiva, tanto assim que deu ensanchas à aprovação do Enunciado n.º 24 do CJF/STJ, em 2002, na *I Jornada de Direito Civil*, cujo teor prescreve que, "Em virtude do princípio da boa fé, positivado no art. 422 do

²³⁵ TARTUCE, Flávio - *Direito Civil, op. cit.*, p. 100-101.

²³⁶ TARTUCE, Flávio - *Direito Civil, op. cit.*, p. 112-124.

Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

Neste passo, a *violação positiva do contrato*, com aplicação a todas as fases contratuais, tem sido reconhecida pela doutrina contemporânea como *nova modalidade de inadimplemento contratual*. Esta responsabilização *independente de culpa* está amparada no Enunciado n.º 363 do CJF/STJ, aprovado em 2006, na *IV Jornada de Direito Civil*, a dispor que "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação".

3.1.3.2.1 Deveres de lealdade e confiança recíprocos²³⁷

Os *deveres anexos de lealdade e confiança recíprocos* costumam ser denominados de *deveres anexos gerais* de uma relação contratual, porque a lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos e respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade.

A ideia de lealdade infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e na enunciação da verdade, com a correspondência entre a *vontade manifestada* e a *conduta praticada*, sem *omissões dolosas* — o que se relaciona, também, com o dever anexo de informação —, a fim de que seja firmado um elo de segurança jurídica fundada na confiança das partes que pretendem contratar, e com a explicitação mais clara possível dos direitos e deveres de cada um.

A ideia de confiança reside na crença na probidade moral de outrem, sendo algo que se conquista pela prática de uma conduta leal e civilizada.

3.1.3.2.2 Dever de assistência e cooperação²³⁸

O *dever de assistência* também é conhecido como *dever de cooperação*, ainda que cada qual possa ter as suas conotações específicas, e subsume a concepção de que, se o

²³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 417. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 111-112.

²³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 417-418. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 112-113.

contrato é feito para ser cumprido, aos contratantes cabe colaborar para o correto adimplemento da sua prestação principal, em toda a extensão.

Pelo plano da negativa, esse dever envolve não dificultar o pagamento pelo devedor, bem assim o recebimento da prestação creditícia pelo credor.

Nesta perspectiva, o dever anexo de assistência e de cooperação configura um dos quesitos mais importantes do princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva, cuja concretização envolve, nesta esfera anexa de comportamento e/ou conduta, para cada contratante, os deveres de dar assistência e cooperação, de fazer acontecer as suas circunstâncias conseqüências e de não fazer o que possa violá-los por qualquer modo.

3.1.3.2.3 Dever de informação²³⁹

O *dever de informação* contém uma imposição ética, moral e jurídica de comunicar à outra parte todos os mistérios, características e circunstâncias do negócio, abrangendo, também, o bem jurídico que lhe serve de objeto, vinculando-se ao dever de lealdade entre as partes contratantes.

É um dever anexo aos contratos em geral, não sendo prerrogativa dos negócios jurídicos celebrados sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.3.2.4 Dever de sigilo ou confidencialidade²⁴⁰

O *dever de sigilo ou confidencialidade* é um imperativo lógico da lealdade entre as partes contratantes, resguardando os direitos de personalidade. Em determinado contrato firmado entre duas empresas, por exemplo, para fornecimento de ração de pássaros, não foi consignada uma cláusula no sentido de que as partes contratantes não poderiam, durante a vigência do contrato, ou mesmo após o seu exaurimento, divulgar dados ou informações uma da outra, ou a composição da fórmula secreta usada para elaborar a ração de excelente qualidade e baixo custo de mercado. Nessa moldura, rente à natureza factual do contrato

²³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 418. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 113-115.

²⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 418. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 116.

firmado, ainda que sem cláusula de sigilo ou confidencialidade, resulta evidenciado pela boa-fé objetiva que esses deveres não poderiam ser violados, seja por culpa ou dolo do contrafator.

3.1.3.3 Função de controle e delimitação do exercício de direitos subjetivos

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁴¹ entendem esta função estrutural da cláusula geral e princípio da boa-fé objetiva como delimitadora do exercício de direitos subjetivos no sistema obrigacional dos contratos, tendo por escopo evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, inclusive porque busca-se, no vigente sistema constitucional, o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existindo mais espaço para a decantada *tiranía dos direitos*, tampouco para as denominadas *cláusulas leoninas ou abusivas*, seja nos contratos de consumo ou nos contratos civis e empresariais em geral. MIRAGEM segue nesta toada.

TARTUCE²⁴² leciona que a função é de controle e assenta-a no art. 187 do CC, cujo enunciado dispõe que "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 pelos bons costumes", deste modo imputando a prática de *abuso de direito* à parte contratante que o viola, ainda anotando que o Enunciado n.º 37 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, dispõe que a *responsabilidade civil* decorrente do abuso de direito é *objetiva*, ou seja, não depende de culpa, pois o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico, em razão do que a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da *responsabilidade independente de culpa*, seja pelo Enunciado n.º 24, ou pelo n.º 37, ambos da *I Jornada* do CJF/STJ. Ademais, o abuso de direito também pode configurar-se em sede de autonomia privada, por meio das cláusulas abusivas, ou, mesmo, no âmbito processual.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁴³ emendam que a cláusula contratual que preveja a *impossibilidade* de se aplicar as normas da *teoria da imprevisão* (da *onerosidade excessiva*) em benefício da parte prejudicada, além de iníqua, viola a função social do contrato e a boa-fé objetiva, sendo marcadamente abusivas. Daí a função delimitadora da boa-

²⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 418-423. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 116.

²⁴² TARTUCE, Fábio - **Direito Civil, op. cit.**, p. 112-124.

²⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 418-423. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 116.

fé objetiva ao exercício de direitos subjetivos de natureza contratual. Aproximando-se da doutrina de TARTUCE nos lindes do art. 113²⁴⁴ do CC, os juristas em tela avançam em direção ao princípio e cláusula geral que, encartada no art. 421²⁴⁵ do mesmo Estatuto, entroniza a *função social do contrato* e, na passagem para o preceito do art. 422²⁴⁶ do CC, confere à boa-fé objetiva o *status* de *princípio de direito*. Neste ponto, entretanto, apontam a falha do Legislador no plano da *extensão* ou *abrangência* do princípio da boa-fé objetiva, para fazê-lo incidir, também, nas *fases pré e pós contratual* da avença, e não somente na sua fase de execução em sentido estrito.

Com efeito, lecionam os doutrinadores em epígrafe, mesmo na *fase pré-contratual*, das tratativas preliminares, das primeiras negociações, da redação da minuta — a denominada *fase de pontuação* —, a boa-fé deve incidir em tempo integral, pois a quebra dos deveres éticos de proteção poderá resultar, antes mesmo da celebração da avença, na responsabilização civil do infrator. Sucede identicamente na *fase pós-negocial*, que envolve o que a doutrina tem denominado de *responsabilidade pós-contratual*, *post factum finitum* ou, ainda, *pós-eficácia das obrigações*, já retro comentado²⁴⁷.

Aliás, admitir a impunidade do contrafator à boa-fé objetiva nas fases pré e/ou pós-contratual, somente sancionando as fases constitutiva e executiva da avença, equivale a sufragar a iniquidade e, de quebra, incentivar toda a sorte de práticas contrárias à ordem jurídica, ilícitas, de má-fé, desleais, abusivas, e assim por diante.

3.1.3.4 Desdobramentos da boa-fé objetiva: figuras parcelares e funções defensivas

No contexto do que investigamos, até aqui, sobre o princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos, impende examinar, ainda, os desdobramentos e efeitos que a sua aplicação produz, inclusive, nos mais diferentes campos do Direito. Com esta finalidade, vamos alinhar sistematizações doutrinárias tópicas que favorecem uma visão de conjunto e privilegiam uma sintética compreensão das figuras

²⁴⁴ "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes."

²⁴⁵ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

²⁴⁶ "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

²⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 418-423. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 116.

abordadas, de modo a permitir, inclusive, a programação de incursões mais verticalizadas em áreas de interesse particularizado.

Nesta perspectiva investigatória, os *efeitos* ou *repercussões recorrentes* do princípio da boa-fé objetiva podem ser sistematizados e simbolizados em algumas *locuções* — a maior parte delas *latinas* — de uso corrente na doutrina de ponta, nas lides forenses e nos métodos alternativos (judiciais e extrajudiciais) de resolução de conflitos, locuções essas denominadas de *figuras parcelares* — expressão cunhada, no direito lusitano, por MENEZES CORDEIRO²⁴⁸, celebrizada na doutrina brasileira — que, na substância de cada uma delas, podem transitar como *fundamentos argumentativos* e/ou *decisórios* aplicáveis a questões hermenêuticas concretas residentes no sistema obrigacional dos contratos de direito privado. A título de introdução conjuntural remissiva da lavra de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁴⁹, vem à colação da matéria as percucientes investigações doutrinárias de LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO²⁵⁰, *verbis*:

" A boa-fé, segundo a insuperável classificação feita por Menezes Cordeiro ao tratar do *exercício inadmissível das posições jurídicas*, apresentaria *oito figuras parcelares*, ou seja, tipos de argumentos recorrentes com vistas a sua aplicação tópica. Entre eles estariam o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *supressio* e a *surrectio*.

Sendo *figuras parcelares* de uma *cláusula geral* e não noções próprias de uma definição conceitual, é preciso desde já salientar que, em sua aplicação, *não é necessário que todos os pressupostos estejam presentes*, havendo a possibilidade de se julgar, *não em termos de tudo ou nada*, mas em termos de um mais e de um menos. Do mesmo modo, determinada situação jurídica pode ser reconduzida *a mais de uma das figuras parcelares da boa-fé*, porque estas gozam de certa *plasticidade*. Todas, entretanto, resultam da incidência do CC 422, em matéria de contratos e de direito das obrigações. São tipos em torno dos quais é possível *agrupar os casos* que tratem do *tema da boa-fé objetiva*. Como *tipos*, permitem esta *qualificação móvel*."

Tais *figuras parcelares*, também denominadas de *função reativa* ou de *subprincípios da boa-fé objetiva*, operam como autênticos desdobramentos deste princípio, âmbito em que "A *função reativa* é a utilização da boa-fé objetiva como *exceção*, ou seja como *defesa*, em caso de ataque do outro contratante. Trata-se da possibilidade de *defesa* que

²⁴⁸ Sob os títulos de "Tratamento Típico de Exercícios Inadmissíveis" (CORDEIRO, António Menezes - **Da Boa Fé no Direito Civil**, *op. cit.*, p. 719-860) e "Tipos de Atos Abusivos" (CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de Direito Civil - Parte Geral - Vol. V**, *op. cit.*, p. 297-389), respectivamente, MENEZES CORDEIRO exaure os estudos doutrinários sobre as *figuras parcelares*, cuja extensão e profundidade refogem aos limites desta investigação, constituindo material de pesquisa e consulta permanentes.

²⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual**, *op. cit.*, p. 423-427; **Novo Curso**, *op. cit.*, p. 121-129.

²⁵⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo - *Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e Venire Contra Factum Proprium*. [Em linha]. [Consult. 20 Jul 2008]. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc>, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual**, *op. cit.*, p. 423; **Novo Curso**, *op. cit.*, p. 121-122 - os grifos são figuras de ênfase nossas, não constando do original.

a boa-fé objetiva permite em caso de ação judicial *injustamente proposta* por um dos contratantes"²⁵¹. Ao discorrer sobre a função de integração da boa-fé objetiva, FLÁVIO TARTUCE²⁵² traz à colação o Enunciado n.º 26 do CJF/STJ, aprovado em 2002, na *I Jornada de Direito Civil*, cujo preceito dispõe que "A cláusula geral contida no art. 422 do Novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes". Fazendo remissão ao pioneirismo da doutrina portuguesa no tratamento dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva — *supressio, surrectio, tu quoque, exceptio doli e venire contra factum proprium* —, TARTUCE destaca, de plano, o Enunciado n.º 412, aprovado na *V Jornada de Direito Civil* do CJF/STJ, a dispor que, nos lindes do art. 187²⁵³ do CC, "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". De um modo geral, as análises que se seguem das figuras parcelares e funções defensivas do princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva proveem, quando não identificada a autoria das citações, de lições doutrinários da lavra de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁵⁴, e de FLÁVIO TARTUCE²⁵⁵.

3.1.3.4.1 *Venire contra factum proprium non potest*

Por esta máxima, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva, depositada quando da formação do contrato. Vai nessa linha o Enunciado n.º 24 do CJF/STJ, aprovado em 2012, no *I Jornada de Direito Comercial*, a dispor 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", ao que se agrega o Enunciado n.º 362 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, cujo preceito

²⁵¹ SIMÃO, José Fernando - **A Boa-fé e o Novo Código Civil - Parte III**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul 2008]. Disponível na Internet: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm>, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 423; **Novo Curso, op. cit.**, p. 122.

²⁵² TARTUCE, Fábio - **Direito Civil, op. cit.**, p. 112.

²⁵³ "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

²⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso, op. cit.**, p. 121-129.

²⁵⁵ TARTUCE, Fábio - **Direito Civil, op. cit.**, p. 112-124.

estabelece que "A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil".

Para Anderson Schreiber²⁵⁶, podem ser apontados quatro *pressupostos* para a aplicação da proibição do comportamento contraditório, a saber: (a) um fato próprio, uma conduta inicial; (b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; (d) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.

Na toada de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁵⁷, a *exceção defensiva* substanciada no *venire contra factum proprium* significa *vir* ou *voltar-se contra um fato próprio* e parte da ideia de que as partes, em função da *confiança recíproca* que *deve* permear a relação obrigacional, devem agir com coerência e seguindo uma linha de conduta ética, rente aos bons costumes e à boa-fé objetiva. Assim, cada parte não pode, por meio de um ato posterior, contrariar esse modo correto de agir, ou seja, a parte contratante não pode contrariar a sua própria atitude, não sendo razoável admitir que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.

Dois exemplos ilustram a ideia do *venire contra factum proprium*²⁵⁸. O primeiro ocorre no caso do locador de um imóvel que, todo mês, aceita receber o aluguel com cinco dias de atraso. Após meses procedendo assim, sem se opor a tal fato, o locador resolve mudar de conduta e passa a exigir do locatário a multa moratória do período. Acresce que essa mudança repentina de atitude do locador frustra uma legítima expectativa do locatário, uma vez que o senhorio, durante meses, não se opôs ao pagamento do aluguel com dias de atraso, tolerando-o iterativamente de modo a fazer com que o locatário acreditasse que a cláusula escrita havia sido alterada por um acordo verbal implícito com o locador. O outro exemplo vem do CC/2002, que, no art. 175, determina que o contratante que voluntariamente iniciou a execução do negócio jurídico anulável não pode mais invocar essa nulidade. Assim, o cumprimento voluntário do negócio anulável importa em extinção de todas as ações ou exceções de que dispusesse o devedor, que optou por seguir uma conduta de convalidação pela qual ele não pode, posteriormente, *venire contra factum proprium* e surpreender a outra

²⁵⁶ SCHREIBER, Anderson - **A proibição do comportamento contraditório - Tutela de confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124, *apud* TARTUCE, Flávio - **Direito Civil, op. cit.**, p. 116-117.

²⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 424. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 122-124.

²⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 122.

parte com uma mudança de conduta que coloque em xeque o seu próprio proceder anterior. Outro exemplo deriva do art. 330 do CC, em que o credor que aceitou o pagamento, durante a execução de pacto de trato sucessivo, em lugar diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato, para contra ele alegar descumprimento.

3.1.3.4.2 *Supressio*²⁵⁹

A expressão *supressio* é outro importante desdobramento da boa-fé objetiva. Decorre do termo alemão *Verwirkung*, que significa *perda*, e consiste na perda ou supressão de um direito por meio da falta do seu exercício em tempo razoável. Trata-se de instituto distinto da *prescrição*, que se refere à perda da própria *pretensão*, ao passo que, na figura da *supressio*, o que há é um *comportamento omissivo* — um *silêncio ensurdecedor* — para o exercício de um direito, de modo que o seu exercício posterior mostra-se incompatível com as legítimas expectativas até então geradas na contraparte.

Neste norte, na *tutela da confiança*, um direito não exercido durante determinado período de tempo, *perderia a sua eficácia* por conta dessa inatividade, não podendo ser mais exercitado, pois há crença de boa-fé da contraparte de que o direito prestacional por ela devido não lhe seria mais exigido. Exemplo tradicional de *supressio* reside no uso de área comum por condômino, em regime de exclusividade, por período de tempo considerável, daí resultando a *supressão* da pretensão de *cobrança de aluguel* pelo período de uso.

Ainda sobre a comparação com a *prescrição*, não há falar em *supressio* a partir da incidência do prazo prescricional. Vale dizer: ainda não decorrido o prazo prescricional, a *supressio* se caracterizará sempre que houver a constatação de que o não-exercício do direito à prestação conformou a crença de que o comportamento omissivo, segundo o princípio da boa-fé, resultou perenizado por expectativa legitimada.

Por igual, há relação de proximidade entre *supressio* e *venire contra factum proprium*, não sendo desarrazoado tê-los em relação de gênero (*venire*) e espécie (*supressio*), embora não se possa perder de vista que a *supressio* exige, exclusivamente, um comportamento omissivo. Querendo isto significar, enfim, uma renúncia tácita de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar do tempo, a *supressio*

²⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 424-425. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 124-125.

encontra paradigma no art. 330 do CC, cujo enunciado dispõe que "O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato", a sinalizar que, ao mesmo tempo que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, direito esse que não existia até então.

Por outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica em face do seu não exercício no tempo, a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes, ambos os conceitos caracterizando, à luz do art. 330 do CC, as duas faces da mesma moeda de valor.

3.1.3.4.3 *Surrectio*²⁶⁰

A *surrectio* é o outro lado da moeda de valor da *supressio*. Configura-se no surgimento de um direito exigível em decorrência lógica do comportamento de uma das partes, ao passo que a *supressio*, conforme visto, subsume a perda de um direito em face do seu não exercício evidente.

A regra do art. 330 do CC volta a exemplarizar, pois se o credor aceitou, durante a execução do contrato, que o pagamento ocorresse em local diverso do convencionado, há tanto uma *supressio* do direito do credor exigir o cumprimento literal do contrato, quanto uma *surrectio* do devedor exigir que o contrato seja cumprido, então, no novo local tolerado.

3.1.3.4.4 *Tu quoque*²⁶¹

Tu quoque, Brutus, fili mi! A célebre frase atribuída a Júlio César, ao constatar a traição de seu filho Brutus, confere nome a um dos desdobramentos mais comuns da boa-fé objetiva. A aplicação do *tu quoque* verifica-se em situações em que ocorre um comportamento que, rompendo com o *valor* inerente à *confiança*, *surpreende* uma das partes da relação negocial, colocando-a em uma situação de *injusta desvantagem*.

²⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 425. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 126.

²⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 425. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 126.

O exemplo, desta feita, reside no art. 180 do CC, que prescreve que o "menor, entre dezesseis e 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".

Outro exemplo de desdobramento da boa-fé objetiva reside no instituto da *exceptio non adimpleti contractus* e ocorre quando a parte não executou a sua prestação no contrato comutativo, sinalagmático, não podendo exigir da outra parte a contraprestação.

Assim, no estudo das categorias concernentes à boa-fé objetiva, a expressão *tu quoque* significa que um contratante que contrafaz uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação que ele mesmo criou pelo desrespeito. Enfim, designa uma situação de abuso em que o sujeito violador tenta tirar proveito próprio, posteriormente, da situação que ele mesmo criou.

3.1.3.4.5 *Exceptio doli*

A *exceptio doli* é conceituada como sendo a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé, sendo utilizada como meio de defesa e, deste modo, tendo uma importante *função reativa*. Para GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁶², a exceção mais conhecida no Direito Civil brasileiro está contemplada no art. 476 do CC e é denominada de *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual ninguém pode exigir que uma parte cumpra com a sua obrigação se primeiro não cumprir com a sua própria. A *exceptio doli* faz-se presente em outros dispositivos do CC, a exemplo dos artigos 175, 190, 273, 274, 281, 294, 302, 837, 906, 915 e 916. Assim, a exceção dolosa é mais um desdobramento da boa-fé objetiva e tem por escopo sancionar condutas em que o exercício do direito tenha se realizado com o fim, não de preservar interesses legítimos, mas, sim, de prejudicar a parte contrária, podendo encontrar uma variante no brocardo *agit qui quod statim redditurus est*, em que se verifica uma sanção à parte que age com o interesse de molestar a contraparte, pleiteando aquilo que deve ser restituído. É o exemplo do art. 940 do CC, determinativo de que aquele "que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for 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". Na seara

²⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 425-426. Dos mesmos autores, mas em obra condensada, vide texto semelhante em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 126-127.

processual, cabe o exemplo da figura do assédio processual, consistente na utilização dos instrumentos processuais para não cumprir a determinação judicial.

Vale registrar, ainda, que a doutrina divide a *exceptio doli* em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, âmbito em que vem à colação do tema, novamente, os ensinamentos de LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO, *verbis*²⁶³:

"3) A *exceptio doli generalis* consiste em um outro tipo de atuação da boa-fé objetiva no sentido de veicular seu conteúdo material para específicas situações subjetivas. A *exceptio doli* atua no sentido de paralisar o exercício de pretensões claramente dirigidas contra a parte contratante de modo doloso. Trata-se, nas palavras de Menezes Cordeiro, da "situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente". (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 719).

O motivo dessa faculdade é justamente o fato de a outra parte ter agido com dolo. Assim, como obteve uma posição jurídica indevidamente, esta não pode ser exercida. Aquele contra quem se a pretende exercer pode paralisá-la alegando a exceção de dolo. Nas Institutas de Gaio, existem diversos exemplos do que os romanos consideravam, em seu espírito, exceções. Assim, por exemplo, a demanda por um valor a título de empréstimo contratado, mas ainda não efetivado, não poderia ser excepcionada desta maneira. O espírito do mecanismo era interessante fonte de aplicação de vetores de justiça material a exemplo do que sucede, a ponto grande, com a doutrina da boa-fé em sentido objetivo. Afirma o texto que "as exceções foram estabelecidas em defesa dos demandados, pois acontece com frequência que, de acordo com o direito civil, uma pessoa esteja obrigada e, nada obstante isto, resulte injusto que seja condenada em juízo". A exceção de dolo tem sido pouco aplicada no Brasil de forma consciente, mas pode ser um recurso deveras interessante para paralisar o exercício de alegados direitos subjetivos em sentido amplo, nos casos não claramente subsumíveis ao *venire* ou ao *tu quoque*.

4) A *exceptio doli specialis* nada mais seria do que uma particularização da *exceptio doli generalis* referida a atos de caráter negocial e a atos dele decorrentes, quando o primeiro houvesse sido obtido com dolo. Assim, a *generalis*, como o próprio nome diz, é gênero e a outra espécie. A diferença específica encontra-se nos casos em que a fonte da que dimana o possível direito é um negócio jurídico e não qualquer outra fonte. O caráter excessivamente geral das duas figuras acaba por tornar sua aplicação perigosa em termos de segurança jurídica, valor que parece preservado pelas figuras anteriormente consideradas, na medida em que tem pressupostos concretos de verificação.

De todo modo, é claro que se pode enquadrar o caso sob comento numa hipótese de *exceptio doli*, por parte da prefeitura, na medida em que dolosamente captura recursos mediante contratos de compromisso de compra e venda que pretende depois ver anulados. Contra a pretensão anulatória, os prejudicados tem a seu favor a exceção de dolo para fazer valer um conteúdo de justiça material imperativo, decorrente da regra da boa-fé objetiva."

3.1.3.4.6 Inalegabilidade das nulidades formais

A inalegabilidade das nulidades formais consiste na aplicação da regra de que ninguém deve se valer da própria torpeza, sendo mais um desdobramento do princípio da boa-

²⁶³ PENTEADO, Luciano de Camargo - **Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e *Venire Contra Factum Proprium***. [Em linha]. [Consult. 20 Jul 2018]. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc>, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual, op. cit.**, p. 426; **Novo Curso, op. cit.**, p. 127. **Obs.:** pesquisando na mesma fonte sobre PENTEADO, *op. cit.*, ampliamos a transcrição de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO. [Em linha]. [Consult. 20 Jul 2018]. Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf>

fé objetiva. Para GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁶⁴, também consiste em aplicação específica do *venire contra factum proprium*, vedando o comportamento contraditório em matéria de nulidade.

Trata-se de um princípio sufragado na legislação brasileira, com especial intensidade no campo processual, a exemplo do art. 276²⁶⁵ do CPC/2015 e do art. 796, b²⁶⁶, da CLT.

No tema, vem a calhar, mais uma vez, a percuciente doutrina de LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO, *verbis*²⁶⁷:

"5) A inalegabilidade das nulidades formais verifica-se, por sua vez, em especiais circunstâncias que impedem a alegação da nulidade pela parte a quem esta aproveitaria, quer por ter dado causa a esta, quer por se tratar de nulidade de forma, não de conteúdo. Trata-se de uma hipótese específica de *venire*, em que o fato próprio é um ato nulo, sendo esta nulidade, entretanto, de caráter meramente formal. É uma das reduções teleológicas a que se deve necessariamente chegar para se ter uma compreensão adequada do que seja a nulidade e sua relação com a boa-fé objetiva. (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 790). Trata-se de um imperativo de justiça material, que leva ao cumprimento dos contratos, ainda que nulos, entre as partes, quando isto for possível.

Assim, pela inalegabilidade das nulidades formais, não se pode em juízo postular nulidade de atos jurídicos, notadamente bilaterais, mas também os unilaterais, a que o postulante deu causa a esta nulidade, quando esta for de caráter formal. Quando se fala de caráter formal da nulidade não se quer pontuar apenas a nulidade por vício de forma pública (e.g. CC 108), mas também toda e qualquer nulidade que não diga respeito à substância do ato, o que, evidentemente demanda análise casuística."

3.1.3.4.7 Desequilíbrio e abusividade no exercício jurídico

Para GAGLIANO e PAMPLONA FILHO²⁶⁸, a menção ao desequilíbrio no exercício jurídico representa, mais do que tudo, o reconhecimento da função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, exercida pela boa-fé objetiva. Neste norte, o exercício desproporcional e, por isso mesmo, abusivo, caracteriza um ato ilícito que não pode ser

²⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 426-427. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 127-128.

²⁶⁵ "Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa."

²⁶⁶ "Art. 796. A nulidade não será pronunciada: (...) b) quando arguida por quem lhe tiver dado causa."

²⁶⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo - **Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e Venire Contra Factum Proprium**. THESIS, São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2.º semestre, 2007, p. 57-58. [Em linha]. [Consult. 07 Jan 2018]. Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf>

²⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 427. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p. 128.

tolerado pelo ordenamento jurídico. A respeito desta *exceção defensiva*, LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO leciona o seguinte, *verbis*²⁶⁹:

"6) O desequilíbrio no exercício jurídico verifica-se nos casos em que existe um despropósito flagrante entre exercício e o direito que legítima referida atuação. Existiria, em determinados casos, uma grande diferença entre o conteúdo da titularidade e como ela foi exercida, podendo o mesmo exercício ser controlado com apelo à boa-fé objetiva. Assim, o titular do direito de construir tem limites impostos pelo fim econômico e social do direito, nas situações de vizinhança a faculdade de utilização do imóvel é controlada pelo CC 1277, os atos emulativos são vedados, ensejando responsabilidade do proprietário (CC 1228 § 2º).

Uma das figuras típicas verifica-se nos casos em que uma pessoa, dolosamente, pede determinada quantia a outra a quem deve restituir por alguma razão conexa (o que pode ser relevante na matéria de indenização por benfeitorias e acessões), existindo, portanto, desproporcionalidade entre vantagem e sacrifício.

A figura do desequilíbrio no exercício do direito, entre nós, nada mais é do que uma aplicação parcial da cláusula geral do CC 187. O dispositivo introduz como módulo limitador da atuação de direitos a boa-fé objetiva. Aquele que, ainda que sem culpa, excede os limites da boa-fé na atuação de seu direito, acaba por incorrer em violação a esta regra, possibilitando o ajuizamento da pertinente demanda indenizatória."

3.1.3.4.8 Cláusula de *stoppel*²⁷⁰

Como mais um desdobramento das funções defensivas do princípio da boa-fé objetiva, vale registrar a figura conhecida como *Cláusula de Stoppel* ou *Cláusula de Estoppel*, que se trata de uma expressão típica do direito internacional que busca preservar a boa-fé e a segurança das relações jurídicas neste campo, desde que a situação de prejuízo por *quebra de confiança* seja possível de constatação. Consiste, em síntese, na vedação de comportamento contraditório no plano do Direito Internacional, desde que a situação de prejuízo por *quebra de confiança* seja possível de efetiva constatação.

3.1.3.4.9 *Duty to mitigate the loss*²⁷¹

O *duty to mitigate the loss* ou *stop loss* é construção recente que se relaciona diretamente com a boa-fé objetiva, querendo significar a mitigação do prejuízo pelo próprio credor, tendo originado o Enunciado n.º 69 do CJP/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do

²⁶⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo - **Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e Venire Contra Factum Proprium**. THESIS, São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2.º semestre, 2007, p. 58. [Em linha]. [Consult. 07 Jan 2018]. Disponível na Internet: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf>

²⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único. Op. cit.**, p. 427. Dos mesmos autores, mas em *obra condensada*, vide *texto semelhante* em: **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral. Op. cit.**, p.128-129.

²⁷¹ TARTUCE, Fávio - **Direito Civil, op. cit.**, p. 119-123.

próprio prejuízo". A proposta, elaborada por Véra Maria Jacob de Fradera, professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração em todas as fases contratuais e decorre da conjugação do art. 422 do CC, sob inspiração do art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias (CISG), no sentido de que "A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar 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". Neste toada, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, pois a mitigação do próprio prejuízo constitui um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre negociantes. Tome-se como exemplo o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento do locatário, caracterizando circunstância constitutiva do dever do locador ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos. Esta mesma função defensiva vale para os contratos bancários em que há inadimplemento, não podendo a instituição financeira quedar-se inerte para auferir os altos encargos moratórios previstos na avença, fazendo com que a dívida atinja montantes astronômicos. Os artigos 769 e 771 do CC também são exemplos dessa exceção defensiva. Véra Jacob de Fradera propõe que o não atendimento a este dever anexo da boa-fé objetiva resulta em consequências penalizadoras ao credor, principalmente por meio da imputação de culpa próxima à culpa delitual, com o pagamento de eventuais perdas e danos ou a redução do seu próprio crédito. No entanto, de culpa contratual não se trata, mas, sim, de responsabilidade objetiva decorrente da quebra do dever anexo de boa-fé objetiva ou caracterização de abuso de direito.

3.1.3.4.10. *Nachfrist*²⁷²

O *Nachfrist* — extensão de prazo — é uma figura nova e representa outro conceito parcelar vinculado à boa-fé objetiva que começa a ser debatido no Brasil, tendo origem alemã que encontra previsão no art. 47 da já aludida Convenção de Viena sobre Compra e Venda (CISG). Na doutrina de FLÁVIO TARTUCE, trata-se da concessão, pelo comprador, de um prazo adicional ou período de carência, para que o vendedor cumpra a

²⁷² TARTUCE, Flávio - **Direito Civil**, *op. cit.*, p. 123-124.

obrigação, movido pelo intuito de conservar a avença. Diante da relação com a manutenção da autonomia privada, é inegável que o conceito também tem amparo na função social do contrato. Assim, nos termos do art. 47 da CISG, "(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato". Como se vê, portanto, tanto impede a oposição da *supressio*, quanto do *tu quoque*.

3.2 Panorâmica jurisprudencial sobre o princípio da boa-fé objetiva

3.2.1 Panorâmica jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça brasileiro²⁷³

Em consonância com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no plano da legislação infraconstitucional brasileira de abrangência federativa nacional, um dos fundamentos do direito privado reside no princípio da boa-fé objetiva, cuja função consiste em estabelecer *standards* éticos de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé objetiva não resta adstrita, tampouco se esgota na seara do direito privado, pois atua em todos os campos do ordenamento jurídico. Na sequência, em subtítulos temáticos ordenados pelo próprio STJ, trazemos à colação do nosso estudo uma pesquisa jurisprudencial centrada no "*Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito*". Na pesquisa, todos os Ministros nominados são do Superior Tribunal de Justiça.

Em apertada síntese sobre a matéria, o Ministro HUMBERTO MARTINS leciona que identificar e reconhecer a boa-fé objetiva é um mister que exige análises acuradas, pois, para concluir que um indivíduo estava de boa-fé, ou não, é preciso analisar, antes, se o seu comportamento e as suas condutas foram leais, éticas, regidas por *fair play*, ou se o seu proceder estava amparado, ou não, no direito posto. Nesta perspectiva, mesmo antes de ser incorporado, modo expresso, à legislação brasileira, o princípio da boa-fé objetiva já vinha

²⁷³ A pesquisa referente ao "*Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito*", sobre julgados paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça brasileiro no tocante à cláusula geral e princípio da boa-fé objetiva foi realizada no *link* Jusbrasil, no sítio do próprio STJ. [Em linha]. [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boafefe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

sendo largamente aplicado, pela jurisprudência brasileira — nomeadamente pelo STJ —, para a solução de casos nos mais variados ramos do direito brasileiro.

Assim é que, na esteira dos fundamentos e princípios da Constituição-Cidadã de 1988, com o advento do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), em 1990, a boa-fé objetiva foi consagrada, no sistema de direito privado brasileiro, não só como um dos princípios fundamentais das relações de consumo, mas também, muito especialmente, como uma cláusula geral para controle de cláusulas contratuais abusivas.

Nesta toada, o superveniente Código Civil de 2002 também entronizou — embora com menor poder instrumental de efetividade, entendemos nós —, o princípio da boa-fé objetiva, com especial incidência, dentre outros, no sistema obrigacional dos contratos de direito privado. O Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, com assento na Terceira Turma do STJ, leciona que a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento que impõe, concretamente, a todo cidadão, uma atuação com honestidade, lealdade e probidade nas suas relações. Mas adverte, nada obstante, que ela não deve ser confundida com a boa-fé subjetiva, assim entendida como o estado de consciência ou a crença de o sujeito estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico.²⁷⁴

Venire contra factum proprium non potest

Vem a calhar, no tema pertinente ao princípio da boa-fé objetiva, um dos seus *standards* de conduta mais conhecidos, adotado em *decisum* da Terceira Turma do STJ, que, ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 1.192.678, decidiu que a assinatura irregular escaneada em uma nota promissória, aposta pelo próprio emitente, constitui “vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa”. O emitente sustentava que, para a validade do título, a assinatura deveria ser de próprio punho, conforme determina a legislação aplicável à espécie.

A Terceira Turma, por maioria, entendeu por bem seguir o voto-líder do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, aplicando a orientação de que “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”, deste modo sufragando a aplicação do *standard* de conduta *venire contra factum proprium non potest*, a significar que

²⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201-. [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

o exercício de uma posição jurídica, quando em contradição com o comportamento anterior do próprio exercente, viola o princípio da boa-fé objetiva. No caso concreto julgado, o próprio devedor confessou ter lançado a assinatura viciada na nota promissória. Por isso mesmo, a Terceira Turma também invocou a fórmula *tu quoque* — outro *standard* de conduta nos lindes do princípio da boa-fé objetiva: aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento —, a fim de obstaculizar que o emitente, ao ter agido contra a lei, posteriormente pudesse invocar a própria contrafação para obter o seu benefício pessoal.²⁷⁵

Seguro de vida

Sob a égide do princípio da boa-fé objetiva, o STJ construiu sólida jurisprudência de que a seguradora não pode extinguir, de modo unilateral, contrato renovado por vários anos com o segurado, a exemplo do julgamento do REsp 1.105.483, pela Terceira Turma, nos idos de 2011. No julgamento em testilha, o então Ministro MASSAMI UYEDA proferiu voto-líder no sentido de que a pretensão da seguradora, de modificar abruptamente as condições do contrato e não renovar o ajuste anterior nas mesmas bases, ofende os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. Ainda no caso, a seguradora havia proposto à consumidora, que com ela mantinha contrato de seguro de vida por mais de 30 anos, termos e condições contratuais bem mais onerosos para a assinatura da nova apólice.

O julgamento do referido REsp 1.105.483, pela Terceira Turma, estabelece paradigma respaldado em precedente da Segunda Seção do STJ, corporificado no julgamento do REsp 1.073.595, relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, em que ficou definido que, se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela seguradora, e o vínculo veio a ser renovado ano após ano, o segurado tem o direito de se manter dentro dos parâmetros estabelecidos, pois, caso contrário, há violação ao princípio da boa-fé objetiva. O voto-líder da Ministra-Relatora ainda estabeleceu que os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira securitária devem ser estabelecidos de modo suave e gradual, mediante a formulação de um cronograma sobre o qual o segurado tem de ser cientificado previamente.²⁷⁶

²⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boia-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

²⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet:

Suicídio

Outro *case* sobre contrato de seguro de vida, ocorrido em 2011, envolveu o julgamento do Agravo de Instrumento (Ag) nº 1.244.022, sob a relatoria do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, tendo a Segunda Seção do STJ definido que, em caso de suicídio cometido durante os dois primeiros anos de vigência — período de carência — do contrato de seguro de vida, a seguradora só estará isenta do pagamento se e quando comprovar que o ato foi premeditado. Em consonância com a tese vencedora do Ministro-Relator, a regra do Código Civil de 2002 é no sentido de presumir a boa-fé, de modo que a má-fé é que precisa ser sempre comprovada, recaindo o *onus probandi* sobre a seguradora. No referido caso, o contrato de seguro de vida foi firmado menos de dois anos antes do suicídio do segurado, mas não ficou provado que ele assinara o contrato já com a intenção de se matar e deixar a indenização para os seus beneficiários.²⁷⁷

Planos contratuais de saúde

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 109.387, ocorrido em outubro/2017, a Terceira Turma do STJ afirmou estar caracterizada ofensa ao princípio da boa-fé objetiva quando o plano de saúde reajusta mensalidades em razão da morte do cônjuge titular. No caso, a viúva era pessoa de 77 anos de idade e estava vinculada à seguradora, como dependente do marido, há mais de 25 anos. A seguradora apresentou novo contrato, sob novas condições e novo preço, considerados exorbitantes pela idosa. A sentença de procedência da ação ajuizada pela viúva, reformada pelo Tribunal de Apelação, foi restabelecida pela Terceira Turma do STJ, por entender evidenciado que o comportamento da seguradora feriu o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) e o *postulado* da boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes, desde o aperfeiçoamento do ajuste até a sua execução, um comportamento de lealdade recíproca, de modo a que cada um dos contratantes contribua, efetivamente, para o atendimento das legítimas expectativas do outro, sem causar lesão ou infligir desvantagem excessiva.

Para mais disso, em precedente substanciado no julgamento do Agravo de Instrumento (Ag) nº 1.378.703, sob a relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, a Terceira Turma do STJ já fincara orientação jurisprudencial no mesmo sentido, tendo fixado que, se

<<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

²⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201-. [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

uma pessoa contribui para um seguro-saúde por longo tempo, durante toda a sua juventude, colaborando sempre para o equilíbrio da carteira securitária, não se mostra razoável, do ponto de vista jurídico, social e moral, que, em idade avançada, o segurado seja tido, havido e considerado como um novel consumidor, âmbito em que a conduta da seguradora viola, flagrantemente, o princípio da boa-fé objetiva, no que ela repercute o sentido de proteção à confiança.²⁷⁸

Defeito de fabricação de bem de consumo durável

No julgamento do REsp 984.106, sob a relatoria do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, a Quarta Turma do STJ sufragou, de novo, o princípio da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado, tendo definido que, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável — no caso, máquinas agrícolas —, com vida útil inferior àquela que legitimamente dela se esperava, além de configurar defeito de adequação (art. 18 do CDC), caracteriza violação à boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais, sejam elas de consumo ou de direito comum. Ademais disso, o Ministro-Relator também assentou que o fato contratual em tela constitui descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que consistiu na compra de um bem durável cujo ciclo de vida útil se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo do que aquele concretamente acontecido.²⁷⁹

Oferta, em garantia, de imóvel averbado como bem de família

Caracterizando área de grande sensibilidade social, a jurisprudência do STJ sobre bem de família em garantia é firme no sentido de que o livre oferecimento de imóvel averbado como bem de família, como garantia hipotecária, contraria a boa-fé das relações negociais, tal como sucedido, por exemplo, no ano de 2010, no julgamento do REsp 1.141.732, sob a relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, em que a Terceira Turma do STJ entendeu que o ato equivalia à entrega de uma garantia que o *devedor*, desde o início, sabia ser inexecutável, esvaziando-a por completo. Nessa moldura, foi decidido que o imóvel deve ser descaracterizado como bem de família e sujeitar-se à penhora, para satisfação da dívida afiançada. No caso, um casal figurava como fiador em contrato de compra e venda de uma

²⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bofa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

²⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bofa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

papelaria adquirida pelo filho. Os pais garantiram a dívida com a hipoteca do único imóvel que possuíam e que lhes servia de residência.²⁸⁰

Comportamento sinuoso no âmbito processual penal

No âmbito processual penal, o princípio da boa-fé objetiva já foi aplicado diversas vezes no STJ. Em dezembro de 2017, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 143.414, sob a relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, a Sexta Turma não reconheceu a ocorrência de nulidade decorrente da utilização de prova emprestada num caso de condenação por tráfico de drogas, o que se deveu ao fato de a própria defesa técnica do réu ter concordado, em momento anterior, com o seu aproveitamento processual superveniente. Neste sentido, a Ministra-Relatora assentou que a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva e invocou a proibição de comportamentos contraditórios. Considerando a anuência da defesa técnica à utilização da prova como emprestada, no plano da eticidade processual não se mostra adequado declarar a sua nulidade, pois repugna à ordem jurídica a ideia de legitimar comportamentos contraditórios,

Em caso bastante interessante, centrado no julgamento do HC nº 206.706, sob a relatoria do Ministro OG FERNANDES, a Sexta Turma do STJ entendeu caracterizado o comportamento contraditório do réu que requereu, insistentemente, um encontro com o juiz do processo, e, após ser atendido fora das dependências do Foro, alegou a suspeição do magistrado com base na reunião havida.²⁸¹

Duty to mitigate the loss

No julgamento do HC nº 137.549, sob a relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, a Sexta Turma do STJ denegou a ordem sob a égide de outro importante *standard* de comportamento assentado no princípio da boa-fé objetiva, consistente, no caso, no dever de mitigar a perda ou o prejuízo, também conhecido pelo brocardo *duty to mitigate the loss*. No caso em testilha, o réu foi condenado a prestar serviços à comunidade, mas não compareceu a Juízo para dar início ao seu cumprimento, não tendo sido intimado pessoalmente em razão de o endereço informado no boletim de ocorrência estar incorreto. O Juízo das Execuções Penais ainda tentou a intimação do condenado em endereço constante na

²⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito**. [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201-. [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bou-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

²⁸¹ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito**. [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201-. [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bou-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

Receita Federal do Brasil e na Justiça Regional Eleitoral, todavia sem sucesso. Em razão disso, a pena restritiva de direitos substitutiva aplicada foi convertida em pena privativa de liberdade. Ao analisar a questão, a Ministra-Relatora invocou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, pois a Defensoria Pública deveria ter informado, ao Juízo de primeiro grau, o endereço correto do condenado, mas não o fez. Destarte, o dever anexo de colaboração substancia e induz a lealdade entre as partes no processo, âmbito em que o paciente e a sua defesa técnica tinham o dever de informar ao Juízo o endereço correto do condenado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis e infrutíferas diligências para a localização dele.²⁸²

Boa-fé objetiva da administração pública

Em conformidade com o entendimento de Raquel Urbano de Carvalho, Doutora em Direito Administrativo, placitada na jurisprudência do STJ, "se é certo que se exige a boa-fé do cidadão no seu relacionamento com a administração, não é menos certo que o comportamento do administrador público está jungido aos *standards* dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança. E quando a Administração Pública impõe obrigações a terceiros, é fundamental que ela aja com boa-fé, pondere os diferentes interesses e considere a realidade a que se destina sua atuação. Por conseguinte, é direito subjetivo público de qualquer cidadão ter um mínimo de segurança no tocante à confiabilidade ético-social das ações dos agentes estatais".²⁸³ Neste passo, portanto, não é demais gizar que o princípio da boa-fé permeia a Constituição e está expresso em várias leis de regência de atividades administrativas, como a Lei de Licitação, Concessões e Permissões de Serviço Público e a do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos.

Desistência de ações

Ao julgar o Mandado de Segurança (MS) nº 13.948, impetrado por um policial federal, a Terceira Seção do STJ, sob a relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, decidiu que a conduta da administração coarctada no processo ofendeu os princípios da confiança e da boa-fé objetiva. No caso, o Ministro da Justiça exigiu a desistência de todas as ações, antes de analisar os pedidos de apostilamento do policial, e, posteriormente, indeferiu a

²⁸² Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bou-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

²⁸³ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.** [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bou-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

pretensão, ao fundamento de inexistência de provimento judicial que amparasse a nomeação. Conforme destacou o Ministro-Relator do caso, a atitude do administrador impôs prejuízo irreversível ao servidor. Apesar da incerteza quanto ao resultado dos requerimentos, o pedido de desistência acarretou a extinção dos processos, com resolução do mérito, inclusive da demanda que lhe garantia a nomeação ao cargo, ceifando qualquer possibilidade de o impetrante ter um julgamento favorável, pois a apelação ainda não havia sido julgada. Ainda restou destacada a doutrina que invoca, como justificativa à proteção da boa-fé na esfera pública, a impossibilidade de o Estado violar a confiança que a própria presunção de legitimidade dos atos administrativos traz, agindo *contra factum proprium*.²⁸⁴

Pagamento de verbas, a título precário, a servidores públicos

No tema pertinente ao pagamento de verbas a título precário, a Lei Federal nº 8.112/1990 prevê a reposição, ao erário, do pagamento feito indevidamente ao servidor público. O julgamento da Segunda Turma no REsp 1.263.480, sob a relatoria do Ministro HUMBERTO MARTINS, reafirma a jurisprudência do STJ neste sentido, inclusive quando os valores são pagos aos servidores em decorrência de decisão judicial precária, provisória ou não definitiva. Nessa moldura, no julgamento do AREsp 144.877, a Segunda Turma determinou que um servidor público que recebeu valores indevidos, por conta de decisão judicial posteriormente cassada, devolvesse o dinheiro à Fazenda Pública. Essa regra, contudo, tem sido interpretada pela jurisprudência com alguns temperamentos, principalmente em decorrência de princípios como o da boa-fé objetiva. A sua aplicação tem impedido, por vezes, que valores pagos indevidamente a servidores sejam devolvidos. É o caso, por exemplo, do recebimento de verbas de boa-fé, por servidores públicos, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da administração. Objetivamente, a fruição do que foi recebido indevidamente está acobertada pela boa-fé, que, por sua vez, é consequência da legítima confiança de que os valores integravam o patrimônio do beneficiário, esclareceu o Ministro HUMBERTO MARTINS no julgamento.²⁸⁵

²⁸⁴ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito**. [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bou-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

²⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito**. [Em linha]. Brasília: STJ Jusbrasil, 201- [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-bou-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>

Com esta panorâmica do STJ — Superior Tribunal de Justiça — sobre a cláusula geral e princípio da boa-fé objetiva, encerramos a nossa investigação jurisprudencial em *terra brasiliis*.

3.2.2 Panorâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça português²⁸⁶

O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional máximo no plano do direito positivo infraconstitucional português e detém um vasto acervo jurisprudencial nos lindes das figuras parcelares e funções defensivas do princípio e cláusula geral de tutela da boa fé objetiva nos contratos de direito privado, consoante passamos a alinhar.

(a) *Venire contra factum proprium*²⁸⁷

STJ, 8-jun.-2017 (Salazar Casanova), Proc. 7461/14: incorre em *venire contra factum proprium* o promitente comprador que pede um sinal em dobro quando pretendia, precisamente, que não houvesse contrato.

STJ, 14-fev.-2017 (José Rainho), Proc. 724/09: o *venire contra factum proprium* só opera em casos excepcionais, quando implique atuações clamorosamente contrárias à lealdade e à correção.

STJ, 10-mar.-2016 (Oliveira Vasconcelos), Proc. 206/13: incorre em *venire contra factum proprium* a seguradora que pretende não indenizar um sinistro invocando uma doença prévia do segurado, quando já a conhecia no momento da contratação.

(b) *Inalegabilidades formais*²⁸⁸

STJ, 17-mar.-2016 (Lopes do Rego), Proc. 2234/11: pode haver *venire contra factum proprium* na invocação de um vício de forma no arrendamento.

STJ, 29-nov.-2011 (Nuno Cameira), Proc. 2632/08: há abuso, por *venire contra factum proprium*, por parte da pessoa que considera válido, longamente, um contrato-promessa, em que pese a inobservância da forma prevista no art. 403.º/3 e, depois, alega a nulidade formal.

²⁸⁶ A pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça foi realizada sobre o extenso e minucioso trabalho doutrinário-jurisprudencial desenvolvido por MENEZES CORDEIRO no volume V do seu Tratado de Direito Civil (CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil - Vol. V, op. cit.*, p. 297-389, *passim*).

²⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado - Vol. V, op. cit.*, p. 328-331.

²⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado - Vol. V, op. cit.*, p. 344-347.

(c) Supressio e surrectio²⁸⁹

STJ, 21-jun.-2016 (Hélder Roque), Proc. 2683/12: a "neutralização" do direito, próxima do *venire contra factum proprium*, implica: o não-exercício durante um período prolongado; de outros elementos, a convicção de que não será exercido.

STJ, 11-dez.-2013 (Fernandes da Silva), Proc. 629/10: a inércia, por período prolongado, pode dar azo, quando quebrada em certas circunstâncias, à *supressio*.

STJ, 30-OUT.-2001 (Pais de Souza), CJ/Supremo IX (2001), 3, 102-104 (103/II): este acórdão refere, apenas, o art. 334.º; materialmente há, todavia, *supressio*; num contrato-promessa com prazo de dois anos para a celebração da escritura, verifica-se que o exercente deixou passar quinze anos, sem pagar as prestações que lhe incumbiam; há abuso do direito quando, supervenientemente, venha requerer a execução específica.

(d) Tu quoque²⁹⁰

STJ, 10-jan.-2008 (João Bernardo), Proc. 07B3972: o herdeiro de uma pessoa que celebrara com o cônjuge um contrato-promessa de repúdio da herança, naturalmente nulo, não pode invocar o abuso do cônjuge sobrevivente de invocar tal nulidade: ambos perpetraram a ilegalidade.

STJ, 12-jul.-2001 (Araújo Barros), CJ/Supremo IX (2001) 3, 30-34: num contrato-promessa, o Réu assina, faz reconhecer a assinatura e manda ao Autor, pedindo-lhe que assinasse e fizesse reconhecer a sua; o Autor perde o documento e alega a invalidade por não ter assinado: há abuso.

(e) O desequilíbrio no exercício²⁹¹

STJ, 30-set.-2008 (Paulo Sá), CJ/Supremo XVI (2008) 3, 46-50 (49-50), com indicações: abusa do direito o inquilino que, pagando uma renda mensal de € 2,30, exige dos senhores, que vivem de pensões de reforma, obras custeadas em € 5.000,00.

STJ, 8-jun.-2006 (Oliveira Barros), Proc. 06B3597: há abuso de direito quando se requeira, ao senhorio, a realização de obras e sejam necessários 12 anos de rendas para o seu retorno.

²⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado* - Vol. V, *op. cit.*, p. 362-364.

²⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado* - Vol. V, *op. cit.*, p. 376-377.

²⁹¹ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado* - Vol. V, *op. cit.*, p. 386-387.

CONCLUSÃO

É chegado o momento de concluir a nossa investigação. Em tempos de superações históricas e mutação de valores, a investigação percorrida entre os direitos da personalidade, o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana e os princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva no sistema obrigacional dos contratos de direito privado revelou-se longo, sinuoso e sensível. Foi preciso dimensionar e decantar, passo a passo, as pesquisas e os fundamentos sobre cada um destes institutos, e, para mais disso, ponderar os seus pesos e as suas medidas na construção de uma Dissertação de Mestrado capaz de demonstrar, pela simples leitura dos textos e com base nas escolhas que fizemos, a unidade sistemática e a harmonia principiológica desta tetralogia institucional na panorâmica ética, jurídica e normativa da cena lusitana e brasileira.

Neste norte, a percepção é de que o trabalho chega ao seu termo sob a égide dos mesmos paradigmas que nos inspiraram no início da investigação, pois os estudos desenvolvidos e as conclusões setoriais assentadas, passo a passo, sobre as origens, natureza, conceitos e nexos multifuncionais existentes entre os direitos da personalidade, o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana e os princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado, tanto no Brasil quanto em Portugal, caminham em direção à consagração de valores ético-jurídicos estruturantes de um *direito sem direitos* que afirma a dignidade da pessoa como causa fundante, equânime, justa e socialmente solidária no âmbito da tetralogia institucional que investigamos.

É bem verdade que a legislação portuguesa, no diálogo das fontes jurídico-constitucionais e juscivilistas, não permitiu, *de lege lata*, sequer o nascimento de dissídio sobre se os direitos da personalidade, na condição de campo qualificado do postulado da dignidade da pessoa humana, são em *numerus apertus* ou *clausus*, ao passo que na legislação brasileira ainda há controvérsias que se acendem à luz de um Código Civil que, embora entronize princípios e cláusulas gerais de tutela nos institutos legislados, permite visões reducionistas que põem sob risco cotidiano esses direitos fundamentais mesmos.

No campo dos direitos da personalidade, do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana e dos princípios da função social dos negócios e da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência brasileira, protagonizada pela Escola de Direito Civil Constitucional, busca na teoria do diálogo das fontes a supremacia dos valores constitucionais para se afirmar nos domínios jusprivatistas, pois a estrada juscivilista é longa e sinuosa nos seus horizontes evolutivos.

Em Portugal, os exaurientes estudos sobre a natureza jurídica da função social dos negócios e da boa fé objetiva nos contratos — se conceito indeterminado, princípio normativo, cláusula geral, *standard* de comportamento, precedente jurisprudencial — não acentuam a formação de consensos, mas no passo hermenêutico seguinte, sobre a efetividade dos direitos institucionais postos *de lege lata*, a doutrina e a jurisprudência constroem um porto seguro que agasalha, sob o manto protetor dos direitos da personalidade e do postulado da dignidade da pessoa humana, a cláusula geral de tutela dos princípios juscivilistas em epígrafe.

Destarte, tanto em Portugal quanto no Brasil, cada qual trilhando os seus caminhos próprios, a densidade das investigações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a função social dos negócios e a boa fé objetiva nos contratos encontra tutela de concretização e efetividade em normas constitucionais e juscivilistas abertas, flexíveis, que sufragam valores ético-jurídicos estreitamente vinculados com os valores supremos dos direitos da personalidade e do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

Portanto, na conclusão, o momento é de afirmar a carta de paradigmas subscrita no início da investigação: o princípio da boa-fé objetiva, sob o manto tutelar da função social dos negócios jurídicos, constitui um receptáculo qualificado e conforma uma matriz ético-jurídica de efetividade substancial dos valores dimanantes dos direitos da personalidade e do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana no sistema obrigacional dos contratos de direito privado no Brasil e em Portugal.

Mais poderia ser investigado. Avançar é sempre possível e, sobretudo, instiga a natureza humana à evolução. Neste passo, a investigação realizada reflete a arte do possível e materializa uma perspectiva de evolução de conteúdos. O Direito estatal e as suas formas de organização social decorrem dos anseios antropológicos do Homem por segurança, paz e harmonia, fundamentando, estruturando e aperfeiçoando a própria existência do Estado de Direito democrático. Nesta perspectiva, sob prisma epistemológico, concluir que os princípios da função social e da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado devem substanciar uma *longa manus* de direitos da personalidade e do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana significa comprometer-se com a evolução do *homo sapiens* em direção ao exercício de padrões de comportamento civilizatórios — juridicizados e juridicizáveis — por uma eticidade permanente que o afaste, modo definitivo, do seu estado de natureza.

REFERÊNCIAS

Fontes Documentais

1.1 -GERAL

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988: de 05 de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União. N.º 191-A**, de 05/10/1988, p. 1-32 [Em linha]. [Consult. 01 Fev 2018]. Disponível na Internet:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de Agosto, Sétima Revisão Constitucional. **Diário da República Eletrónico I Série. N.º 86** (04-10-76), Decreto de Aprovação da Constituição. Presidência da República, p. 738-775. [Em linha]. [Consult. 19 Dez 2017]. Disponível na Internet:<
https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-search/502635/details/maximized?p_p_auth=i1T29lIT>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: **Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de Agosto, e legislação complementar**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6427-7.

1.2 -ESPECÍFICA

CÓDIGO Civil Brasileiro: **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Diário Oficial da União, de 11/01/2002. [Em linha]. [Consult. 01 Fev 2018]. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

CÓDIGO Civil Português: **Decreto-Lei n.º 47.344/66, de 25 de Novembro**. [Em linha]. [Consult. 01 Fev 2018]. Disponível em
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=

Bibliografia

2.1 -GERAL

ASCENSÃO, José de Oliveira - **O Direito - Introdução e Teoria Geral**. 13.^a ed. refund., 8.^a reimpr. ed. 2005. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2443-1

ÁVILA, Humberto Bergmann - **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 85-7420-704-7

BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09126-9

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional**. 6.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. ISBN 972-40-0757-X

_____ - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed., 13.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-02-06468-3

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada - Vol. I**. 2.^a ed. rev. Lisboa: Universidade Católica, 2017. ISBN 978-972-54-0541-3

_____ - **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2274-6

TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06502-4

2.2 -ESPECÍFICA

a) Livros e Monografias Científicas

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3

ASCENSÃO, José de Oliveira - **O Direito - Introdução e Teoria Geral**. 13.^a ed. refundida, 8.^a reimpr. da edição de 2005. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2443-1

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank - ***Droit de la Consommation***. 6.^a éd. Paris: Dalloz, 2003. ISBN 2-24-705090-5

CAMPOS, Diogo Leite de - **As Relações de Associação - O Direito sem Direitos**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4385-2

_____ - O Direito e os Direitos da Personalidade. CAMPOS, Diogo Leite de - ***Nós - Estudos sobre os Direitos das Pessoas***. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 974-48-8155-6.

_____ - Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação. CAMPOS, Diogo Leite de - ***Nós - Estudos sobre os Direitos das Pessoas***. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 974-48-8155-6.

CARVALHO, Jorge Morais - O Direito Civil como direito privado comum - Os princípios gerais. In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do (Coord. Geral) [et al.] - ***Introdução ao Direito***. 2.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6474-1

_____ - **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6470-3

COELHO, Fábio Ulhoa - **Curso de Direito Civil - Contratos. Vol. 3**. 8.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. ISBN 978-85-203-6688-2

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - **Da Boa fé no Direito Civil**. 7.^a reimpr.
Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0

- **Tratado de Direito Civil - Parte Geral - Exercício Jurídico - Vol. V**. 3.^a
ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7218-0

- **Tratado de Direito Civil - Direito das Obrigações - Sistemas e Direito Europeu - Dogmática Geral - Vol. VI**. 2.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4980-9

- **Tratado de Direito Civil - Direito das Obrigações - Contratos - Negócios Unilaterais - Vol. VII**. 2.^a reimpr. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010
Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4101-8

COSTA, Helena Regina Lobo da - **A Dignidade Humana - Teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3307-5

COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. rev. e actual., 4.^a reimpr.
Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4033-2

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianova - Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) [et al.]. - **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-407-1

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da - **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Reimpr. da edição de 2004. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2122-5

FRITZ, Karina Nunes - **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual - A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. ISBN 978-85-362-2242-4

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1572-9

- **Novo Curso de Direito Civil - Vol. 4, Tomo I - Contratos: Teoria Geral**. 13.^a ed. rev. e atual. - de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1479-1

LISBOA, Roberto Senise - **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-6896-6

LOTUFO, Renan - Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) [*et al.*]. - **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-423-3

MAFFINI, Rafael - **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. ISBN 85-7699-013-X.

MARTINS-COSTA, Judith - **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000. ISBN 85-2031-796-0

- Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Orgs.). [*et al.*]. - **Estudos de Direito Privado e Processual Civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: RT, 2014. ISBN 978-85-203-5431-5

MIRAGEM, Bruno - **Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1471-5

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) [*et al.*]. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-407-1

NOVAIS, Jorge Reis - **A Dignidade da pessoa humana - Dignidade e Direitos Fundamentais - Vol. I.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-3

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - **Princípios de Direito dos Contratos.** Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1915-9

PEREIRA, António Pinto - **Princípios Gerais de Direito.** Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2111

PERLINGIERI, Pietro - **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Trad. de Maria Cristina De Cicco. 1.^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ISBN 85-7147-038-3

PINTO, Paulo Mota - Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) [*et al.*]. **A Constituição concretizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN 85-7348-162-5

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota - **Teoria Geral do Direito Civil.** 4.^a ed., 2.^a reimpr. Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN 978-97232-2102-2

PRATA, Ana - **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Reimpr. da edição de 1982. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6184-9

RAMIRES, Maurício - **Diálogo Judicial Internacional - O uso da jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. ISBN 978-85-8440-586-2

RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López - **Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. ISBN 85-8561-678-4

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira - **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-0203-544-4.

SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9.^a ed. rev. e atual., 2.^a tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-816-6

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1446-3

SCHREIBER, Anderson - **Direito da Personalidade**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-9343-2

SILVA, Almiro do Couto e - Prefácio à "Obrigação como Processo". In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Orgs.) [et al.]. - **Estudos de Direito Privado e Processual Civil - Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5431-5

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e - **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. ISBN 85-225-0581-0

_____ - O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). [et al.] - **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. ISBN 85-7348-026-2

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) [et al.]. **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2.^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-423-3

SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. ISBN 85-203-2755-9

TARTUCE, Flávio - **Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3.** 13.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7788-7

_____ - **Manual de Direito Civil - Volume Único.** 8.^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7796-2

TEPEDINO, Gustavo - A tutela da personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. TEPEDINO, Gustavo - **Temas de Direito Civil - Tomo I.** 3.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN 85-7147-427-3

_____ - O Velho Projeto de um Revelho Código Civil. TEPEDINO, Gustavo - **Temas de Direito Civil - Tomo I.** 3.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN 85-7147-427-3

USTARRÓZ, Daniel - **Direito dos Contratos: Temas Atuais.** 2.^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-790-9

VARELA, João de Matos Antunes - **Das Obrigações em Geral - Vol. I.** 10.^a ed. rev. e actual., 13.^a reimpr. da 10.^a ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-1389-3

_____ - **Das Obrigações em Geral - Vol. II.** 7.^a ed., 11.^a reimpr. da 7.^a ed. de 1997 Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-1040-3

VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Contratos Atípicos.** 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3701-1

_____ - **Direito de Personalidade.** Reimpr. de 2006. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 972-40-2994-8

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil - Contratos - Vol. 3.** 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-00921-7

ZANELATO, Marco Antonio - Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 100, ano 24. p. 141/194. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015. ISSN 1415-7705

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - **Direitos da Personalidade - Aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-12646-6

b) Internet

ANJOS, Luís Henrique Martins dos - **O Sistema Jurídico e a influência de fatores metajurídicos**. Brasília: BDJur/STJ/RDDP, 2011, p. 41-93 [Em linha]. [Consult. 14 Mai 2018]. Disponível na Internet: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63005/sistema_juridico_influencia_anjos.pdf>

CAMPOS, Diogo Leite de - O Direito e os Direitos da Personalidade. CAMPOS, Diogo Leite de - **Nós - Estudos sobre os Direitos das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. [Em linha]. [Consult. 21 Dez 2017]. Disponível na Internet: <<http://www.oa.pt/upl/%7B7f3725e2-d544-4142-8f45-d3b6ff311355%7D.pdf>> ISBN 974-48-8155-6.

FRADERA, Vera Maria Jacob de - A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS - Edição Especial**. n.º 22, set/2002, p. 125-140. Porto Alegre: FDUFRGS, 2002. [Em linha]. [Consult. 27 Mai 2018]. Disponível na Internet: <<http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.48655>> ISSN 0104-6594

GLITZ, Frederico E. Z. - **Contrato, Globalização e Lex Mercatoria - Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e INCOTERMS (2010)**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012. [Em linha]. [Consult. 5 Jan 2018]. Disponível na Internet: <https://books.google.com.br/books?id=16liBAAQBAJ&pg=PA177&lpg=PA177&dq=comiss%C3%A3o+Lando+na+europa&source=bl&ots=ICc2Yx_OFm&sig=x0sPDIogTy-2uULCU5e2F1i2JCg&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiy7OX5zMnYAhWEIpAKHd6VDBIQ6AEIJzAA#v=onepa>

[ge&q=comiss%C3%A3o%20Lando%20na%20europa&f=false](#)> ISBN 978-85-99651-51-3

PENTEADO, Luciano de Camargo - Figuras Parcelares da Boa-fé Objetiva e *Venire Contra Factum Proprium*. **THESIS** São Paulo, v. 8, ano IV, 2.º semestre, 2007, p. 39-70 [Em linha]. [Consult. 07 Jan 2018]. Disponível na Internet: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf> ISSN 1806-762X

STJ - Superior Tribunal de Justiça - **Princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em todas as áreas do direito.**" [Em linha]. [Consult. 02 Jan 2018]. Disponível na Internet: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boafefe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>