

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO RODRIGO DE MORAIS STINGHEN

A BOA-FÉ OBJETIVA NO PLANO DA EXISTÊNCIA E DA
EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Curitiba
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO RODRIGO DE MORAIS STINGHEN

A BOA-FÉ OBJETIVA E A EFICÁCIA DO NEGÓCIO
JURÍDICO

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, e da Prof^a. Dra. Rosalice Fildalgo Pinheiro, na área de Direito Civil.

Curitiba
2014

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	3
RESUMO	4
1. INTRODUÇÃO: AS DEFINIÇÕES DO FATO JURÍDICO.....	5
2. A TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA	6
2.1 OS PLANOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	11
2.2 A RELAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO A TEORIA DO FATO JURÍDICO	12
2.2.1 O NEGÓCIO JURÍDICO	14
2.2.2 OS MODOS DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	19
3. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O NEGÓCIO JURÍDICO	21
3.1. O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS CLÁUSULAS GERAIS	24
3.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA	27
3.3 A BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS FUNÇÕES.....	32
3.3.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA.....	35
3.3.2 FONTE DE DEVERES	36
3.3.3 FUNÇÃO LIMITADORA DE DIREITOS.....	37
4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E OS PLANOS DA EXISTÊNCIA E DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	38
4.1 A BOA-FÉ OBJETIVA NO PLANO DA EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	39
4.2 A BOA-FÉ OBJETIVA NO PLANO DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	42
4.3 CASUÍSTICA DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA NO STJ	44
4.3.1 <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	44
4.3.2 <i>SUPRESSIO, VERWIRKUNG E SURRECTIO</i>	48
4.3.3 TU QUOQUE.....	52
4.3.4 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	56
4.3.5 DUTY TO MITIGATE THE LOSS.....	60
5. CONCLUSÃO.....	62
6. BIBLIOGRAFIA	64

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo verificar se é compatível o uso atual da Teoria do Fato Jurídico (cujo principal marco teórico é Pontes de Miranda), criada para trabalhar sobretudo com regras e com o raciocínio da subsunção, com a boa-fé objetiva, um princípio e uma cláusula geral. A exposição realizada faz inferir que é possível uma compatibilidade teórica entre a boa-fé objetiva e a teoria do fato jurídico, mesmo esta tendo sido desenvolvida para operar com regras e aquela ser um princípio ou uma cláusula-geral. Contudo, são necessárias algumas adaptações teóricas para que possa haver a compatibilidade. Primeiramente, é necessário adotar uma concepção dinâmica de obrigação, como processo direcionado ao adimplemento. Em segundo, é necessária uma concepção estrutural do fato jurídico, como vontade direcionada a fins não exclusivamente particulares, mas conforme os valores sociais. Em terceiro, é necessária uma adaptação no plano da existência do negócio jurídico, no que tange à maior fluidez que a incidência de uma cláusula-geral dá à determinação do suporte fático (função interpretativa da boa-fé). Em quarto, é necessária uma adaptação no plano da eficácia do negócio jurídico, no que tange aos modos como a eficácia atua na limitação ou expansão da eficácia do negócio jurídico (funções de fontes de deveres e limitação de direitos). Neste ponto, é necessária também uma análise de cada uma das concreções da boa-fé objetiva.

1. INTRODUÇÃO: AS DEFINIÇÕES DO FATO JURÍDICO

O presente trabalho tem como escopo verificar se é compatível o uso atual da Teoria do Fato Jurídico, criada para trabalhar com regras, para explicar os negócios jurídicos travados em âmbito privado, em que prepondera a boa-fé objetiva, uma cláusula geral. Em relação à Teoria do Fato Jurídico, foram utilizadas como marcos as obras de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello e Antônio Junqueira de Azevedo; já em relação à boa-fé objetiva, foram utilizadas, sobretudo, obras de Judith Martins-Costa e Rosalice Pinheiro.

Como se explicará melhor abaixo, na concepção ponteana a criação de relações jurídicas se dá a partir da incidência da norma no suporte fático. E a norma, no caso, é composta eminentemente pelo entrecruzamento de regras. Na ausência de regras, recorrer-se-ia a princípios gerais do direito. Havendo a tradição de algum bem da vida em troca de dinheiro no mundo dos fatos, incide a regra contida no art. 481 do Código Civil. Nasce a relação jurídica de compra e venda, com o conseqüente direito do comprador à transferência do domínio da coisa contraposto ao direito do vendedor de receber o preço em dinheiro.

Além disso, por óbvio, incidiriam todas as demais regras relativas ao contrato de compra e venda, ao negócio jurídico, à capacidade das partes, etc. Mas permaneceria a relação jurídica circunscrita ao previsto na legislação, quando muito se estendendo a regras previstas em outros diplomas normativos. E só em caso de lacuna seria o intérprete remetido aos ditos “princípios gerais do direito”.

Contudo, esta concepção não pode mais ser aceita sem restrições. O reconhecimento de princípios e das cláusulas-gerais como normas geradoras de direitos e deveres tornam necessárias adaptações à teoria para seu uso atual. Não obstante, se levarmos em consideração a incidência de outras normas além de regras, teremos um contrato em que pode haver o reconhecimento de outros direitos e deveres além dos previstos expressamente na legislação. A cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422¹, do mesmo Código, por exemplo, faz surgir direitos e deveres laterais às prestações principais do negócio jurídico.

¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

No caso de uma relação de compra e venda, para seguir o exemplo acima, poderiam ser reconhecidos direitos relativos à segurança física do comprador no estabelecimento do vendedor, ou o respeito, quando da tradição da coisa, a algum costume arraigado no local da transação, mesmo que não houvesse qualquer previsão para isso em lei. E como ficará melhor demonstrado mais abaixo, esses deveres anexos são pautados mais pelos valores reconhecidos na sociedade que pela lógica de reconhecer a incidência de regras aprovadas pelo sistema legislativo.

Diante dessas incongruências teóricas, dessa anacronia, por assim dizer, porque utilizar a teoria ponteana ainda hoje em dia? É que a Teoria do Fato Jurídico é explanação de extrema finura metodológica e técnica, apta a dar um norte seguro para o intérprete entender e classificar, com grande rigor sistemático, diversos dos institutos do ordenamento jurídico.

Como diria Luiz Edson Fachin, em relação à obra de Pontes “é possível distinguir o conhecimento estrutural do que podemos denominar de base conjuntural”². Esta é fruto da influência da época, e precisa ser atualizada, já que não mais aceita. Aquela, contudo, é a parte da “obra que permanece incólume naquilo que apresenta como matéria de fundo em termos de racionalidade sistematizadora do pensamento jurídico do século XX, capaz de ser útil e efetiva nos tempos correntes.”³

Assim, procuraremos retomar aqui o que seria a “parte estrutural” da obra ponteana, para atualizá-la ao “estado da arte” da dogmática atual, no que tange à boa-fé objetiva. E a atualização da obra de Pontes pode ter muito bons frutos à luz deste princípio, justamente porque a boa-fé tem “uma função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”⁴.

2. A TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA

² FACHIN, Luiz Edson. O direito como serviço e como vocação. p. 2-3

³ FACHIN, Luiz Edson. O direito...

⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. p. 42

Pontes inicia o seu Tratado de Direito Privado com uma frase que serve de parâmetro para todo o livro: "os sistemas jurídicos são sistemas lógicos"⁵. Ele admitia a influência de fatores não normativos no fenômeno jurídico da criação do direito, por exemplo, que reputava histórica e valorativa, mas em caráter secundário.

Acontece que uma vez criado o direito, ele opera de uma forma eminentemente lógica. O uso constante da palavra "regra" (em vez de "norma", por exemplo) o demonstra de forma bem clara. Segundo Pontes:

"a atividade mais relevante da ciência do direito consiste, portanto, em apontar quais os termos, com que se compuseram e com que se hão de compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas, e quais as regras jurídicas que, através dos tempos, foram adotadas e aplicadas".⁶

A valorização da lógica também é evidente sua exposição sobre a "configuração do suporte fático". Como se explicitará mais abaixo, o suporte fático é a parte do fato do "mundo físico" (não jurídico) que a norma jurídica reputa relevante para entrar no "mundo jurídico". Pois bem, Pontes concebe que essa seleção do que é relevante para o direito, pelas normas, se dá de uma forma rígida:

"A configuração do suporte fático é extremamente importante: ou a regra jurídica concebe o suporte fático em esquema rígido, indeformável; ou, para cada deformação, ou alteração, que lhe não mude os elementos-cerne (= elementos comuns, outra regra jurídica intervém e incide. (...) O suporte fático então é apenas a soma do que é essencial. Se a regra jurídica deixar perceberem-se diferenças entre elementos do suporte fático, é que há, na verdade, duas ou mais regras jurídicas"⁷.

Esse conceito da formação do suporte fático prioriza a formalidade, e se pauta pelo entrecruzamento de regras, cujo conteúdo é taxativamente definido. É o que se denominam "modelos cerrados". Pontes admite o uso de princípios e de costumes, também, mas com papel secundário.

Ao lado da interpretação das normas, existe o "interpretar o conteúdo das regras de cada momento e tirar delas certas normas ainda mais gerais"⁸. Ora, aqui parece claro que a *hermenêutica parte da regra* para o princípio, estes como decorrentes daquelas.

Na concepção ponteana, o mundo é conjunto de fatos (mundo físico). Dentro deste, existe o mundo jurídico, formado pelos fatos em que incidiram normas jurídicas.

⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C.; atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. p. 13

⁶PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 18

⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 92

⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 18

A norma é proposição que estabelece um suporte fático: prevê que para um determinado fato ou conjunto de fatos do mundo físico há certos efeitos jurídicos.

Na exposição didática de Marcos Bernardes de Mello, as regras possuem estrutura lógica que "pode ser assim expressada: 'se SF então deve ser P', em que a hipótese é representada pelo suporte fático (SF) e a tese pelo preceito (P)"⁹.

As normas jurídicas em geral são formuladas em textos sintéticos, a fim de formular um todo harmônico e coerente. Assim, pode ocorrer que uma determinada norma de redação elíptica não contenha de forma expressa a descrição de seu suporte fático, bem como a prescrição de seus efeitos. Comumente, isso ocorre quando se trata de instituições jurídicas, que são resultado de um conjunto de normas que regulam determinada relação jurídica: umas pressupõem as outras¹⁰.

Há também normas que formuladas para integrar ou completar outras normas, modificando-lhes os efeitos. Ainda, há as chamadas normas implícitas que decorrem de princípios, costumes, ou analogias com normas expressas, e cuja revelação, dentro do ordenamento, é papel do intérprete¹¹.

Vários tipos de fatos do mundo físico podem ser previstos no suporte fático: fatos da natureza e do animal que estejam relacionados a alguém; atos humanos; dados psíquicos relacionados com algum acontecimento exterior; estimações valorativas (ex: negligência, imoralidade); probabilidades (ex: lucros cessantes, prole eventual); fatos jurídicos.

Estes últimos são fatos sobre os quais já incidiu norma e que, assim qualificados, são previstos no suporte fático de outra norma. Cabe destacar que, quando da incidência da nova norma, eles não "voltam a ser fático desqualificado de jurídico, mas continuam a ser fático adjetivado de jurídico"¹², pois a distinção é puramente lógica, e não fática.

Há duas conotações a se considerar dentro do suporte fático: abstratamente, o enunciado lógico que apresenta a hipótese fática sobre a qual irá incidir a norma; concretamente, o suporte fático já materializado, em que incidiu a norma¹³.

A estrutura do suporte fático é composta por elementos nucleares e elementos complementares. Os *elementos nucleares* são o cerne e os elementos completantes. *Cerne* é "fato que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, sua

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 32.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 25-26.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 28-30.

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 47.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 41-42.

concreção¹⁴, e os *elementos completantes* são os demais fatos *essenciais à existência* do fato jurídico, mas que não constituem o cerne. Os completantes podem ser, por exemplo forma do negócio solene, ou a tradição, em contratos que envolvem coisas móveis: não são o que define o negócio, mas sem eles este não existe.

Os *elementos complementares* referem-se à perfeição do negócio jurídico, e não à sua existência: são pressupostos da *validade e eficácia* dos fatos. Geralmente, se associa essa classificação aos negócios jurídicos, que são atos humanos mais complexos. Nestes, restritivamente, pode haver ainda *elementos integrativos* do suporte fático, que, não compondo o suporte fático, "atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à *eficácia normal* do negócio jurídico"¹⁵. O exemplo mais característico é o registro, nos negócios jurídicos de compra e venda de imóveis ou na constituição de sociedades.

Essas distinções são importantes na medida em que a ausência de cada uma dessas classes de elementos tem consequências diferentes. O cerne e os elementos completantes são necessários à *suficiência* do suporte fático, e sua ausência implica em inexistência do fato jurídico. Os elementos complementares e integrativos são necessários à *eficiência* do suporte fático, e são sempre pressupostos de sua validade ou eficácia, nunca de existência¹⁶.

É importante frisar as diferenças entre fato natural, suporte fático e fato jurídico. Os fatos do mundo físico não entram no suporte fático como fatos puros; a norma jurídica seleciona, do fato puro, o que lhe interessa, segundo "sua referência utilitária à vida humana em suas relações sociais"¹⁷.

Assim, "apenas parte do suporte fático entra no mundo jurídico e compõe o fato jurídico. A outra parte permanece no mundo fático"¹⁸. Numa relação de compra e venda, interessa a descrição do bem, seu valor, o dia da quitação, etc, mas não a cor da camiseta do comprador ou o clima local.

Mesmo que o suporte fático não se componha de apenas um fato, mas de vários fatos, ou mesmo de estados¹⁹, o fato jurídico deve ser considerado como unidade. O

¹⁴MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 52.

¹⁵MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 56

¹⁶MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 62.

¹⁷MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 66.

¹⁸MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 67. Grifos no original.

¹⁹ Estados são "as atitudes ou permanências fáticas em que fatos são tomados como revelação ou prova de alguma qualidade ou circunstância" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito Privado...* p. 82)

suporte fático é transeunte: uma vez que se concretiza e dá ensejo ao fato jurídico, se extingue, enquanto o fato jurídico permanece no mundo jurídico, mesmo que não mais existam os elementos do suporte fático (um contrato permanece a existir, mesmo depois da morte dos contratantes, por exemplo)²⁰. O fato jurídico subsiste mesmo que se extinga a lei que o deu origem; apenas um novo fato pode extingui-lo.

O *preceito* é a parte da norma em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. É a "disposição normativa sobre a eficácia jurídica"²¹. Tanto a seleção do que deve ser fato jurídico, quanto a estipulação de suas consequências, são estipulações valorativas, que se modificam conforme o contexto histórico.

É possível que o suporte fático e o preceito de uma mesma norma não estejam previstos num mesmo dispositivo legal, mas que estejam em dispositivos distintos, ou até mesmo num *conjunto de dispositivos*. Também, "podem existir difusos dentro do sistema jurídico", o que "permite ao intérprete uma certa liberdade na sua identificação dentro dos princípios gerais que norteiam o sistema (= *indeterminação absoluta*) ou, mais restritamente, optar por uma dentre algumas soluções preestabelecidas (= *indeterminação relativa*)"²².

Com a suficiência do suporte fático, ocorre a incidência a norma jurídica, que é "o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico"²³.

Não é possível haver eficácia jurídica antes da eficácia normativa (incidência). Pois o que gera efeitos não é a norma em si, mas o fato jurídico: "somente depois de se saber se a regra jurídica incidiu, é que se pode indagar da produção de eficácia jurídica: ainda quando simultâneas incidência e eficácia, aquela é *prius* lógico"²⁴.

A incidência é o que diferencia as normas jurídicas das demais normas de convivência social, pois ela *incide infalivelmente*, independentemente da vontade humana²⁵, ao contrário das demais (ex: da moral, etiqueta).

A incidência é ocorrência própria do mundo da psique, dos pensamentos, bem como seus *efeitos*²⁶. Diferencia-se do cumprimento ou descumprimento, que é ato de

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 68.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 69.

²² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 72.

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 74.

²⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*... p. 84. Grifo no original.

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p.77.

aplicação da norma; "portanto *posterius* em relação à incidência"²⁷. Por outro lado, "o não se efetivarem os efeitos do fato jurídico nascido da incidência é questão que se instaura na dimensão sociológica do direito"²⁸.

Dessa forma, a função primordial da norma jurídica é incidir e formar fatos jurídicos, o que em princípio é uma função *jurígena*, isto é, de criar situações jurídicas. Contudo, há fatos cuja eficácia não é originar relações jurídicas. Assim, "temos que a incidência pode ter as seguintes consequências: juridicizar, pré-excluir de juridicidade, invalidar, deseficacizar e desjuridicizar"²⁹.

2.1 OS PLANOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como visto, existência, validade e eficácia são “etapas” por que passa o fato jurídico desde que incidiu a norma no suporte fático. Contudo, diversas são as combinações possíveis em relação aos três planos. Há fatos existentes, mas ineficazes (por exemplo, no caso de decadência), negócios existentes, inválidos e com eficácia (casamento putativo), existente e eficaz (nascimento com vida), etc. São variáveis os dados em relação à validade e à eficácia, mas a *existência sempre está presente* (é pressuposto).

O *plano da existência* é o plano do ser do direito; surge o fato jurídico quando a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, pela incidência da norma juridicizante. Quando o fato não existe, "não há de se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente (...) porque a inexistência é o não ser que, portanto, não pode ser qualificado"³⁰.

O *plano da validade* se considera quando o fato jurídico já existe e é "daqueles em que a *vontade humana*³¹ constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico

²⁶ Tanto a existência quanto a eficácia jurídica pertencem ao plano do pensamento ou da ‘vigência jurídica’”. (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. p. 67)

²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 76. Grifo no original.

²⁸ Há certas normas cuja incidência é afastável pela vontade humana, são as normas não cogentes: ditas dispositivas, quando servem para suprir a falta de manifestação de vontade; ou interpretativas, quando servem para definir seu sentido quando seu conteúdo é duvidoso. Estas, contudo, são exceções no ordenamento, cuja maior parte das normas é cogente. (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 76)

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 93.

³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 99-100.

³¹ É importante frisar que "a questão da eficiência do suporte fático tem sua repercussão, apenas, no trato de fatos jurídicos em que a vontade relevante é elemento cerne do suporte fático (atos jurídicos)", pois

stricto sensu e negócio jurídico)"³². Afora os fatos em que a vontade não é núcleo (fatos ss. e atos-fatos), também não passam pelo crivo da validade os fatos ilícitos, inclusive os atos ilícitos. Não há ato ilícito nulo ou anulável. Estas são graus da invalidade, decorrentes da incidência de normas jurídicas invalidades. Acusam deficiência dos elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, objeto ou forma do ato jurídico. Por exemplo, a falta de capacidade civil torna inválido o negócio; mas a falta de personalidade o torna inexistente.

Já o *plano da eficácia* "é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos <-> deveres, pretensões <-> obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo"³³. O plano da eficácia pressupõe o da existência, mas não necessariamente o da validade.

2.2 A RELAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO A TEORIA DO FATO JURÍDICO

Uma vez que o presente trabalho tem como finalidade delimitar a influência da boa-fé objetiva na existência e eficácia do negócio jurídico, também é importante analisarmos brevemente a concepção pontesiana de relação jurídica, categoria da qual o negócio jurídico é espécie.

Para Pontes, "a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica"³⁴. Partindo da premissa básica dessa teoria é que tudo no mundo jurídico deve advir de um fato jurídico, a relação jurídica se enquadra no plano da eficácia dos fatos jurídicos³⁵. Mais especificamente, pode ser classificada como uma situação jurídica complexa plurissubjetiva.³⁶

Seguindo essa lógica, as relações jurídicas sempre devem se dar entre pessoas, isto é, "entidades capazes de ter direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e

"constituiria um contra-sensu (...) pretender-se nulo ou anulável um evento ocorrido no mundo". (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 91).

³² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 100.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 101.

³⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*... p. 19

³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 188.

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 43-45.

exceções"³⁷. Pontes desde logo exclui a possibilidade de existir relação jurídica entre pessoas e coisas, pessoas e regras, coisas entre si.

As relações jurídicas são, portanto as relações inter-humanas relevantes para o direito. Podem ser relações já existentes no corpo social e meramente reconhecidas pelo direito, ou criadas a *posteriori*, como eficácia um fato jurídico. Nas palavras de Pontes: as *relações jurídicas básicas, ou inter-humanas* e as *relações jurídicas eficaciais ou intra-jurídicas*.

A importância da distinção está na *maleabilidade* que um e outro tipo de relações tem frente ao direito. As relações de base estão adstritas à natureza das relações inter-humanas, pois "são fatos do mundo; a regra jurídica fá-las jurídicas"³⁸. Não é preciso que tenham efeitos desde logo; pode ser que nunca venham a ter. As relações de parentesco, por exemplo, podem existir sem que existam direitos e deveres.

Nas relações básicas, ocorre a incidência da norma jurídica em relação inter-humana previamente existente, fazendo-a jurídica. Nestas, é a própria norma que cria a relação jurídica, no plano da eficácia. Por isso, não se pode trocar seus termos (sujeitos) sem alterá-las³⁹.

Quanto à relação jurídica eficaz, "o direito trata-a como criação sua, admitindo alterações que não seriam admissíveis no mundo dos fatos"⁴⁰. Assim, é possível ao direito trocar seus termos e mantê-las, pois nelas: "a liberdade de concepção do direito é completa: a regra jurídica pode estabelecer o que entenda, a propósito de identidade, não-identidade, das relações intra-jurídicas, ainda se se lhes mudam os termos; e até mudar a relação entre os termos e considerá-las uma só e mesma relação"⁴¹.

Nessa linha teórica, Marcos Bernardes de Mello conceitua a Relação Jurídica como "toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidiu, juridicizando-a,

³⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 199.

³⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 203.

³⁹ É o caso da relação entre pai e filho, por exemplo; ou, na compra e venda entre A e B, não se troca o vendedor A pelo C sem alterar a relação jurídica; é C que agora estará em nova relação com B, mesmo que o objeto e a forma no negócio se igualem. Assim, a "sucessão de termo de relação jurídica básica necessariamente se há de entender que constituiu outra relação jurídica" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 205)

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 199-200

⁴¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado...* p. 209

bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico”⁴².

Quanto ao *conteúdo eficaz da relação jurídica*, diz o autor alagoano que em regra ele consiste em “direito, pretensão e ação, do lado ativo, e, do lado passivo, pelos correspectivos, dever, obrigação e situação de acionado. Acrescente-se a exceção e situação de excetuado, que não existem em todas as espécies.”⁴³.

Para melhor esclarecer os conceitos, importa mencionar que a pretensão nada mais é que o direito subjetivo passível de ser exigível. Em outras palavras, a pretensão “constitui o *grau de exigibilidade do direito* (subjetivo) e a *obrigação* de submissão ao adimplemento”⁴⁴. Acima dessa exigibilidade, há a faculdade do sujeito ativo de impor seu direito ao sujeito passivo pela ação, que é “o grau de impositividade do direito”⁴⁵. Via de regra surge apenas com a violação da pretensão.

Por fim, a exceção é o direito do sujeito passivo que pode se contrapor a direito, pretensão ou ação do sujeito ativo, “encobrendo-lhes seus efeitos”⁴⁶.

2.2.1 O NEGÓCIO JURÍDICO

Estabelecida, portanto, a estrutura do fato jurídico segundo a teoria ponteana, e delimitada a categoria da Relação Jurídica como eficácia do fato jurídico, resta explicitar melhor como está estabelecido o conceito de Negócio Jurídico.

Do ponto de vista da Teoria do Fato Jurídico, o negócio jurídico nada mais é que um ato jurídico em que a vontade, além de ser elemento cerne relevante do suporte fático, é mais bem delimitada e tem maior relevância. Há uma preocupação maior com os efeitos que os sujeitos de direito pretendem com o negócio, ou, ao menos, com sua opção em aquiescer aos efeitos estabelecidos pelo sistema para um determinado negócio que pratiquem. Conceitua Marcos Bernardes de Mello que:

(...) o negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 188

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 202

⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 203

⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 203

⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. p. 204

respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.⁴⁷

Segundo este mesmo autor, é possível ao sistema estabelecer conteúdos cogentes para as relações jurídicas, deixando às partes apenas a opção de ser sujeito delas ou não (exemplo: casamento)⁴⁸. Mas via de regra os efeitos dos negócios são os desejados pelas partes, que lhes dão o sentido próprio que desejam (exemplo: compra e venda)⁴⁹.

De qualquer forma, não existem efeitos puramente voluntários, pois todos precisam de uma previsão normativa para serem reconhecidos como jurídicos. Não haverá manifestação de vontade se o Direito não a considerar jurídica, já que “a vontade só pode ser manifestada quando admitida e sempre em conformidade com as normas jurídicas de natureza cogente”⁵⁰.

Estas considerações dizem respeito ao negócio jurídico visto do ponto de vista do *plano da existência*. Em relação ao *plano da eficácia*⁵¹, tempos que o negócio jurídico é uma espécie de relação jurídica. A eficácia de todo o fato jurídico é criar uma situação jurídica, podendo ser ela uni ou plurissubjetiva, conforme haja ou não mais de um sujeito de direito envolvido.

Sendo plurissubjetiva, pode ser unilateral ou multilateral. A situação plurissubjetiva unilateral existe quando há intersubjetividade, mas com efeitos restritos a uma esfera jurídica apenas (o exemplo máximo é a oferta ao público). Por fim, nas relações plurissubjetivas e multilaterais, há intersubjetividade “que implique correspectividade de direito e dever e das demais categorias eficácias que constituem o seu conteúdo típico”⁵². Esta última é a relação jurídica, categoria cuja espécie mais relevante são os negócios jurídicos.

Na concepção de Antônio Junqueira de Azevedo, jurista que também teorizou a respeito tripartição de planos, o negócio jurídico pode se caracterizar pela sua gênese (vontade), pela sua função (efeitos) ou pela sua estrutura, que seria uma síntese entre as duas correntes anteriores.

Para o voluntarismo, corrente doutrinária própria do ambiente intelectual novecentista e ligado aos primeiros Códigos Civis, o negócio jurídico se caracteriza pela

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 189

⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 181

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 166

⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 185

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 175-181

⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*... p. 180

manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos⁵³. Também pode ser entendida como ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo direito, ou como simples declaração vontade – pouco importando, contudo, para fins deste trabalho, a diversidade de especificações doutrinárias.

O autor critica essa visão pela perspectiva demasiadamente psicologista que defende, própria dos que aceitam o dogma da vontade. Na realidade, a vontade não é necessária para a existência do negócio jurídico, e portanto não pode ser seu elemento caracterizador. Para constatar isso, basta pensar no exemplo da conversão substancial, em que há criação de um negócio não desejado pelas partes:

(...) na conversão substancial, se o negócio realizado for ineficaz (no sentido amplo desta palavra), mas contiver os pressupostos para que seja eficaz como outro negócio, não previsto, nem desejado, e se houver razões para se presumir que as partes, se por acaso soubessem da ineficácia do negócio realizado, desejariam este outro, converte-se nele o negócio realizado.⁵⁴

Já a teoria funcionalista, tal como a conceberam Brinz e Thon, concebe o negócio jurídico como meio concedido pelo ordenamento (às partes) para a produção de efeitos jurídicos⁵⁵. A declaração objetiva seria maior que a vontade subjetiva em caso de divergência. Já Bulow, Henle, Larenz e Betti defendia uma “teoria preceptiva”, segundo a qual o negócio jurídico é ato concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante⁵⁶. Kelsen, por seu turno, o identifica como fato produtor do direito, dando aos negociantes poderes normativos, por poderem regular relações jurídicas concretas, dentro dos limites abstratos previstos no ordenamento⁵⁷.

Embora essa concepção traga elementos novos em relação à anterior, Antônio Junqueira critica-a por seu unilateralismo. Ficam fora de ambas os negócios jurídicos nulos – em que a vontade é totalmente viciada e em que não há efeitos – que são encarados como fatos⁵⁸.

Ademais, não podem ser fontes normativas, pois os negócios jurídicos são fatos jurídicos sobre os quais incidiram normas jurídicas, criando-o⁵⁹. Se houver indeterminação deste suporte fático, é possível que se valorize mais o elemento da vontade, fazendo parecer que houve criação de uma norma jurídica (nem que seja em

⁵³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 4

⁵⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 7-8

⁵⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 10

⁵⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 11-12

⁵⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 12

⁵⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p.13

⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...* p. 187

caráter concreto). Mas na realidade a vontade, nestes casos, apenas está “aplicando normas jurídicas do ordenamento jurídico, às vezes implícitas, em decorrência de permissivo resultante da própria indeterminação normativa”⁶⁰.

Dessa forma, cabe propor uma teoria realmente apta a contemplar tanto a gênese como os efeitos do negócio jurídico, definindo-o por sua estrutura, o seu *quid*. A concepção estrutural do negócio jurídico. Seguindo a linha ponteana, o professor da paulista classifica os negócios jurídicos como espécies de fatos jurídicos, em que há relevância da vontade.

Nesse subgrupo, haveria os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos, cabendo distingui-los. Nos atos, não interessam as manifestações ou declaração de vontade. E é precisamente a existência de *manifestação de vontade qualificada*, ou *declaração de vontade*, o que caracteriza o negócio jurídico.

Assim, seria o negócio jurídico “espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos”⁶¹. Além disso, para que pudesse ser reconhecido pelo ordenamento, deveria respeitar os pressupostos de existência, validade e eficácia correspondentes⁶². Logo:

(...) uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, de se afasta, porque não se trata mais de atender por negócio um ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a ser social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.

Exatamente esse tipo de consideração é que podemos fazer numa tentativa de nos valermos da construção doutrinária de Pontes no estado da arte do direito privado atual. Podemos entender a concepção ponteana como mais próxima da teoria objetivista, pois, embora considere a vontade elemento cerne do suporte fático dos negócios jurídicos, dá muito mais importância aos efeitos que são estabelecidos de antemão pelo sistema normativo.

Foi também influenciada pela antiga aspiração, que remonta ao Iluminismo, de “completude enciclopédica”, pois tenta classificar todos as vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos nos três planos do ordenamento, seguindo para isso uma

⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência...* p. 188

⁶¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Negócio Jurídico: *existência, validade e eficácia*. p.18

⁶² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Negócio Jurídico: *existência, validade e eficácia*. p.19

mesma lógica. E, além disso, pelo desejo de exatidão e certeza – como se vê no conceito de incidência, por exemplo, entre outros – próxima à das ciências naturais, incompatível com o Direito, que é ciência que deve respeitar a liberdade humana.

Mas sem descartar a Teoria do Fato Jurídico, pode-se remodelá-la dados os avanços doutrinários posteriores. Readequada para uma visão estrutural do negócio jurídico tal como proposta por Antônio Junqueira, saímos do objetivismo (**parte conjuntural da obra ponteana**) para o respeito à vontade negocial vinculada às exigências sociabilidade e eticidade.

Aplicando o princípio da boa-fé objetiva (entre muitos outros) na interpretação das normas, fugimos da subsunção mecânica, admitindo fatores metalógicos no momento da determinação do suporte fático, através da técnica do reenvio, o que permite uma abertura contrária à noção de completude.

Continuamos a nos valer de conceitos chave como suporte fático, incidência, planos da existência, validade e eficácia (**parte estrutural da obra ponteana**); mas readequamo-los para operarem em conformidade com a vagueza e a carga axiológica própria das cláusulas-gerais.

Além disso, no que tange ao negócio jurídico, para trazermos ao estado da arte a obra ponteana é preciso também atualizá-la em relação à noção de obrigação como um processo, que fundamenta, para grande parte da doutrina, o direito privado moderno, sobretudo no que diga respeito à boa-fé objetiva.

Tradicionalmente, entende-se a relação obrigacional de forma estática, uma contraposição de direitos e deveres entre dois sujeitos com interesses antagônicos. Já a doutrina da obrigação como um processo, desenvolvida primeiramente no país por Clóvis do Couto e Silva, procura entender a relação obrigacional de forma dinâmica como um encadeamento de atos praticados em prol de uma finalidade, o adimplemento⁶³. Nela, portanto, prepondera a noção de colaboração, para consecução do adimplemento, mais que de contraposição de direitos e deveres.

Assim, considerando que o fato jurídico se define pela sua estrutura mais que pela sua gênese, e considerando as relações obrigacionais mais como cooperação teleologicamente estabelecida que contraposição, é perfeitamente possível, tendo por

⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. p. 17

marco teórico a obra de Pontes, explanar, em linhas gerais, quais as implicações da boa-fé objetiva nos planos da existência e da eficácia do negócio jurídico⁶⁴.

Logicamente, para uma atualização de toda a obra ponteana, muitas outras atualizações doutrinárias, legislativas, historiográficas, filosóficas, etc, precisariam ser realizadas. Mas para fins deste modesto trabalho, que via apenas traçar algumas linhas gerais sobre o negócio jurídico e a boa-fé objetiva, cremos que as acima já dão um bom parâmetro de abordagem.

2.2.2 OS MODOS DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Partindo da base teórica relativa à Teoria do Fato Jurídico, Marcos Bernardes de Mello procurou destrinchar sistematicamente todos os matizes que existem na produção dos efeitos dos fatos jurídicos. Para delimitar as “vicissitudes a que se pode estar sujeita”⁶⁵ a eficácia jurídica, desenvolveu o autor a classificação dos **modos** de eficácia jurídica. Assim:

“(…) é possível classificar a eficácia jurídica: (i) quanto à **amplitude**, em total e parcial; (ii) quanto ao **exercício**, em plena e limitada; (iii) quanto à **definitividade**, em definitiva, resolúvel e intermística; (iv) quanto ao **surgimento**, em instantânea, sucessiva e protraída; (v) quanto à **origem**, em própria, anexa e reflexa; (vi) quanto à **atuação**, em *ex nunc*, *ex tunc* e mista (...)”⁶⁶.

A **amplitude** diz respeito à utilização da eficácia desde logo (total) ou a partir de um dado momento futuro (parcial). Enquanto ela não é total é parcial. Diz respeito, portanto, à eficácia do negócio jurídico no tempo. É total a eficácia que produz todo seu conteúdo de uma só vez, e parcial a que o produz sucessivamente. Como ensina o autor, “enquanto alguma (ou várias) das categorias que compõem o conteúdo eficaz do fato jurídico ainda não se houver irradiado, a eficácia será parcial, mesmo que depois venha tornar-se total”⁶⁷.

O **exercício** diz respeito à possibilidade de exercício de “todos (plena) ou, apenas, de alguns (limitada) direitos, pretensões, ações e exceções que constituírem o conteúdo eficaz da relação jurídica, ou poderes e faculdades que sejam conteúdo dos

⁶⁴ Por um recorte puramente temático, não será analisado o plano da validade do Negócio Jurídico. É que a inserção de considerações a respeito deste plano alongaria demasiado o trabalho, fazendo-o fugir de seu escopo.

⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 52

⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 52 (grifou-se)

⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 53

direitos”⁶⁸. Além disso, refere-se ao uso definitivo (plena) ou temporário (limitada) da eficácia.

A **definitividade** à sujeição, ou não, da eficácia ao termo final ou condição resolutiva. Definitiva é a eficácia que não está sujeita a isso. Resolúvel, é a eficácia que “pode ser desfeita pelo implemento de condição resolutiva ou ocorrência do termo final”⁶⁹. Já *interimística* é a eficácia provisória mas que pode vir a ser definitiva.

O **surgimento** diz respeito à possibilidade da eficácia se irradiar instantaneamente, sucessivamente ou de forma protraída. Instantaneamente é a eficácia que nasce de uma vez só, ocorrido o fato jurídico. Ocorre sucessividade quando o direito e a pretensão não ocorrem na mesma ocasião (primeiro o direito depois a pretensão). Existe eficácia protraída quando “a produção da eficácia jurídica final e própria do fato jurídico seja diferida para momento posterior (...)”⁷⁰.

A **origem** da eficácia é própria, anexa ou reflexa ao negócio jurídico. Eficácia anexa é aquela que não é própria do fato mas “anexada por força de outros fatos a ele agregados”⁷¹. Reflexa é a eficácia que, “sendo própria de certo fato jurídico, se estenda, reflexivamente, a outras situações jurídicas e mesmo a outras esferas jurídicas, que não aquelas a que se refere o fato jurídico”⁷².

Por fim, a **atuação** é classificação de uso muitíssimo mais corrente e dispensa maiores explicações. Diz respeito à eficácia que se opera desde certo fato para o passado (*ex tunc*) ou para o futuro (*ex nunc*).

Entendemos que a temática relativa aos modos de eficácia jurídica mais diz respeito às concreções geradas pela boa-fé que às funções gerais a ela atribuídas. Como visto, essas concreções são especificações operacionais da boa-fé objetiva no caso concreto. Todas elas decorrem da mesma fonte, mas cada uma com uma eficácia diferente.

E é isso que será analisado a seguir: em quais modos de eficácia do negócio jurídico cada uma delas atua. Novamente, cabe lembrar que o direito não é ciência exata, muito menos no que se refere a cláusulas-gerais. Por isso, nem todos os modos de

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 59

⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 62

⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 65

⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 65

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia...* p. 65-66

eficácia serão compatíveis com todas as concreções. Apenas serão apontadas, portanto, as modalidades eficaciais pertinentes a cada uma dessas concreções.

3. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O NEGÓCIO JURÍDICO

Como é destacado em toda a doutrina sobre o tema, a boa-fé é termo polissêmico, cuja definição é polêmica, histórica, axiologicamente determinada, ora se referindo a um dever geral de bem agir, ora ao dever de estar em bom estado de consciência ao agir, ora significando um método de aferição de condutas. Mas também é passivo que se destacam duas vertentes máximas do vocábulo, a da boa-fé subjetiva e objetiva.

Subjetivamente, a boa-fé se refere ao estado interno do sujeito que sabe não estar praticando conduta ilícita, ou ao menos acha que não está, correspondendo “a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da conta de, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito”⁷³. Consiste numa “análise subjetiva do estado de consciência do agente (...) através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar”⁷⁴.

Já a boa-fé objetiva diz respeito a deveres de conduta do sujeito perante os demais com quem mantém relações. É, portanto, referente a seu exterior, uma norma de conduta. Outra forma de destacar a diferença está em considerar que a boa-fé subjetiva se opõe à má-fé: se não tem boa intenção, tem má intenção. Isso não ocorre na boa-fé objetiva, norma cujo descumprimento não implica intenção de lesionar.

É imperioso destacar que a boa-fé, embora não tendo a mesma relevância que tem hoje em dia, nunca foi princípio desprezado. Antes mesmo de adotar sua configuração normativa atual, cláusula geral, “a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo em qualquer contrato”⁷⁵.

⁷³ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*.

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-fé*. p. 121-122

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 17

No que tange à técnica legislativa, foi considerado como “princípio geral do direito”⁷⁶, na mesma linha de pensamento do legislador da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em cujo artigo 4º se prevê que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O próprio Pontes de Miranda expressa bem essa visão. Embora atinasse com a importância da boa-fé como norma cogente, subordina-a às regras do “uso do tráfico”, que serve para preencher lacunas:

Rigorosamente, as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.⁷⁷

Nessa concepção, a boa-fé nada mais seria que um “tapa buracos” do trânsito jurídico, já que se entendiam os princípios como “axiomas obtidos por dedução lógica ou generalizações abstratas obtidas por indução”⁷⁸. O que se entendia da boa-fé, portanto, era de um subterfúgio ao juízo perplexo ante uma lacuna legislativa em que precisa criar novas regras para solucionar o caso satisfatoriamente.

Tal ideia se apoia na concepção, já superada, da completude dos códigos⁷⁹, relacionada à noção de ordenamento jurídico como um sistema completo, fechado, racionalmente estabelecido. A já mencionada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, “segue orientação normalmente encontrada na legislação estrangeira, no sentido de que os princípios gerais do direito devem ser aplicados subsidiariamente”⁸⁰.

⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1991. p.241

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. p. 421-422

⁷⁸ PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico da boa-fé objetiva e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. p. 191

⁷⁹ PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico...* p. 190-196

⁸⁰ SANTOS, Romualdo Batista dos. *Princípios...* 237

Havia três premissas⁸¹ questionáveis na ideologia proposta pelo sistema tradicional: a) na sociedade, haveria uma hegemonia dos valores da burguesia comercial; b) na legislação, a ideia de que o Código seria um sistema perfeito, acabado, em que as normas se operariam na dedução silogística; c) na interpretação, a predominância da técnica da subsunção.

Com a massificação da sociedade, fizeram-se destacar a atuação das grandes empresas e partidos de massa, modificando a postura individualista, e impedindo a identificação do Código como imagem segura dos valores sociais⁸².

Houve uma “inflação legislativa” que minou a unidade legislativa: diversas leis extravagantes surgiram, aumentando o número de leis a serem levadas em consideração. E com diferentes formas: agora as leis são mais prolixas, mais ambíguas, misturam o público e o privado, e se pautam pela constitucionalização⁸³.

Com essa fragmentação, os Códigos foram perdendo a função de pontos de referência a ordenarem a vida civil e as relações privadas. Há quem defendesse a ideia de que o ordenamento não mais fosse um sistema uno, mas um conjunto de microssistemas legais (polissistemia⁸⁴), de definição de Natalino Irti:⁸⁵

“Diante de tais circunstâncias, que se reproduzem em diversos países europeus, o Professor Natalino Irti, da Universidade de Roma, anunciou a chamada ‘era da descodificação’, com a substituição do monossistema representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microssistemas do direito privado (...)”.

Contudo, advirta-se, essa concepção é perigosa, porque permite que a operação do direito seja guiada pelos valores da ocasião, bem como não possibilita uma segura “aplicação simultânea de estatutos diversos, inspirados, muitas vezes, em propósitos antagônicos ou assimétricos”⁸⁶. Ainda, faz do jurista um técnico especializado em determinado setor, impotente diante da complexidade do ordenamento, e impossibilitado de operar no âmbito de sua totalidade.

Diante desta realidade de fragmentação, é importante buscar um princípio orientador do sistema do direito civil. E esse princípio é a boa-fé. É claro que essa unidade deve ser entendida dentro de um todo maior ainda, que é o ordenamento jurídico brasileiro. E nisso entraria a temática do Direito Civil Constitucional. Mas tal

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 275-279

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 279

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 280-283

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito privado*. Tomo I. p. 11.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

⁸⁶ SCHREIBER, Anderson... p. 14.

abordagem demandaria um estudo todo especial, que infelizmente escapa aos propósitos (e ao tamanho!) do presente trabalho.

3.1. O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS CLÁUSULAS GERAIS

Embora o direito civil moderno seja em grande medida regulado por leis esparsas, ainda impera o Código Civil como a lei principal do ordenamento. O fato de várias das matérias estarem reguladas em outros diplomas não tira a necessidade de se recorrer à Parte Geral para buscar as categorias mais básicas de aplicação dos institutos, bem como não afasta a incidência concomitante do Código com as leis esparsas.

Sendo assim, é de suma importância, antes de estudar a cláusula geral da boa-fé objetiva, compreender uma breve análise do Código Civil, já que “é a boa-fé o cerne em torno do qual girou a alteração de nossa Lei Civil”⁸⁷. Assim, entende-se que aquela concepção prevista na LICC, de que a boa-fé é um princípio geral a ser aplicado quando a lei for omissa, está superada.

O Código Civil de 2002 foi elaborado na década de 70 por Comissão presidida por Miguel Reale, e foi seu pensamento jusfilosófico a orientou. Segundo Judith Martins-Costa, “a estrutura de um Código não reflete uma opção puramente técnica, muito menos derivando do acaso ou de uma escolha arbitrária.”⁸⁸

É uma “tomada de posição metodológica”, que indica uma “idéia de sistema”⁸⁹, segundo a qual “a vida do Direito não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhe dão sentido e significado, de cuja correlação dialética emerge a regula iuris”⁹⁰. E dentro da concepção realeana, esse sistema é informado por três princípios basilares: o da sociabilidade, o da eticidade e da operabilidade⁹¹.

Em linhas gerais, a sociabilidade significa a necessidade de os direitos serem exercidos “em benefício da pessoa com vista à convivência social.”⁹² A eticidade diz

⁸⁷ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. p. 95.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas ...* p. 95.

⁹⁰ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*.

⁹¹ SANTOS, Romualdo Batista dos. *Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva*. p. 238

⁹² SANTOS, Romualdo Batista dos. *Princípios...* 238

respeito à “posição do homem diante dos outros homens (...) e implica na produção de regras de conduta”⁹³. Já a operabilidade força a entender os institutos como ferramentas utilizadas para resolver conflitos sociais (e não fins em si mesmos).

Uma vez que princípios não são mais encarados como subterfúgios de aplicação subsidiária, cabe estabelecer de que forma eles se aplicam, na prática interpretativa. No que tange aos três princípios acima, tem interessante entendimento Romualdo Batista dos Santos, para quem eles seriam “princípios gerais do Direito Civil”.

Entende o autor esta designação não como o já referido art. 4^a da LICC, que os tem como método de preenchimento de lacunas, mas como “valores cristalizados (...) que orientam a formação, a transformação e a aplicação das normas de conduta, especificamente as normas jurídicas”⁹⁴. Afirma o autor:

o direito brasileiro, de acordo com o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, segue a orientação normalmente encontrada na legislação estrangeira, no sentido de que os princípios gerais do direito devem ser aplicados subsidiariamente aos casos concretos, quando houver lacuna ou insuficiência da lei e depois de esgotados outros mecanismos integrativos, isto é, analogia e os costumes⁹⁵.

E para concretizar estes princípios gerais estruturantes do Direito Civil, há princípios específicos para os seus diversos ramos. No caso da atividade contratual, os princípios específicos são a autonomia privada, a função social e a boa-fé⁹⁶.

No que interessa ao presente trabalho, estabelece o autor uma interessante ligação entre o princípio da eticidade e o da boa-fé. Aquele é relativo à ética, medida da conduta humana, ao passo que “a boa-fé significa exatamente que, ao agir em relação a outro ser humano, a pessoa deve se portar com a mesma lealdade e correção que espera da outra parte”⁹⁷.

Assim, a boa-fé subjetiva concretiza a eticidade ao exigir que o sujeito não aja com malícia (mais propriamente relacionado aos direitos reais), enquanto a boa-fé objetiva exige dele uma série de condutas positivas no sentido da boa relação contratual.

Em relação à operabilidade, a ideia de sistema que se adotou no nosso Código não se confunde com um modelo abstrato geométrico, mas está no sentido de o Código reassumir sua posição histórica de agrupar princípios, técnicas e categorias ordinárias, “suprindo a Constituição, que não pode tudo prever e está mais fortemente sujeita aos

⁹³ SANTOS, Romualdo Batista dos. Princípios... p. 238-239

⁹⁴ SANTOS, Romualdo Batista dos. Princípios... p. 231

⁹⁵ SANTOS, Romualdo Batista dos. Princípios... 237

⁹⁶ SANTOS, Romualdo Batista dos. Princípios... p. 239

⁹⁷ SANTOS, Romualdo Batista dos. Princípios... p. 242

azares da política”⁹⁸, servindo o Código de garantia e proteção da continuidade da vida civil.

Já a ideia da unidade garante que as matérias não sejam apenas justapostas, mas interligadas segundo conceitos genéricos. Mediante a dedução lógica, é possível transitar entre os conceitos de maior e menor generalidade, da Parte Geral à Especial⁹⁹.

A divisão entre Parte Geral e Especial segue tradição iniciada por Teixeira de Freitas, na linha do que se chamada de plano germânico de codificação, e se pauta pela opção metodológica de se criar com o Código um de *sistema legislativo operável e uno* – e não apenas um conjunto justaposto de leis. Nas palavras de Miguel Reale:

“(…) a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de *socialidade* e *concreção* (...) [assegurando] o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.”¹⁰⁰

Como a lógica formal não pode ser único método hermenêutico passível de ser utilizado para assegurar a unidade do sistema, houve a adoção, no Código, da técnica das *cláusulas gerais* que possibilitou uma ligação intrassistemática, intersistemática e extra-sistemática¹⁰¹ dos institutos. É que nelas:

“a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos [que] atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, de usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”¹⁰²

Assim, a noção de sistema adotada é de *sistema aberto* à evolução social, e não de um todo acabado e fechado, típico das codificações oitocentistas, cujos Códigos totais, “pela interligação sistemática de regras casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada”.¹⁰³

Segundo o próprio REALE: “o que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas...* p. 110.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teórica...* p. 97.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal.* p. 58-59. (grifos no original)

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas...* p. 99.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas...* p. 119.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas...* p. 116.

abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina”.¹⁰⁴

3.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao lado dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas-gerais são escritas com conceitos vagos, abertos, delimitando diretrizes e máximas de conduta. Há, assim, três sentidos para o termo cláusula-geral: o de técnica legislativa, o de normas jurídicas que contém cláusulas-gerais e o de normas produzidas por uma cláusula-geral¹⁰⁵.

Não é fácil a diferenciação de entre os conceitos de princípio da boa-fé objetiva e cláusula geral da boa-fé objetiva. Partindo dos posicionamentos doutrinários de juristas de escol, como Antônio Menezes de Cordeiro e Judith Martins-Costa, a questão foi bem resolvida doutrinariamente por Rosalice Pinheiro¹⁰⁶:

“Muito próxima da cláusula geral, revela-se a concepção da boa-fé como um princípio jurídico. A similitude explica-se pelo fato de a primeira conter o segundo, reenviando ao valor que o princípio expressa. Contudo, essa similitude logo se desfaz: enquanto os princípios podem ser implícitos ou explícitos, as cláusulas gerais são sempre expressas, eis que se trata de uma técnica legislativa. Além disso, a cláusula geral constitui-se em norma de reenvio, característica nem sempre presente nos princípios. Portanto, os limites que separam mencionadas figuras são tênues e imprecisos, levando a concluir-se, que na medida em que se constitui em categoria formal, a cláusula geral é a veste formal, a moldura legislativa do princípio jurídico”

Portanto, para fins deste trabalho, ter-se-á que a cláusula geral da boa-fé objetiva é a formalização legislativa do princípio da boa-fé objetiva. Como princípio, o ordenamento jurídico brasileiro contempla, por construção doutrinária, legal e jurisprudencial, a boa-fé objetiva como uma norma estruturante que dá significado ao sistema do direito privado, orientando “a formação, a transformação e aplicação das normas de conduta”¹⁰⁷.

Por um lado, nosso ordenamento contempla o princípio da boa-fé objetiva, a muito consagrado na doutrina e jurisprudência; por outro, o legislador positivou no texto Código Civil a cláusula-geral da boa-fé objetiva, que permite a operacionabilidade desse princípio através de técnicas hermenêuticas próprias das cláusulas-gerais.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil...* p.59.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 286

¹⁰⁶ PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico..* p. 184

¹⁰⁷ SANTOS, Romualdo Batista dos. *Princípios...* 231

Segundo Judith Martins-Costa, a cláusula-geral da boa-fé objetiva é o que permite um sistema aberto, flexível para o ordenamento jurídico civil. Evita-se, com ela, recorrer sempre a uma pontual interpretação legislativa, possibilitando uma reconstrução sistemática do direito privado. Ela permite que o raciocínio sistemático, próprio dos sistemas fechado, de regras, seja permeado pelo raciocínio tópico, mais próprio a um sistema aberto.

Com a cláusula geral, é possível a introdução de valores. A sua inserção permite a recepção de elementos externos ao que já foi previsto na lei, à mutabilidade da vida, possibilitando à prática forense coordenar isso com os demais elementos do sistema¹⁰⁸:

A boa-fé objetiva (...), ao provocar irrupções tópicas na leitura atribuída ao sistema codificado, acaba por operar a sua abertura ao que está em suas margens, permitindo, contudo, a ressystematização, seja das próprias decisões jurídicas, seja do material que progressivamente introduz no campo normativo no qual situado o princípio. Dito de outra forma, a cláusula geral da boa-fé objetiva, ao exigir a inserção, ainda que punctualizada, do modo de raciocínio tópico conduz a abertura do sistema codificado – em si mesmo, tendencialmente rígido – aos fatores, elementos e valores que não são tidos, ab origine e desde logo, como sistemáticos, conduzindo à arrumação destes fatores, elementos e valores em modelos jurídicos jurisprudenciais, costumeiros e negociais que, assim, aplicam e passam a integrar o sistema.

Esquemáticamente, poderíamos dizer que, de um lado, existe o sistema externo, com os valores e a práxis; de outro, o sistema interno, com regras, princípios de direito civil, de outras áreas do direito e os princípios constitucionais. A cláusula-geral seria um entremeio entre essas duas realidades.

O Direito não é exclusivamente o entrecaxe de tipos legais cerrados, as denominadas *fattispecies*. Esse modelo é bom para áreas jurídicas em que é necessária uma constatação de contenção do poder estatal, como no direito penal ou tributário¹⁰⁹, mas não pode servir para o direito civil, que é um setor mais sensível às modificações sociais, assim como o direito constitucional (sobretudo relativo aos direitos fundamentais) e o direito econômico, por exemplo.

Numa sociedade normativa, o fluxo social tende a ser “estandardizado” em comportamentos delimitados, e isso não deve ser desprezado, pois possibilita a vida em sociedade. Mas deve existir uma convivência entre o sistema tradicional e o novo. Há, agora, em vez de unicamente a técnica da subsunção, em que se destaca o Legislativo, a

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 22

¹⁰⁹ tvmgalhas. *Miguel Reale e o Código Civil*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=VLUU8V0cp10>> Acesso em: 23 de outubro de 2013.

técnica da concreção de normas, com papel através da jurisprudência, em que se destaca o Judiciário.

Segundo a mesma autora, o conceito de cláusula-geral é dificilmente delimitado, pois é um conceito “proteiforme”, complexo. O ingresso dos valores em meio à lei levou a uma crise na teoria das fontes do direito privado¹¹⁰. Há uma crise cultural, uma troca de paradigmas: temos agora um sistema de autorreferência relativa. Estão superados os dogmas da antiga segurança jurídica, segundo o qual se equivaleriam os conceitos de direito, lei, norma, texto normativo e código, com uma demarcação sistemática das diversas searas jurídicas em diversos códigos.

A técnica da cláusula-geral se diferencia da simples enumeração de casos, a “casuística”. Esta é a concreção especificativa, a delimitação para um número amplo de casos descritos, enquanto a cláusula-geral é uma regra geral.

Tradicionalmente, utilizou-se a *fattispecie* como técnica legislativa. Ela se define como a fixação de critérios de aplicação da norma de forma mais completa possível, sem hesitação. É a subsunção. A predominância disso faz inferir um direito esquemático, estrito, causando uma rigidez no sistema, que ocasiona seu rápido envelhecimento¹¹¹.

Contudo, a cláusula-geral é diferente da discricionariedade. É preciso delimitar com certo rigor até o vai a hipótese legal, sob risco de ela tomar o lugar de numerosos institutos¹¹², dando ensejo à arbitrariedade. Essa preocupação vemos bem expressa na já mencionada obra de Rui Rosado de Aguiar. Para o autor, a abertura proporcionada pela boa-fé depende de uma concepção de ordenamento como sistema aberto, mas com controle do arbítrio e do psicologismo¹¹³:

“Como ‘janela’ do sistema jurídico, a boa-fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados para outro sentido, que se impõem à consideração, e pode levar a uma decisão para além do que estava programado (*culpa post pactum finitum*) ou mesmo em contrário (*supressio*; adimplemento substancial) a algum preceito expresso, que é assim reelaborado ou desconsiderado em função da atuação prevalente do princípio. A concepção de sistema aberto é, portanto, indispensável à compreensão da cláusula da boa-fé, mas entenda-se, aberto interna e externamente. O arbítrio deve ser rigorosamente controlado, tanto mais quanto maiores as facilidades de seu uso pela reunião de uma cláusula geral a conceitos indeterminados; o afastamento da discricionariedade e do psicologismo se garante pela

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 275

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 297

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 301

¹¹³ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 243

necessidade de fundamentação da decisão e de sua conformidade com o ordenamento jurídico global”.

Como já foi dito, é preciso ocorrer uma concomitância entre casuísmo e cláusulas-gerais. Enquanto a cláusula-geral possibilita uma abertura semântica, valorativa, etc, a jurisprudência irá, aos poucos, concretizando o conteúdo, que não pode ficar ao critério de cada juiz ou órgão:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’, ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.¹¹⁴

Para uma melhor delimitação do conceito, é preciso que se diferencie generalidade, “genericidade”, ambiguidade e vagueza. Uma norma **geral** é a que tenta prever que todas as condutas que ela prescreve se enquadrarão em seu preceito, havendo uma “previsibilidade geral de condutas, de modo a ensejar o tratamento ‘em conjunto’ de um vasto domínio de casos”¹¹⁵. Já uma norma **genérica** existe “quando não refere a presença de especificação, isto é, quando a expressão se referir indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas”¹¹⁶.

Ambiguidade é polissemia, situação em que há mais de um significado sem que consiga delimitar qual é o que está sendo empregado¹¹⁷. A ambiguidade ou existe ou não existe; ou há mais de um significado para o termo ou não. Já a **vagueza** não é algo taxativo, que existe ou não, mas uma questão de grau, e não se identifica com uma imprecisão qualquer, mas com uma imprecisão de significado¹¹⁸.

As cláusulas-gerais não são necessariamente gerais, genéricas ou ambíguas. O que as caracteriza é “ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da ‘*fattispecie*’ ou a conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as consequências normativas visadas”¹¹⁹.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 303

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 304

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 304

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 305

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 308

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 305

Assim, não há necessidade do emprego de termos ambíguos para que possa haver a abertura semântica própria de um sistema aberto. O uso abusivo de termos ambíguos, inclusive, poderia levar à insegurança jurídica e à arbitrariedade. Já a vagueza se faz necessária porque não há possibilidade de respeito à liberdade humana sem a possibilidade de o intérprete poder moldar o suporte fático das normas às especificidades dos casos concretos, que sempre são diferentes.

Sempre há, pois, necessidade de rigidez no sistema, para garantir segurança jurídica, justiça, representação da vontade geral pela edição de normas. Mas também há necessidade de abertura, de adaptação do direito à realidade social, que é dinâmica:

“há uma polaridade dialética que permeia todo o direito e que se constitui entre a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a necessidade de imprecisão, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador. (...) O critério para a aplicação das normas vagas nesta acepção será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, ao quais o juiz reenviado. [Trata-se] de utilizar valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume)”¹²⁰.

Há também necessidade de serem diferenciadas as cláusulas-gerais de conceitos jurídicos indeterminados. Em ambos há vagueza semântica e reenvio a standards valorativos extrassistemáticos. Há conceitos indeterminados que não fazem o reenvio às instâncias valorativas extrajurídicas¹²¹. Mas há outros que sim. E estes são difíceis de distinguir das cláusulas-gerais.

Para Judith Martins-Costa, a distinção se dá no plano funcional. Os conceitos indeterminados descrevem um fato, ao qual se deve subsumir a norma. Embora possa haver valoração, há apenas interpretação, e não criação do Direito. Já as cláusulas-gerais existem para “que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma”¹²². Haveria nisso, portanto, uma confusão entre os poderes do Judiciário e do Legislativo. Neste caso, o juiz além de verificar se determinado caso concreto se enquadra no previsto na hipótese legal, ainda verifica a melhor solução para o caso conforme as regras sociais vigentes¹²³.

Além de trazer os valores sociais para dentro do sistema, deve o juízo também sair da norma individualmente tomada para buscar a melhor solução no resto do

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 312-313

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 325.

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 326

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 327

sistema, tomando-o como um todo, criando um regramento diferente para um mesmo texto legal, conforme o caso:

“A par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções interiormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina, e criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez que um contrato não for executado em acordo à boa-fé (concreção judicial)”¹²⁴.

Não se trata de enquadrar um caso a algum tipo vago previsto, ao qual já tenha sido dada uma solução. Trata-se de completar este tipo, determinando e graduando inclusive as suas consequências¹²⁵. E aqui importa retomar a noção de que a obrigação é um processo, ou seja, um encadeamento de fatos realizado para a consecução de uma determinada finalidade. Acontece que essa finalidade muitas vezes não está prevista nas normas que regulam a relação obrigacional, “e somente quando se pensa concretamente, em contrato determinado, é que se verifica que a finalidade é essencial ao contrato”¹²⁶. E é na determinação da finalidade dos negócios, concretamente, que influi a boa-fé objetiva.

Por outro lado, não se trata de positivizar uma moral pré-jurídica, mas de internalizar padrões que, fora do mundo jurídico, têm “eficácia típica de norma jurídica”¹²⁷. É diferente ao juiz aplicar sua moral pessoal que reconhecer na sociedade a existência condutas, comportamentos e ideias suficientemente difundidas para serem encaradas pela população em geral como “normais”, mesmo não estando formalmente previstas como normas jurídicas.

Este reenvio da cláusula-geral pode servir para preencher lacunas, possibilitar o progresso ou permitir modos de conduta alternativos dentro de uma gama de comportamentos lícitos.¹²⁸ Dessa forma, cabe ao costume e aos negócios travados no âmbito privado fornecer os modelos, e à jurisprudência cabe valorá-los, remodelando-os à vista de critérios axiológicos reconhecidos socialmente.

3.3 A BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS FUNÇÕES

Antes do Código 1916, a boa-fé objetiva era um princípio inexpresso. Embora fosse possível sua discussão no âmbito doutrinário, e fosse paulatinamente se

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 328

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 330

¹²⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo.* p. 63

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 332

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 334

difundindo seu uso na prática forense, não havia previsão em texto legal. Fica bem expressa essa afirmação nas palavras de Rui Rosado de Aguiar, em obra escrita onze anos antes da edição do Código Civil¹²⁹:

“A verdade, porém, é que não temos uma norma principal inserta na lei civil sobre a boa fé. A omissão legislativa, porém, na lição do Prof. Clóvis do COUTO E SILVA, não impede se reconheça, categoricamente, a presença do princípio da boa fé no Direito brasileiro(...)”

Como citado acima, a obra de Clóvis do Couto e Silva, ajudou em muito na fixação do conteúdo da boa-fé objetiva mesmo antes de sua previsão legal. Para ele, a boa-fé objetiva opera nas relações jurídicas obrigacionais levando em conta a noção de obrigação como processo. Isso quer significar que a relação é entendida como uma “totalidade concreta, a qual se desenvolve através de um processo dinâmico, polarizado por uma finalidade”¹³⁰. Essa concepção faz entender a relação como dinâmica, “substancialista”.

Em sentido estrito, como tradicionalmente era entendida, a obrigação era apenas uma relação crédito-débito: a seca relação entre uma prestação e uma contraprestação: “trazia na figura do devedor um estado de subordinação, sendo ele o único responsável pelo adimplemento, garantindo-o através do seu patrimônio.”¹³¹

Em sentido amplo, e é nesse que se calca o entendimento da obrigação como um processo, é que a relação jurídica é um conjunto complexo e total de direitos. Enquanto a relação obrigacional em sentido estrito é estática, e se perfaz por uma análise atomística, a relação em sentido amplo é dinâmica, e se refere a uma análise interna, estrutural. Não se considera apenas as relações de crédito e débito, mas também poderes formativos, deveres jurídicos e estados de sujeição que permeiam essa relação central¹³².

E neste entorno podem estar previstos valores sociais que vão muito além da transação econômica que se perfaz pelo negócio. Dentre esses direitos anexos, existem “vários elementos que integram a relação e, notadamente, do caráter vago ou aberto de alguns, apenas possíveis de concretização através das cláusulas gerais, muito especialmente a da boa-fé”¹³³.

¹²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 241.

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 382

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil.* p. 302

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 384

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 386

Além disso, as relações de crédito e débito geralmente se pautam pela ideia de uma **oposição** entre o credor e o devedor¹³⁴. A doutrina que se propõe com a noção de boa-fé objetiva é dialética e organicista. Ela trata não de uma oposição, de uma complementariedade entre aos pólos da relação jurídica. Para ambos existe a criação de direitos e deveres, e o que interessa não é pura e simplesmente a prestação do devedor que satisfaz o credor, mas todas as prestações conexas praticadas por ambos para que aconteça o adimplemento. E é organicista porque procura enxergar as relações jurídicas dentro do quadro geral em que ela acontece, dentro um processo cujo ápice é o adimplemento.

Há **colaboração** entre as partes, para consecução de um objetivo último que não pode ser apenas a satisfação de um débito. A boa-fé faz da relação contratual “uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato”¹³⁵.

Como bem diz Miguel Reale, “está em jogo o princípio da confiança nos elaboradores das leis e avenças, e de confiança no firme propósito de seus destinatários no sentido de adimplir, sem tergiversações e delongas, aquilo que foi promulgado e pactuado”¹³⁶.

Essa relação entre credor e devedor está inserida num contexto maior de relação entre os dois sujeitos de direito, que por sua vez fazem parte de uma sociedade, e do mundo: “os fatos, isoladamente considerados, são meras abstrações, apenas adquirindo verdade e concentricidade quando inseridos no todo. A totalidade, portanto, só o será quando concretamente considerada”¹³⁷. Neste sentido:

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.¹³⁸

No caso da relação jurídica obrigacional, compreende-se esse todo numa “série de deveres de prestação e de conduta, e além deles pode conter para uma e outra das partes direitos formativos”¹³⁹. E essa inovação diz respeito à **queda do dogma da vontade** com a concomitante assunção do dogma da boa-fé objetiva. A “noção de

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 388-389

¹³⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas.* p. 130

¹³⁶ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil.*

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 390

¹³⁸ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-fé.* p. 281-282

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 392

autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato”, que passa a ser entendido como “um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”¹⁴⁰.

Tradicionalmente, as obrigações nascem de negócios jurídicos ou condutas culposas e danosas. Na boa-fé, há outras possibilidades, como o surgimento por atos existenciais, como as que dizem respeito a exigências básicas de alimentação, luz, vestuário, água, etc. Não se questiona a vontade do sujeito, mas o “significado social típico”¹⁴¹ destas obrigações, que não são acordos entre empreendedores para buscar alguma satisfação material, mas obrigações que decorrem da própria necessidade de subsistências das pessoas.

Existem três funções básicas da boa-fé: fonte de deveres, cânon interpretativo, ou como limitação de direitos. Cada uma delas será melhor explicitada mais abaixo. Apenas, cabe a advertência de que não devem ser encaradas como categorias estanques, mas como tipos ideias, pois “na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular”¹⁴².

3.3.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA

Como cânon hermenêutico, a boa-fé funciona “como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas”, pois a relação obrigacional se preenche “de eventos e situações, fenômenos jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”¹⁴³. Logicamente, o uso do termo “lacunas” não quer dizer, aqui, que a remissão a boa-fé é subsidiária.

Lacuna, neste caso, é termo que designa a incompletude dos tipos legais, a serem preenchidos pelo intérprete conforme o caso. O objetivo é delimitar a finalidade econômica-social do contrato para o qual as partes devem colaborar para realizar¹⁴⁴, ou seja, o fundamento pelo qual ele existe – não só para as partes, mas também para toda a sociedade.

¹⁴⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: *novos paradigmas*. p. 106-107

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 395

¹⁴² NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: *novos paradigmas*. p. 140

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 428

¹⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: *novos paradigmas*. p.136

Na interpretação das normas contratuais, o juiz deve considerá-las como um conjunto significativo, um complexo. Legislativamente, há essa previsão no art. 113 do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser *interpretados* conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (grifou-se).

Para Francisco Amaral, o art. 133 contempla “uma boa-fé objetiva imprópria, no sentido de que, sendo um princípio normativo que se realiza por meio da integração, é neste caso invocado como critério orientador no processo de fixação do conteúdo e sentido de declaração da vontade”.¹⁴⁵

Novamente, temos que retornar à noção de obrigação como um processo. Não pode o intérprete mais considerar as regras como *fattispecies* às quais irão se subsumir relações plenamente previstas. Deve o juiz reconstruir os institutos à luz do caso concreto, como já explicado acima.

E essa reconstrução leva em consideração o entendimento de que os sujeitos do negócio jurídico são colaboradores na construção de um resultado favorável para eles e para toda a sociedade, e não apenas átomos isolados interessados unicamente na satisfação de seus próprios interesses.

3.3.2 FONTE DE DEVERES

Como fonte de deveres, a boa-fé faz surgir no permeio da relação obrigacional deveres secundários, laterais, acessórios. Mas por vezes esses deveres são sucedâneos da obrigação principal, ou mesmo autônomos, mormente avolutarísticos. Na lei, poderíamos atribuir essa função mais propriamente à redação do art. 422 do Código Civil.

Como visto, as relações obrigacionais não mais são consideradas simplesmente como forma de obter uma específica contraprestação, mas como uma relação entre pessoas, entre sujeitos de direito que colaboram para um mesmo fim econômico social, a ser conseguido por meio do contrato. Portanto, fazem surgir “outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título”¹⁴⁶.

E como essa relação não é exclusivamente pautada uma conduta específica, leva em consideração fatores “extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e

¹⁴⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 84

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 394

standards de cunho social e constitucional”¹⁴⁷. Mas o caráter avoluntário, “o fato é que muitos destes deveres servem a um reforço da autonomia da vontade”¹⁴⁸, já que pode haver uma complementariedade entre os princípios antigos e novos que fundamentam a relação contratual.

É através da boa-fé que o “efetivo conteúdo destes deveres poderá, em cada relação concreta, ser densificado”¹⁴⁹. Exemplos são deveres de cuidado e proteção, deveres de aviso e esclarecimento, deveres de informação sobre a qualidade e o uso do bem, deveres de colaboração e cooperação, deveres de omissão e segredo, não exigência de prestação quando há perda de equivalência¹⁵⁰.

Tudo isso permite ao juiz uma grande amplitude de controle sobre o avençado pelas partes. Mas é de fato difícil a determinação do conteúdo destes deveres, “face à infinita possibilidade de variação dos acontecimentos da vida”, exigindo “atividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face o sistema global e o caso a resolver”.¹⁵¹ O difícil é definir qual o padrão de conduta que deveria ter sido seguido e que não foi, conforme as circunstâncias, pois “não se podem exaurir por meio de catálogos abstratos e apriorísticos”¹⁵².

3.3.3 FUNÇÃO LIMITADORA DE DIREITOS

A boa-fé objetiva também enseja uma limitação de direitos, funcionando como “parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscreever aqueles exercícios arbitrários e irregulares”¹⁵³. Nesse ponto, combina-se com a teoria do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, segundo o qual “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”.

Nesse sentido, “o princípio da boa-fé e a teoria geral do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 395

¹⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas.* p. 112

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* 395

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 439

¹⁵¹ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 242

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Código civil...* p. 19

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *Código civil...* p. 20

dos contratantes”¹⁵⁴. Ao limitar os direitos das partes, também fundamenta, cria as bases valorativas, do que é o abuso de direito. Apenas, cabe a ressalva de que talvez haja uma imprecisão técnica no art. 187, já que um ato praticado com abuso de direito não necessariamente é uma ato ilícito, mas pode ser um direito lícito em si mesmo cujo uso se torna injusto pelo contexto em que é praticado.

Os contratos são informados, além de meios de circulação de riquezas, pela sua função social. À parêmia “dura lex, sed lex”, cedeu lugar à necessidade de decidir-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado de Direito é com a justiça”¹⁵⁵ Logo, não cabe suportar a utilização de prerrogativas individuais formalmente previstas se isso ofender o sentido de justiça que informa nossa concepção de direito.

A boa-fé faz paralisar o direito relativo a condutas que pela própria obrigação principal seriam lícitas. Exemplo disso, entre tantas outras prerrogativas, é *a exceptio non adimplenti contractus*, a exceção de contrato não cumprido, que não pode ser alegada caso haja ofensa à boa-fé objetiva.

4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E OS PLANOS DA EXISTÊNCIA E DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Como se infere do exposto acima, não é mais aceito pela comunidade jurídica o dogma da vontade, pois os efeitos dos negócios jurídicos dependem dos efeitos que lhes prescrevam as normas jurídicas. Tampouco se aceita a concepção objetivista, segundo a qual os efeitos dos fatos jurídicos são os exclusivamente previstos pelas normas.

Por um lado, o respeito que há em nosso ordenamento pela autonomia privada e pela livre iniciativa torna imprescindível a categoria de negócio jurídico, que reconhece a declaração de vontade como elemento cerne de seu suporte fático. Disso decorre a necessidade do estudo desta categoria, relevante não só para o direito privado, como para quase todas as searas jurídicas.

Por outro, os efeitos que este negócio terá dependem de reconhecimento por parte da comunidade jurídica e dos valores vigentes na sociedade. Assim, cabe analisar as limitantes deles, dentre as quais está a boa-fé objetiva.

¹⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: *novos paradigmas*. p. 141

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 459

A vagueza própria dos princípios e das cláusulas-gerais faz necessária uma permanente construção de seu conteúdo, que, aliás, tem muito mais valor na concretude dos fatos que na abstração da previsão normativa. Isso posto, é de suma importância a análise de casos concretos da jurisprudência pátria para delimitar os efeitos concretos da boa-fé objetiva, dentro de um quadro teórico capaz de explicar, com precisão e rigor, quais os conceitos envolvidos

Como construção doutrinária e casuística, a boa-fé objetiva apresenta algumas peculiaridades em sua aplicação, que dizem respeito a especificidades de aplicação da cláusula-geral dentro de uma vasta gama de significados. São estas as ditas “concreções”, ou “figuras parcelares”, da boa-fé objetiva.

A maioria delas já existiam antes do reconhecimento da consagração da boa-fé objetiva como princípio basilar do direito privado, mas tiveram uma releitura à luz da boa-fé, que lhes deu sentido renovado e uma fonte comum. Essa “acoplagem” se remete sobretudo à construção jurisprudencial das cortes germânicas, que após a segunda guerra mundial preocuparam-se com a “delimitação do domínio de aplicação da boa-fé, contida em função e tipos jurídicos delineados por uma interpretação-aplicação tópica das cláusulas-gerais (...) [ganhando] prestígio como modalidades típicas de exercício inadmissível de posições jurídicas”¹⁵⁶.

A crítica que se faz é standardização que se faz da boa-fé objetiva, que novamente é reenquadrada numa moldura forma, “pronta e acabada, prêt-à-porter, precisa em seus limites e adaptada ao modo silogístico de decisão”¹⁵⁷.

De todo modo, tais figuras são utilizadas pelos tribunais pátrios, mesmo que não guardem a mesma significação que a originária no ordenamento alienígena, e portanto serão analisadas a seguir, bem como exemplificadas com casos relativos a cada uma delas.

4.1 A BOA-FÉ OBJETIVA NO PLANO DA EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

¹⁵⁶ PINHEIRO, Rosalice F.; BOTH, Laura G. *As "fórmulas mágicas" da boa-fé na jurisprudência brasileira: um cenário de transferências culturais*. p. 216-217

¹⁵⁷ PINHEIRO, Rosalice F.; BOTH, Laura G. *As "fórmulas mágicas" ...* p. 218

Explanadas em linhas gerais a teoria do fato jurídico e o princípio da boa-fé objetiva e suas concreções, cabe relacionar ambas as realidades. Partindo-se do pressuposto de que a teoria do fato jurídico é a mais indicada para analisar o direito positivo, é preciso, contudo, atualizá-la, para que seja possível sua utilização.

Como dito acima, Pontes entendia os sistemas jurídicos como sistemas lógicos, a serem trabalhados sobretudo a partir de regras. Como compatibilizar esta teoria com o ordenamento civil contemporâneo, pautado pela boa-fé objetiva, que é um princípio e uma cláusula-geral?

Como princípio, difere em natureza das regras. Sem adentrar com profundidade na antiga discussão entre regras e princípios, para fins deste trabalho basta lembrar que as regras são mandamentos de conduta mais restritos e de fácil aferição prática, e que os princípios são normas de menor densidade normativa, “critérios de conduta de observância variável que se impõem por sua própria importância, sem referência a pressupostos concretos de aplicação”¹⁵⁸.

Como princípio, a boa-fé objetiva se remete menos à noção lógica, que axiológica, com uma aplicação mais fluida que a subsunção (própria das regras). Pelas exposições acima, é possível inferir que *no plano da existência* existem problemas de compatibilidade.

Algo semelhante acontece com as cláusulas gerais, por empregarem “uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico, de modo a possibilitar o ingresso de elementos extrassistemáticos por via jurisdicional”¹⁵⁹¹⁶⁰.

Disso decorrem novas técnicas de interpretação do Direito, que necessariamente influenciam no modo pelo qual o ele se relaciona com o mundo dos fatos. O raciocínio clássico da determinação do suporte fático, para incidência da norma, é o da subsunção, que “consiste em verificar se os fatos que a norma descreve *in abstracto* realmente

¹⁵⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil: *introdução*. p.. 62

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, *Judith*; HAICAL, *Gustavo*; SILVA, *Jorge Cesa Ferreira*. *Panorama atual pelos atualizadores*, § 7.B – Doutrina. In PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 79-81

¹⁶⁰ Nisso, ainda, haveria de ser resolvida uma discussão sobre teoria das fontes do direito, pois com as cláusulas-gerais haveria criação de norma pelo juiz, no caso concreto, distanciando-se do pressuposto ponteano de que as normas seriam criadas antes e aplicadas depois. Mas essa discussão ultrapassa os objetivos deste trabalho.

ocorreram no mundo social”¹⁶¹ para torná-los jurídicos. Ele ainda é vigente, e válido para as normas que operam como regras, mas não deve ser o único.

Agora temos a possibilidade de fazer integrar no fato jurídico dados que não precisam estar previstos nos textos legais, mas que podem ser inferidos do caso concreto, a partir de mandamentos fluidos. E nesse raciocínio, podem entrar valores, tanto os previstos no ordenamento, como os que estiverem sendo reconhecidos na sociedade.

É a interpretação tópica, casuística, que não é discutida por Pontes no Tratado. A evolução doutrinária, contudo, faz necessária uma atualização dessa visão. Vejamos o que dizem os próprios atualizadores do Tratado de Direito Privado (2012)¹⁶²:

“a doutrina investigou a relação entre sistema e tópica, alcançando perceber que, embora formalmente delimitado, o sistema admite irrupções teóricas, advindas de elementos extrassistemáticos, que o podem acrescer independentemente de uma prévia recepção por via legislativa. O critério da pertinencialidade ao sistema é estabelecido por acréscimo jurisprudencial.”

Tanto para os princípios quanto para as cláusulas gerais, o problema principal se dá na *determinação do suporte fático*. Como visto, na linha da dogmática tradicional os suportes fáticos e preceitos que estivessem difusos no sistema devem ser identificados a partir dos princípios gerais.

Hodiernamente, contudo, o intérprete, para determinar o suporte fático, não apenas pode como tem o dever de recorrer – *desde logo*, e não subsidiariamente – aos princípios, e, no que couber, às cláusulas gerais. A identificação dos *elementos cerne* do suporte fático não pode ser mais tomada como simples cálculo lógico. Nesse mesmo sentido, opinaram os atualizadores do Tratado:

“No caso das regras a hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico, isto é, o suporte fático, virá imediatamente descrita. Todavia, como visto, no caso dos princípios não há propriamente uma hipótese fática dada diretamente pela norma. O que se tem é, de uma parte, o delineamento de um objetivo (...) e, de outra parte um comando para que o intérprete encontre o meio adequado para atingir esse fim, fazendo decorrerem consequências jurídicas do fato ou conjunto de fatos (normalmente condutas) mais apropriados ao alcance do fim. A *identificação do fato juridicizado é, portanto, indireta, mediada que está pela relação a um fim determinado.*”¹⁶³

¹⁶¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. p. 68

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Panorama atual pelos atualizadores*, § 1.B – Doutrina. In PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 61-64

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Panorama atual pelos atualizadores*, § 7.B – Doutrina. In PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 79-81. Grifou-se.

E essa identificação indireta se dá mesmo que o suporte fático não esteja difuso, pois em toda a determinação dos efeitos de um dado fato jurídico não há simplesmente a incidência de regras. Elas incidem concomitantemente às cláusulas gerais e aos princípios. Acrescente-se, também, que a incidência das regras deve se dar com a *releitura de seu sentido*, e, se for preciso, operando o *preenchimento de lacunas*.

No que toca à **função de cânon hermenêutico** é que a boa-fé objetiva diz respeito ao plano da existência dos negócios jurídicos. Como princípio, a boa-fé objetiva implica numa *releitura das normas de direito privado*, permitindo ao intérprete buscar para elas novas significações a partir dos elementos externos, valores, práxis social, etc. Com isso, estaria atuando na determinação do suporte fático dessas normas, prevendo que poderiam nele entrar mais elementos que os previstos no texto normativo.

Como cláusula-geral, a boa-fé objetiva permite ao intérprete se valer de técnicas diferenciadas de *determinação do suporte fático*. Não apenas terá de encaixar o caso num tipo previsto, mas poderá readequar esse tipo para se amoldar melhor ao caso.

4.2 A BOA-FÉ OBJETIVA NO PLANO DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Também em relação ao *plano da eficácia* destaca-se a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva. Retomando a exposição da Teoria do Fato Jurídico que se fez no capítulo 2, temos que a boa-fé objetiva, neste plano, remete-se à *eficiência* do suporte fático, alterando seus elementos complementares.

Nesta seção do trabalho, serão demonstradas, em linhas gerais, quais as alterações eficaciais que boa-fé objetiva provoca nos negócios jurídicos. Para tanto, será utilizado como norte a obra de Marcos Bernardes de Mello, que, como dito, expõe a Teoria do Fato Jurídico de maneira sistemática e didática, mantendo-se fiel à matriz ponteano. No caso, será utilizado o terceiro livro da coletânea, que trata especificamente do plano da eficácia¹⁶⁴.

Conforme já exposto, a eficácia dos fatos jurídicos se dá pela incidência da norma em seu respectivo suporte fático, o plano da existência. Se for o caso (como no

¹⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

dos atos jurídicos), avalia-se antes o fato no plano da validade. Superados estes planos, começa o fato a operar no plano da eficácia.

Assim, serão relacionadas essas classificações relativas à eficácia às duas funções da boa-fé objetiva (entendida que a função de cânon hermenêutico se refere mais ao plano da existência, como visto no tópico anterior), bem como a cada uma de suas concreções acima descritas.

Na medida do possível, serão também abordadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça apresentadas, bem como outros exemplos da lei ou da jurisprudência. É claro que não haverá possibilidade de um encaixe perfeito, já que a teoria sempre é uma esquematização, uma redução da realidade. Ainda mais em se tratando de uma cláusula-geral, que por sua natureza é aberta, sujeita à subjetividade e fluidez. De todo o modo, a análise é possível e instigante, e pode levar a bons resultados.

Quanto às funções de **limitação de direitos de criação de deveres**, entendemos que a boa-fé objetiva atua eminentemente no plano da eficácia do negócio jurídico. Elas não fazem surgir um negócio jurídico novo (existência), nem dizem respeito à determinação de seu suporte fático, mas modificam o modo como se efetivam as relações jurídicas já existentes.

É claro que os deveres anexos em si mesmos, há uma alteração no plano da existência, pois são criadas novas situações jurídicas a partir do reenvio que a boa-fé objetiva faz aos fatores extrajurídicos, aos padrões de comportamentos, valores, etc, como acima explanado. Onde não havia um dever de cuidado, por exemplo, agora há; houve uma criação, que se dá no plano da existência.

Nas decisões acima descritas, temos a criação de novas situações jurídicas. No primeiro caso, por exemplo, houve a criação do direito de uma das partes em não ter sua segurança jurídica abalada pelo comportamento contraditório da contraparte, que manifestou intento em contratar com base numa determinada legislação e depois não quis mais.

Note-se: não há previsão expressa dessa limitação a que poderia se subsumir o caso, mas este comportamento contraditório é contra valores sociais da justiça e da segurança jurídica. E a boa-fé, pela faculdade do *reenvio*, fez valor no caso estes valores, criando o direito à não contradição.

Contudo, *considerado o negócio jurídico básico* ao qual estes direitos e deveres estão acoplados, entende-se que são apenas adendos que lhes modificam a eficácia, não tendo o condão de suprimir sua existência. O desrespeito a tais relações jurídicas anexas pode ter consequências drásticas, como resolução do contrato, direito de indenização, inadimplemento. Mas nada disso modifica a existência da obrigação, que é pressuposto.

4.3 CASUÍSTICA DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA NO STJ

Para os fins do presente trabalho, que se propõe a uma explanação geral da temática, nada mais propício que analisar a jurisprudência do tribunal que tem a função de uniformizar toda a jurisprudência nacional em âmbito federal, o Superior Tribunal de Justiça.

Evidentemente, não é o escopo do trabalho uma vasta pesquisa empírica, de cunho estatístico, a fim de delimitar tendências do tribunal, mas apenas de exemplificar, na prática forense, o conteúdo doutrinário da cláusula geral. Por isso serão analisados apenas um ou no máximo dois casos para cada figura.

4.3.1 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Essa concreção da boa-fé objetiva é a que veda as condutas contraditórias, “o exercício de posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente”¹⁶⁵. É comum dizer que essa figura é uma limitação da autonomia da vontade. Mas se se observa de outro ângulo, é justamente o contrário, pois a contradição no comportamento é um desrespeito ao *pacta sunt servanda*¹⁶⁶.

Os atos individualmente tomados não precisam ser ilícitos. Na realidade, geralmente são lícitos¹⁶⁷. O que os faz reprováveis é que, em conjunto, criam uma situação de contradição que ludibria a contraparte, com uma quebra da lealdade¹⁶⁸.

¹⁶⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Boa-fé no direito civil*. p. 742

¹⁶⁶ PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico...* p. 229

¹⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico...* p. 226

¹⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 249

Tanto essa figura como a da *tu quoque*, tratada em tópico mais adiante, pode ser explicada pela mesma base, a teoria dos atos próprios¹⁶⁹:

Este vem amparado na **teoria dos atos próprios**, segundo o qual se entende que ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé.

O seu feito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.

A teoria dos atos próprios desdobra-se em duas importantes vertentes. Numa direção vem particularizada doutrinariamente sob a denominação **tuo quoque** - "pela natureza do sinalagma, surgindo como uma extensão da exceção de contrato não cumprido, uma vez traduzir a regra pela qual a pessoa que viola uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Na segunda direção, vem expressa pela máxima que proíbe *venire contra factum proprium* (...)

Tal se verifica quando uma das partes manifesta intenção de não praticar um determinado ato, mas depois o faz, bem como quando declara, inversamente, que irá fazer determinado ato, mas não o faz¹⁷⁰. Se o ato a que se opõe posteriormente é ilícito, inválido ou ineficaz, não há contradição. Nesse caso, haveria apenas um novo ato que deve ser desconsiderado por sua própria antijuridicidade.

Ressalte-se que o que se considera "*factum proprium*" é uma conduta relevante e eficaz, excluindo-se meras intenções, opiniões, manifestações sem valor jurídico¹⁷¹.

A quebra da confiança, por sua vez, é quebra de justas expectativas que uma das partes tinha no comportamento da contraparte. Logo, não passíveis de proteção "todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada"¹⁷². Ademais, incide o *venire* quando entre o *factum proprium* e o *contra factum* há um tempo considerável para gerar confiança na contraparte¹⁷³.

Essa confiança independe de culpa faz necessitar que os sujeitos envolvidos no *factum* e no *contra factum* sejam os mesmos. O *contra factum*, por sua vez, pode ser

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 460-461

¹⁷⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Boa-fé no direito civil.* p. 747

¹⁷¹ PINHEIRO, Rosalice F. *Curso teórico...* p. 226

¹⁷² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas.* p. 147

¹⁷³ PINHEIRO, Rosalice F. *Curso teórico...* p. 227

exercício de direito subjetivo, direito potestativo ou de faculdades a algum deles inerente¹⁷⁴.

Veja-se agora, para exemplificar a explanação teórica acima, como um caso real envolvendo essa concreção da boa-fé objetiva foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁵. Trata-se de contrato privado de locação de imóvel urbano, que deve ser regido pela Lei 8245/91.

O *factum proprium* foi a manifestação de uma das partes contratantes ao expressar desejo em se submeter ao regime desta lei, e o *contra factum proprium* é não mais querê-lo no momento da renovação do contrato. Nas palavras do ilustre relator:

tenho que o intento da recorrente de contratar com base na Lei de Locações, oferecendo inclusive condições para a renovação da locação e gerando uma legítima expectativa à recorrida locatária, e, posteriormente, no momento de renovar o contrato, não querer se submeter à Lei n. 8.245/1991, atenta contra o princípio da boa-fé objetiva, notadamente em sua vertente *venire contra factum proprium*¹⁷⁶.

E pela incidência da boa-fé objetiva, ínsita aos contratos privados, surge o direito da contraparte em não ter de aceitar esse comportamento contraditório, que quebra a confiança anteriormente gerada.

Em relação aos modos da eficácia, o *venire contra factum proprium* pode atuar na **amplitude** dos negócios jurídicos por fazer surgir limitações ao pleno uso, no tempo,

¹⁷⁴ PINHEIRO, Rosalice F. Percurso teórico... p. 227

¹⁷⁵ PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÕES. AÇÃO RENOVATÓRIA. LOCAÇÃO COMERCIAL. CONAB. IMÓVEL DE EMPRESA PÚBLICA. LEI N. 8.245/1991. PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Somente as locações de imóveis de propriedade da União, dos estados e dos municípios, de suas autarquias e fundações públicas não se submetem às normas da Lei n. 8.245/1991, nos expressos termos do artigo 1º, parágrafo único, alínea "a", n. 1, do texto legal. 2. No caso concreto, não consta nenhuma informação no sentido de que o imóvel objeto do contrato de locação seria de titularidade da União, e a Conab mera possuidora deste. Muito pelo contrário, infere-se do acórdão que o imóvel é de propriedade da empresa pública, sujeita às normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive nas relações jurídicas contratuais que venha a manter. 3. As locações são contratos de direito privado, figure a administração como locadora ou como locatária. Neste último caso, não há norma na disciplina locatícia que retire do locador seus poderes legais. Naquele outro também não se pode descaracterizar o contrato de natureza privada, se foi este o tipo de pacto eleito pela administração, até porque, se ela o desejasse, firmaria contrato administrativo de concessão de uso. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22ª ed., rev, ampl. e atualizada. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 183) 4. O intento da recorrente de contratar com base na Lei de Locações, oferecendo condições para renovação da locação e gerando uma legítima expectativa à locatária, e, posteriormente, não querer se submeter à Lei n. 8.245/1991, atenta contra o princípio da boa-fé objetiva, notadamente em sua vertente **venire contra factum proprium**. 5. Sob o ângulo do princípio da causalidade, a recorrente, ré na ação renovatória de aluguel, ao se opor à renovação do contrato de locação celebrado entre as partes, não obstante o cumprimento dos requisitos previstos da Lei n. 8.245/1991, deve responder pelos ônus sucumbenciais. É que sem a sua conduta não haveria motivo para a propositura da demanda. 6. Recurso especial não provido. (Resp 1224007/RJ; Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 08/05/2014).

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 112224007/RJ, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 08/05/2014. p. 10

de direitos, poderes e faculdades relativos a um dos polos da relação jurídica. Como visto, a parte que gerou confiança na outra não pode mais contrariar essa confiança. Enquanto dure esta situação de confiança, portanto, há uma limitação da eficácia do negócio jurídico, pois que ficarão tolhidos alguns direitos, faculdades ou poderes a ele próprios. Se essa situação passar, haverá novamente uma eficácia plena.

No que diz respeito ao **exercício**, o *venire* também torna limitada a eficácia do negócio jurídico. Diferentemente da amplitude, o exercício é modalidade de eficácia; diz respeito à possibilidade de se valer “por inteiro” de um dado direito, e não de poder usá-lo no tempo.

O *venire* atua de modo a limitar o exercício da eficácia do negócio jurídico ao não possibilitar o uso de todas as faculdades e poderes a ele próprios que pudessem quebrar a situação de confiança gerada (limitação interna do exercício da eficácia). Mas não só isso. Limita a eficácia de outros atos que nada têm a ver com o negócio, mas que se praticados comprometeriam situação de confiança gerada (limitação externa do exercício da eficácia).

Em relação à **origem** da eficácia (própria, anexa ou reflexa), o *venire* faz surgir uma eficácia anexa aos negócios sobre os quais incide. A prática de uma determinada conduta faz surgir a situação de confiança que não pode ser contrariada. Essa impossibilidade de se contrariar a confiança não é um efeito próprio do negócio, mas uma eficácia *anexada* a ele pela incidência da boa-fé objetiva.

Quanto à **atuação** da eficácia, o *venire* age sempre de maneira *ex nunc*: não retroage para afetar a possibilidade de exercícios no passado, mas faz surgir uma situação de confiança que impossibilita ou exercício de faculdades, poderes e direitos no futuro. Não faz sentido dizer que há retroatividade: a situação de confiança não pode ser contrariada “daqui para a frente”, não interessando o passado.

Tais explanações ficam mais bem esclarecidas se relacionadas ao caso concreto mencionado acima¹⁷⁷. Nele, o *venire* tornou antijurídica a conduta do sujeito que se recusou a renovar contrato de locação com submissão à Lei 8.245/91, contrariando expectativa gerada na contraparte.

Há nisso uma eficácia anexa ao negócio jurídico (**origem**), ao prever a necessidade de ser continuado com submissão à referida lei. E ela é *ex nunc* (**atuação**),

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 112224007/RJ, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 08/05/2014.

pois opera desde o momento da ocorrência do *factum proprium*, com a geração de confiança para a frente, sem ter efeitos retroativos. Por fim, quanto ao **exercício**, há uma limitação da eficácia deste negócio, pois não pode a parte se valer de um direito seu de escolher o regime jurídico que iria informar sua relação contratual.

4.3.2 SUPRESSIO, VERWIRKUNG E SURRECTIO

A *supressio* a chamada “prescrição de fato”, uma prescrição que se dá por comportamento da parte (sociológica), e não por mero decorrer do tempo (cronológica). Impede que sejam invocados direitos muito antigos, abandonados por seu titular, para serem exercidos de maneira inconveniente¹⁷⁸

Para que se configure a *verwirkung*, existe a *supressio* somada à quebra de confiança, realizando-se, segundo classificação de João Batista Machado¹⁷⁹ uma das partes deixa de usar o direito (*supressio*); a contraparte se convence de que aquela não vai usar o direito; a contraparte toma medidas com base nesta confiança. É como uma *supressio* em que se soma os efeitos que teria o *venire contra factum proprium*.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontrou-se apenas uma decisão que menciona a *verwirkung*, mas sem diferenciá-la da *surrectio*. De todo modo, há uma importante menção à distinção que estas duas figuras e a prescrição, conforme acima descrito.

Nessa decisão¹⁸⁰, temos por base um contrato de compra de jazigos em cemitério, realizado entre uma empresa varejista do ramo e a administradora do

¹⁷⁸ PINHEIRO, Rosalice F. Percurso teórico... p. 233

¹⁷⁹ MACHADO, João Batista. Obra dispersa. p. 421 *apud* PINHEIRO, Rosalice F. Percurso teórico... p. 234

¹⁸⁰ DIREITO CIVIL. CONTRATO DE CESSÃO ONEROSA DE JAZIGOS. 1) CEMITÉRIO PARTICULAR. COMERCIALIZAÇÃO DO JAZIGO, SEM ÓBICE NO "JUS SEPULCHRI"; 2) CESSÃO DE CRÉDITO. CESSÃO DE CONTRATOS ASSINADOS EM BRANCO, EMITIDOS EM PROL DE PRIMITIVOS PROPRIETÁRIOS DO TERRENO, DOCUMENTOS NA POSSE DE EX-SÓCIO DE EMPRESA COMERCIALIZADORA DOS JAZIGOS. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO AOS CEDENTES OBRIGADOS, PARA VALIDADE DE TRANSMISSÕES; 3) TÍTULOS AO PORTADOR. NÃO CONFIGURAÇÃO; 4) EXAURIMENTO DOS CONTRATOS, RELATIVAMENTE AO CEMITÉRIO PARTICULAR, DEVIDO AO LONGO TEMPO DE NÃO EXERCÍCIO DE PRETENDIDOS DIREITOS; 4) ESGOTAMENTO DO DIREITO ("VERWIRKUNG", "SUPRESSIO"); 5) ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA QUE NÃO INTERFERE NO JULGAMENTO POR OUTROS FUNDAMENTOS (Súmulas STF 283 e 284); 6) RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1.- É comercializável, por cessão de uso, o jazigo situado em cemitério particular, não encontrando, a comercialização, empecilho no "jus sepulchri"; 2.- A validade da cessão de crédito relativamente ao obrigado pressupõe prévia notificação ou conhecimento por parte do devedor, revelando-se, no caso concreto, o autor, mero detentor da posse de contratos, recebidos de cessionários de primitivos cessionários, sem jamais ter havido notificação ou conhecimento do obrigado, que, podendo, embora, aquiescer, nega a validade da obrigação; 3.- Contratos de cessão de uso de jazigos em cemitério

cemitério. A empresa, para poder vender seu “produto”, teria de ceder o uso destes jazigos a terceiros. E para tanto, cada um dos adquirentes (cessionários) deveria notificar a administradora do cemitério de que houve a cessão.

Dada a natureza peculiar do “jus sepulcra”, os contratos de cessão de uso dos jazigos não garantem esse direito, mas dependem da notificação – que o faz direito “controvertido”, condicionado a essa notificação¹⁸¹.

No caso em tela, a empresa realizou transações como se o direito ao uso destes jazigos operasse como títulos de crédito, realizando numerosas cessões de direitos à utilização instrumento particular. Desta feita, não houve a devida notificação à administradora do cemitério, ficando os titulares do direito por longo tempo sem manifestar interesse em efetivá-lo.

Assim, a não resolução dessa situação de “controversão” do direito, por longo período, fez suprimir o direito pela *supressio*, ou “esgotamento”, “esvaziamento” do direito, nas palavras do relator:

Não se trata de prescrição, mas de esgotamento, esvaziamento, demonstrado pelo longo tempo em que o autor desertou de praticizar alegados direitos que sustenta firmados em títulos de crédito ao portador – em conduta que não se vê com “id quod plerumque accidit” na matéria.

A informação, incontroversa, deque os jazigos, quão menos grande parte deles, foram objeto decisões realizadas pela ré a terceiros, fato corroborado pela própria opção do autor em não mais negociar, por longo tempo, com terceiros, os contratos, indica insofismavelmente o esgotamento de eventual direito a eles, deque se pudesse em tese cogitar¹⁸².

Apenas destaca-se, para fins de coerência teórica, que não é tecnicamente precisa a equivalência que se fez das figuras da *supressio* e da *verwirkung*. Pelas informações que temos do caso, aconteceu a apenas a *supressio*, supressão de um direito pelo não uso, e não *verwirkung*. Pois nada indica que a parte em favor de quem ocorreu a perda do direito (empresa administradora do cemitério) tenha tomado alguma medida em razão da confiança gerada pela inação da parte adversa da relação (cessionário).

particular, conquanto assinados em branco, com outorga de direito de preenchimento, não configuram títulos de crédito, especialmente afastada a natureza de títulos ao portador; 4.- **O não uso, por longo tempo, de direito controvertido, não condicionado a prévio ato condicionante, da parte do devedor, configura o abandono do direito ("Verwirkung", "supressio")**, que não se confunde com prescrição, quando, na atividade das partes, a exaustão de eventual direito se evidencia no comportamento delas próprias, tomando o bem rumo diverso, com a tolerada negociação com terceiros. 5.- Alegação de infringência de regras atinentes ao ônus da prova (CPC, art. 333, II) não afasta demais fundamentos do Acórdão recorrido (Súmulas 283 e 284 do STF). 6.- Recurso Especial improvido.(REsp 1190899/SP, Ministro Sidnei Beneti, Dje 07/02/2012, grifou-se).

¹⁸¹ Na linguagem empregada por Marcos Bernardes de Mello, poderíamos dizer que a notificação é elemento integrativo do suporte fático, pois só com ela é que o negócio tem condão de gerar efeitos.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1190899/SP, da 3ª turma, Ministro Sidnei Beneti; Dje 07/02/2012. p. 15-16

Em outra decisão¹⁸³, o Tribunal trata de um caso envolvendo contrato de representação comercial entre duas empresas. No que interessa ao presente trabalho, discutiu-se a pretensão da recorrente a receber valores de diferenças de comissão relativos aos negócios travados, mesmo tendo aberto mão deste direito por longo período. Explica a relatora, Ministra Nancy Andrichi:

Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

Na hipótese específica dos autos, a recorrente desde a primeira alteração contratual, que implicou a supressão da exclusividade de atuação e redução da zona de vendas, abriu mão do recebimento das diferenças de comissão, despertando na recorrida, ao longo de toda a relação negocial, a justa expectativa de que não haveria exigência posterior.

Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de diferenças, que sempre foram dispensadas, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual pela recorrida.¹⁸⁴

Por longo período o comportamento da parte foi no sentido de abrir mão do direito a essas comissões, fazendo gerar na outra parte expectativa de que isso seria permanente. Logo, pela incidência da boa-fé objetiva pela *supressio*, houve desaparecimento do direito.

A *supressio* e a *verwirkung*, em relação ao **exercício**, tornam limitada a eficácia dos negócios jurídicos. Ambas fazem desaparecer a eficácia de um dado direito, que se abandonado não pode mais ser invocado de forma inoportuna. Ressalte-se que no caso da *verwirkung* a limitação é agravada pela situação de confiança gerada¹⁸⁵.

Na **origem**, são eficácia anexa ao negócio. O efeito de desaparecimento de um determinado direito, poder ou faculdade, pelo não uso, não é próprio do negócio jurídico ao qual ele se remete, mas é anexo pela incidência boa-fé objetiva.

¹⁸³ CIVL EPROCESO CIVL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. REDUÇÃO ZONA DE ATUAÇÃO. REMUNERAÇÃO. ANUÊNCIA TÁCITA DO REPRESENTANTE. COMISSÃO. (...) 5. O princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título da diferença, que sempre foram dispensados, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda relação contratual pela recorrida. 6. Recurso especial parcialmente provido. (Resp 1323404. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe em 07/11/2013)

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1323404. Ministra NANCY ANDRIGHI; DJe em 07/11/2013. p. 10-11

¹⁸⁵ Lembrando-se que, como visto oportunamente, parte-se do pressuposto que a *verwirkung* é uma *supressio* em que, além do abandono do direito, há situação de confiança sobre a qual a contraparte assenta seu comportamento.

No que diz respeito à **atuação** da eficácia a *supressio* e a *verwirkung* atuam com efeitos *ex tunc*, pois fazem desaparecer a possibilidade de alegar uma prerrogativa ou direito desde sempre. Não há que se cogitar que uma parte alegasse que seu direito desapareceu desde algum momento em específico para adiante. Entende-se que a supressão pelo não uso o fez desaparecer desde sempre, como se nunca tivesse existido.

No caso apresentado como exemplo de *supressio* e *verwirkung*¹⁸⁶, houve a supressão de um direito de uso de jazigos em cemitérios pela não efetivação do direito por longo período. Quanto à **origem**, tem-se aí uma eficácia anexa ao negócio, pois na compra e venda não havia previsão dessa supressão pelo decurso de tempo. Quanto ao **exercício**, é eficácia limitadora, pois suprime o direito ao uso. Quanto à **atuação**, é *ex tunc*: o não uso prolongado é um fato que se constata no presente, mas seus efeitos retroagem até a data do surgimento deste direito, pois ele desaparece desde sempre.

No caso apresentado como exemplo de *supressio*¹⁸⁷, quanto ao **exercício** houve uma limitação à eficácia do negócio jurídico de representação comercial, pois houve o desaparecimento de o direito de uma das partes em receber determinadas comissões, de que abriu mão pelo seu comportamento reiterado. Isso foi uma eficácia anexa, ao negócio (**origem**), pois não é própria dele, mas decorre da incidência da boa-fé objetiva. Por fim, tem efeitos *ex tunc* (**atuação**), pois desde sempre este direito está suprimido.

A *surrectio*, por seu turno, nada mais é que a inversão analógica da *supressio*: há criação de um dado direito a uma das partes pelo comportamento reiterado da contraparte¹⁸⁸.

Há diversos casos que tramitaram no STJ a respeito. Analisaremos um deles, a título de exemplo¹⁸⁹. No caso, existe o reconhecimento de direito adquirido pelo comportamento reiterado, figura da *surrectio*. Trata-se de um contrato de seguro, em

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1190899/SP, da 3ª turma, Ministro Sidnei Beneti; Dje 07/02/2012.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1323404. Ministra NANCY ANDRIGHI; DJe em 07/11/2013.

¹⁸⁸ PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico...* p. 234

¹⁸⁹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA CÓPIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SEGURO DE VIDA. NÃO RENOVAÇÃO. FATOR DE IDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS. DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA COOPERAÇÃO, DA CONFIANÇA E DA LEALDADE. AUMENTO. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. CIENTIFICAÇÃO PRÉVIA DO SEGURADO. (...) 4. Na hipótese em que o contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade.(...). (Ag 1427345/RS; Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; DJe 05/09/2013)

que a renovação reiterada do contrato por longo período *faz surgir o direito* ao segurado à continuação dessa renovação e à não modificação súbita das condições da avença:

Sobre o tema, Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que, na hipótese em que contrato de seguro devida é renovado ano a ano, por longo período – na espécie, por vinte três anos –, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade.¹⁹⁰

Embora o julgador não tenha mencionado a palavra específica que designa a concreção da boa-fé objetiva (*surrectio*), citou o princípio da boa-fé objetiva, o que afasta estar consciente dos efeitos de sua incidência ao caso.

A *surrectio* quanto ao **exercício** e à **origem** atua de forma idêntica à *supressio*, pois consiste apenas em sua inversão: por uma eficácia anexa ao negócio, faz surgir um direito. Contudo, quanto à **atuação**, atua na tem efeitos *ex nunc*, pois faz com que da prática reiterada surja um direito. Ao inverso do que dito acima para as demais figuras, a *surrectio* opera do momento em que ocorre para frente. Na *supressio*, o comportamento reiterado faz desaparecer desde sempre um direito; na *surrectio*, um comportamento reiterado faz surgir, desde agora, um direito.

No caso acima discutido, apresentou-se contrato de seguro, em que o pagamento por longo período fez gerar ao segurado direito à percepção do prêmio mesmo havendo situação de inadimplência quando da ocorrência do sinistro. Temos aí uma eficácia anexa ao contrato (**origem**).

Quanto ao **exercício**, há limitação da eficácia do negócio: não para a parte que ganhou o direito, mas para a que perdeu, que não pode se valer de toda a eficácia que formalmente uma contratação civil lhe daria, como a exceção de contrato não cumprido, por exemplo.

O que muda, em relação à *supressio* e à *verwirkung*, é a **atuação** desta eficácia: ela é *ex nunc*. Porque não faz sentido dizer que este direito de receber o prêmio existia desde sempre, ou “desde antes”. Existiu “depois”, isto é, após o comportamento reiterado que criou o direito.

4.3.3 TU QUOQUE

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1427345/RS, da 3ª turma, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; DJe 05/09/2013. p. 4

É o imperativo segundo o qual não pode um dos contratantes se valer de sua própria torpeza. Ou seja, a “pessoa que viole uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído”¹⁹¹ Não pode, por exemplo, estender uma nulidade a todo um contrato para fugir de suas obrigações, ou exigir o respeito a um direito quando a posição jurídica que lhe confere este direito foi criada por ato ilegal.

O *tu quoque* se subdivide em duas situações, a saber, da aquisição desleal de direitos e da criação de mera aparência de direitos. O tratamento desigual, nesses casos, diminui a reciprocidade, o equilíbrio e a justiça contratual, quebrando o sinalagma contratual, estrutura das relações jurídicas bilaterais.

Por fim, podemos dizer que o *tu quoque* pode ser encarado como uma espécie de *venire contra factum proprium*¹⁹², mas dele se difere por não fazer apelo à confiança entre as partes.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontram-se decisões que se limitam a citar o *tu quoque* como mais uma das figuras relacionadas à boa-fé objetiva, sem contudo abordar sua aplicação. Mas também há decisões que operam bem com a figura.

Traz-se à discussão caso¹⁹³ em que houve esse emprego correto do *tu quoque*, embora houvesse certa confusão, na ementa e no corpo do voto, por fazer parecer equivalentes as figuras do *tu quoque*, do *venire contra factum proprium*, da *supressio* e da *surrectio*.

Trata-se um contrato de locação, em que a locadora recusou-se a assinar o distrato quando do término da avença. Contudo, posteriormente, a fim de reaver valores

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 461

¹⁹² PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico...* p. 237

¹⁹³ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. **ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO.** IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO. 1. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a **proibição do venire contra factum proprium, a supressio, a surrectio e o tu quoque**, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva. 2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1040606/ES, Ministro Luis Salomão, Dje 16/05/2012, grifou-se).

desembolsados, arguiu a nulidade do contrato por não haver paralelismo das formas para extinção da relação contratual -- isto é, por não ter havido distrato.

Dessarte, toda a celeuma reside na discussão acerca da validade do distrato, sustentando o recorrente que deveria ser observada a mesma forma do contrato, todavia a Corte local considerou que as partes avençaram pela elaboração de pactuação escrita, procedendo ao distrato, porém, contrariando a expectativa legitimamente despertada na locatária, a locadora se recusou a apor sua assinatura no documento.

Com efeito, não é dado à recorrente **se valer da própria torpeza** para, em atitude de patente abuso de direito, alegar nulidade na avença, buscando manter o contrato que fora rompido e a não devolução de valor desembolsado, contrariamente ao pactuado no distrato, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença (...)¹⁹⁴

Há aí, portanto, um comportamento contraditório, antijurídico, que cria uma situação de injustiça intolerável. A recusa na assinatura do distrato foi um ato em si legítimo¹⁹⁵, mas tornado torpe pela atitude posterior da locadora, que dele pretendeu se valer depois para enriquecer ilicitamente. Não houve criação de uma situação de confiança para configuração do *venire.*, tampouco tem a ver com o caso a *supressio* e a *surrectio*, já que não houve desaparecimento ou criação de direitos por comportamento reiterado. Embora o ilustre relator tenha citado diversas concreções da boa-fé objetiva, cremos que a que mais se amolda ao caso é a da *tu quoque*.

Noutro caso¹⁹⁶, igualmente o julgador citou as concreções *venire* e *tu quoque* da boa-fé objetiva como sinônimas; mas entende-se, novamente, que haveria mais precisamente a incidência da *tu quoque*. Trata-se de relação jurídica cambiária de nota promissória, em que a assinatura é requisito de existência e validade do título de crédito.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1040606/ES, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 16/05/2012. p. 14 (grifou-se)

¹⁹⁵ Em tempo: a recusa em realizar o distrato não é em si ato torpe. Pois, segundo o art. 1096 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, não “O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato. Mas a quitação vale, qualquer que seja a sua forma.”. Contudo, no caso, a torpeza está na combinação entre as duas ações, a de negar-se a realizar o distrato para depois alegar a nulidade.

¹⁹⁶ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS SINTETIZADA NOS BROCARDOS LATINOS 'TU QUOQUE' E 'VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM'. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Genebra. 3. Inexistência de lei dispendo sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como **concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium'**, segundo a qual 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. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1192678/PR, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 26/11/2012, grifou-se).

Trata-se de discussão a respeito de título de crédito. No momento da confecção do título, houve a assinatura escaneada pelo devedor, sem que houvesse previsão legal para tanto. Com base nisso, pretendeu o devedor esquivar-se do pagamento da dívida. Como no caso anterior, a parte alegou uma nulidade causada por ela mesma como forma de enriquecer ilicitamente. Há portanto *tu quoque*, pretensão de se valer de sua própria torpeza, o que é vedado.

Mais especificamente, é de se questionar se o direito de impugnar a assinatura constante na nota promissória pode ser invocado pelo emitente que, por ato próprio, lançou na cártula uma assinatura viciada. (...)

Com efeito, a norma inobservada pelo emitente é a do art. 75 LUG, que estabelece a assinatura do emitente como requisito de validade da nota promissória, devendo a assinatura ser de próprio punho, ante a inexistência de previsão legal de outra modalidade de assinatura na época da emissão da cártula.

Essa mesma norma é invocada pelo emitente na ação declaratória de nulidade do título de crédito, configurando clara hipótese de aplicação das situações jurídicas sintetizadas nos brocardos latinos *tu quoque e venire contra factum proprio*.¹⁹⁷

Poder-se-ia alegar que ocorreu mais precisamente a incidência do *venire contra factum proprium*, já que a assinatura significou uma situação de confiança que depois foi contrariada. Além disso, nada indica que no momento da assinatura a parte estivesse com intenções inescrupulosas de faltar com o compromisso avençado (torpeza).

Com as informações contidas na ementa, é impossível de avaliar a condição anímica da parte quando do momento de assinatura, isto é, se ela estava com intenções torpes de enriquecer ilicitamente, ou se simplesmente teve essa ideia depois. Mas é lícito, por uma espécie de ficção jurídica, pressupor que estivesse, pelo seu comportamento posterior, que foi torpe.

De qualquer modo, o direito não é ciência exata, e é possível admitir que no caso em tela tenha havido a incidência de ambas as concreções. O importante, de todo o modo, foi o reconhecimento do que era justo no caso concreto, com o consequente resultado prático favorável para a parte titular do direito violado. Mesmo porque, como anteriormente, ambas tem origem na mesma noção de que não é lícito se contradizer (a teoria dos atos próprios, como denomina por Judith Martins-Costa).

O *tu quoque* quanto ao **exercício**, limita a eficácia do negócio jurídico, ao impossibilitar que a parte se valha de sua própria torpeza, mesmo que esta torpeza seja invocar direito ou nulidade formalmente existente. Quanto à **origem**, cria uma eficácia

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1192678/PR, da 3ª turma, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; DJE 26/11/2012. p. 9-10

anexa ao negócio jurídico: o sujeito pratica certo ato contrário ao direito e cria uma situação da qual não poderá se valer no futuro. E isso não é algo próprio do negócio, mas eficácia anexa criada pelo *tu quoque*. Quanto à **atuação**, opera com efeitos *ex nunc*, pois não permite que aquele que praticou uma torpeza no passado se valha dela agora. Não faz sentido dizer que há eficácia antes da ocorrência do ato torpe.

No primeiro caso apresentado como exemplo¹⁹⁸, a recusa da parte em encerrar o contrato de locação pelo distrato para depois alegar nulidade por sua ausência é uma eficácia anexa por não ser prevista originalmente no negócio, mas decorrer da boa-fé (**origem**). Além disso, é claramente limitadora (**exercício**), pois faz com que a parte não possa alegar nulidade a que formalmente teria direito. Por fim, opera com efeitos *ex nunc* (**atuação**), vez que é desde o momento em que se negou a assinar o distrato (ato torpe) é que há o efeito de não poder se valer desta torpeza.

No outro caso¹⁹⁹, alegou uma das partes em relação jurídica cambiária que o título de crédito que assinou com assinatura escaneada era inválido, por falta de previsão legal para esse tipo de assinatura. Foi reconhecida improcedente essa pretensão. Novamente, a incidência da boa-fé objetiva criou uma eficácia anexa ao negócio (**atuação**), limitando seu **exercício**, pois não pode a parte alegar nulidade a que deu causa, mesmo formalmente, pelo suporte fático relativo ao título de crédito, ter esse direito. E com efeitos *ex nunc* (**atuação**).

4.3.4 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Este princípio, derivado da boa-fé objetiva, dá a prerrogativa ao devedor de não ser considerado inadimplente quando pagou substancialmente o que devia, proibindo a outra parte resolver o contrato por um inadimplemento insignificante face ao total do que já foi adimplido. Não há um critério matematicamente definido para o que seria substancial ou não, mas o bom senso permite avaliação conforme o caso concreto. Num contrato periódico de 40 parcelas, por exemplo, o pagamento de 35 delas configura adimplemento substancial.

Nas palavras de Clóvis Couto e Silva, é um “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1040606/ES, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 16/05/2012.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1192678/PR, da 3ª turma, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; DJe 26/11/2012.

resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)²⁰⁰

Já na visão de Rui Rosado de Aguiar, o adimplemento substancial “exclui a incidência da regra legal que permite a resolução quando não observada a integralidade do adimplemento” quando “o incumprimento é insignificante, em relação ao contrato total”²⁰¹.

Veja-se nos casos concretos o que julgou o STJ a respeito²⁰². O primeiro caso analisado trata de Contrato de “leasing”, modalidade de contrato de execução diferida, em que o adimplemento é periódico. Há contratos em que a execução é por tempo indeterminado, como ocorre muito na locação, mas no “leasing” é por período determinado. No caso, houve compra de 135 carretas a serem pagas em 36 parcelas.

O devedor pagou 30 das 36 parcelas que devia, o que significa mais de 83% do débito total. Claramente, houve o adimplemento substancial. Formalmente é possível dizer que o devedor não pagou a dívida, pois não a pagou integralmente; mas não é possível a resolução do contrato, pois essa dívida foi paga quase que totalmente.

No mérito, a polêmica situa-se em torno do reconhecimento pelo tribunal de origem da ocorrência da exceção de inadimplemento contratual (art. 476 do CC) e o acolhimento da teoria do adimplemento substancial, julgando improcedente a ação de reintegração de posse de 135 carretas. (...)

No caso, o reconhecimento pela corte de origem da ocorrência do adimplemento substancial amolda-se perfeitamente à jurisprudência desta Corte.²⁰³

²⁰⁰ SILVA, Clóvis do Couto. *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 56 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1200105/AM, da 3ª turma, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; DJe 27/06/2012. p. 10

²⁰¹ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 248

²⁰² RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLENTO CONTRATUAL. Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de "leasing", após o **pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas**. Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda. Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado. (...) Correta a decisão do tribunal de origem, com **aplicação da teoria do adimplemento substancial**. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1200105/AM; Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; DJe 27/06/2012)

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1200105/AM, da 3ª turma, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; DJe 27/06/2012. p. 9-17

E esse entendimento é conforme a boa-fé objetiva, por demonstrar clara intenção no adimplemento total do crédito. Ao contrário, a intenção da contraparte em resolver o contrato mesmo tendo recebido 83% do pagamento é contrária à boa-fé.

Noutra decisão²⁰⁴, é abordada situação de um contrato de seguro, modalidade de contrato aleatório, nos qual as partes (segurado e seguradora) se arriscam a uma contraprestação ainda desconhecida ou desproporcional (prêmio), que sequer precisa existir se não ocorrer o fato gerador do seguro (sinistro).

No caso, o segurado deixou de pagar apenas algumas parcelas do contrato, tendo sido bom pagador de todas as outras. Contudo, estando ele em atraso no momento da ocorrência do sinistro, pretendeu a seguradora não pagar o prêmio, o que foi negado pelo judiciário:

Incide a teoria do adimplemento substancial dos contratos, que visa a impedir o uso imoderado do direito de resolução pelo credor, quando o rompimento do pacto não se ajusta a exigências de índole social ou pautadas pela boa-fé objetiva.

Por essa ótica, a faculdade que o credor tem de simplesmente resolver o contrato, diante do inadimplemento do devedor, deve ser reconhecida com

²⁰⁴ DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE PECÚLIO POR MORTE. NATUREZA DO CONTRATO. SEGURO DE VIDA. SEMELHANÇA. MORA DO CONTRATANTE. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DA SEGUNDA SEÇÃO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. TENTATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA ANTES DO FATOS GERADOR (SINISTRO). RECUSA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. CONDUTA DO CONSUMIDOR PAUTADA NA BOA-FÉ. RELEVÂNCIA. PAGAMENTO DEVIDO. 1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n. 109/2001). 2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual "o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (REsp 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184). 3. Ademais, **incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.** 4. No caso, embora houvesse mora de 90 (noventa) dias no pagamento da mensalidade do plano, antes da ocorrência do fato gerador (morte do contratante) tentou-se a purgação, ocasião em que os valores em atraso foram pagos pelo de cujus, mas a ele devolvidos pela entidade de previdência privada, com fundamento no cancelamento administrativo do contrato ocorrido 6 (seis) dias antes. 5. Com efeito, depreende-se que o inadimplemento do contrato - a par de ser desimportante em face do substancial adimplemento verificado durante todo o período anterior - não pode ser imputado exclusivamente ao consumidor. Na verdade, o evitável inadimplemento decorreu essencialmente do arbítrio injustificável da recorrida - entidade de previdência e seguros - em não receber as parcelas em atraso, antes mesmo da ocorrência do sinistro, não agindo assim com a boa-fé e cooperação recíproca que são essenciais à harmonização das relações civis. 6. A entidade de previdência obsteu a purgação da mora por motivo injustificado, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, somando-se a isso a inequívoca conduta pautada na boa-fé do consumidor, por isso incabível a negativa de pagamento do pecúlio depois de verificada morte do contratante. Incidência do art. 21, § 3º, da Lei n. 6.435/77. 7. Recurso especial provido. (Resp 877965/SP; Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01/02/2012)

cautela, sobretudo quando evidente o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes, como no caso dos autos. (...)

Nessa linha, a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios. (...)

No caso ora em apreço, a conduta da beneficiária do pecúlio, a meu juízo, está inequivocamente revestida de boa-fé, a mora - que não foi causada exclusivamente pelo consumidor - é de pequena importância, e a resolução do contrato não era absolutamente necessária, mostrando-se também interessante a ambas as partes a manutenção do pacto, como se verá.²⁰⁵

A aplicação da teoria do adimplemento substancial houve com o pagamento quase total das parcelas pelo segurado, sendo de contrária à boa-fé, portanto, a conduta da seguradora.

Já o **adimplemento substancial**, quanto ao **exercício** da eficácia, limita-a: impede que a contraparte faça valer seu direito formal de resolver o contrato por inadimplemento. Quanto à **origem**, é uma eficácia anexa, pois não é prevista nos negócios, mas decorre da boa-fé.

Quanto à **atuação**, opera *ex nunc*: existe posteriormente à verificação de que adimplemento já se deu de forma substancial, não tendo sentido a retroatividade. Se fosse retroativa, o adimplemento substancial teria tornado desde sempre limitado o direito de uma das partes resolver o contrato por inadimplemento, por exemplo. O que ocorre é que, após haver a substancialidade do adimplemento é que esse direito de resolução desaparece.

No primeiro caso²⁰⁶, o fato de uma das partes ter pago quase todo o débito que lhe cabia em contrato de *leasing* impede a contraparte de se valer de seu direito de resolvê-lo por inadimplemento. É uma eficácia: anexa (**origem**), pois não ínsita ao tipo contratual em questão; limitadora, pois impede **exercício** de direito formalmente previsto; *ex nunc*, pois opera desde que se verificou a substancialidade do adimplemento para a frente (**atuação**) – não fazendo sentido dizer que houve adimplemento substancial desde o início do negócio.

No segundo caso²⁰⁷, em contrato de seguro, não pode a seguradora alegar inadimplemento para se recusar a pagar o prêmio, mesmo estando o segurado em situação de inadimplência. Isso porque, até pouco tempo antes do sinistro, foi o

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 877965/SP, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01/02/2012 p. 8-9

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1200105/AM, da 3ª turma, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; DJe 27/06/2012.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 877965/SP, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01/02/2012

segurado bom pagador, pelo que se entendeu que houve adimplemento substancial do contrato. Repita-se, quando aos modos eficaciais, o dito para o caso acima.

4.3.5 DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Essa figura da boa-fé objetiva prevê que deve haver uma tentativa, por parte daquele que detém um bem jurídico, de mitigar o dano que eventualmente venha a sofrer. Não é aceitável a conduta daquele que deixa seu patrimônio ser danificado e fica inerte, na esperança de futuramente ser recompensado com indenizações.

A respeito disso²⁰⁸, foi estabelecido o Enunciado nº 169 na mesma III Jornada de Direito Civil: “princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. A redação, contudo, remonta ao art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre venda internacional de mercadorias, segundo o qual:

“A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”.

No sistema legal brasileiro, o Código Civil traz temos exemplo desta figura no art. 771, segundo o qual “sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências”.

O STJ também já decidiu a respeito. No caso ora analisado²⁰⁹, decidiu o tribunal sobre contrato de locação, em que o locatário deixou de pagar aluguéis desde 1994, e

²⁰⁸ LEAL, Bruno Bianco. *Da boa-fé objetiva e suas figuras argumentativas*.

²⁰⁹ DIREITO CIVL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVRES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVR DE MITGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos incertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência dos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado de pagar a posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam extensamente o dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de

abandonou o imóvel em 2001, para só ser questionado judicialmente, pelo locador, em outubro de 2002²¹⁰. Entendeu o tribunal que

a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.²¹¹

Com essa conduta de ausência de zelo, houve ofensa à boa-fé objetiva, pois:

avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Deste modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.²¹²

O *duty to mitigate the loss*, quanto ao **exercício**, limita a eficácia do negócio jurídico, pois tira a liberdade do negociante de se valer de certas prerrogativas caso ele não atue satisfatoriamente na diminuição dos danos relativos a seu direito. Quando à **origem**, esta figura limita a eficácia do negócio jurídico, pois há criação de deveres de cuidar do dos próprios direitos que não são necessariamente previstos no negócio jurídico, mas decorrem da incidência da boa-fé ao caso. Quanto à **atuação**, há uma eficácia *ex nunc*: desde que se verifica a ocorrência de evento que possa ser danoso, surge o dever de lhe garantir o menor dano possível.

No caso trazido à lume, houve uma limitação no **exercício** da eficácia do negócio jurídico de locação: foi tirada ao locador a possibilidade de proteger a sua posse, porque ele não agiu conforme a boa-fé ao tentar se valer dessa prerrogativa após sete anos de inércia. E essa limitação é uma eficácia **anexa**, pois não prevista no contrato de locação; e com efeitos *ex nunc*, pois foi a conduta passada do locador, ao não proteger seu direito, que gerou a limitação atual da prerrogativa, sem que haja sentido em falar que essa limitação retroaja.

ressarcimento). 6. Recurso improvido. (Resp 758518, 3ª Turma, Ministro Vasco Della Giustina, Dje. 01/07/2010)

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758518/PR, da 3ª turma, Ministro Vasco Della Giustina; DJe 01/07/2010. p. 9

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758518/PR, da 3ª turma, Ministro Vasco Della Giustina; DJe 01/07/2010. p. 10

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758518/PR, da 3ª turma, Ministro Vasco Della Giustina; DJe 01/07/2010. p. 6

5. CONCLUSÃO

A exposição acima realizada faz inferir que é possível uma compatibilidade teórica entre a boa-fé objetiva e a teoria do fato jurídico, mesmo esta tendo sido desenvolvida para operar com regras e aquela ser um princípio ou uma cláusula-geral. Contudo, são necessárias algumas adaptações teóricas para que possa haver uma compatibilidade técnica.

1. *É necessária uma concepção de obrigação como processo.* A teoria do fato jurídico é construção teórica que remonta ao positivismo, e portanto se aproxima da concepção estática de obrigação como uma mera contraposição entre direito e dever, previamente definidos em lei ou em contrato. Contudo, a boa-fé faz entender a obrigação como uma concatenação de direitos e deveres com o fim último de alcançar o adimplemento.

2. *É necessária uma concepção estrutural do fato jurídico.* A boa-fé objetiva trouxe uma nova concepção de relações privadas, que devem se pautar pela proteção da confiança, e não mais pelo dogma da vontade. Isso implica não haver compatibilidade entre a boa-fé objetiva e a concepção volutalista de fato jurídico, em que prepondera a como proteção da vontade negocial. Não se pode mais definir o fato jurídico pela declaração de vontade. Embora nos contratos privados em geral seja de suma importância a declaração de vontade, sobretudo pela opção que as partes tem por aderir ao contrato, ela não é o principal elemento a ser protegido.

De outro modo, também não podem ser aceita a concepção objetivista, que tem o fato jurídico como uma concessão do sistema aos particulares para aderir a uma cadeia de efeitos já prevista, ou na concepção objetivista normativista, uma concessão para criar uma norma no caso concreto.

Com efeito, entende-se que a teoria estruturalista é mais interessante para tanto, pois entende o negócio jurídico como um fruto da declaração da vontade, por um lado, mas como um sentido social a ele imanente. Uma declaração de vontade com fins sociais definidos pelo direito, e reconhecidos pela sociedade.

Respeitando esta concepção, pode-se respeitar a vontade das partes e protegê-la tal qual exige a natureza dos negócios jurídicos, mas enquadrando-a de acordo com os valores socialmente reconhecidos como válidos pela sociedade.

3. *É necessária uma adaptação no plano da existência do negócio jurídico.* No que diz respeito à estrutura do fato jurídico, que se divide em três planos, são necessárias adaptações em relação a cada um deles. Para fins deste trabalho são analisados os planos da existência e da eficácia.

Para que haja a referida compatibilidade no plano da existência são necessárias adaptações na determinação do suporte fático: não se pode mais pautar apenas pela incidência de regras, mas também de princípios e cláusulas-gerais, o que lhe diminui a precisão e aumenta sua vagueza. Nesse plano, atua sobretudo a função interpretativa da boa-fé: como princípio, permite a releitura das regras à luz do novo paradigma da confiança; como cláusula geral, permite análise dos casos concretos não apenas pelo mecanismo da subsunção, mas também pela técnica de reenvio a elementos extrassistemáticos.

4. *É necessária uma adaptação no plano da eficácia do negócio jurídico.* No que diz respeito ao plano da eficácia, atuam mais as funções de criação de deveres e limitação de direitos. A boa-fé faz surgir deveres anexos aos da prestação principal, que lhe proporcionam uma possibilidade maior de conseguir a finalidade do negócio, que é o adimplemento, bem como tolhe aos particulares o exercício de prerrogativas individuais formalmente previstas mas que impedem a consecução do objetivo previsto. Ambas as realidades dizem respeito, portanto, não à existência do negócio (plano da existência), nem à pureza da vontade exarada pelas partes (plano da validade) mas aos efeitos gerados por ele no mundo do direito (plano da eficácia).

Com a construção jurisprudencial e doutrinária que se realizou, a boa-fé objetiva foi sendo cada vez mais detalhada em sua aplicação prática. Daí a utilização das ditas “figuras” da boa-fé objetiva, cada uma com uma eficácia própria, que se procurou explicar à luz da doutrina e exemplificar com julgados, delimitando-lhe os efeitos pela teoria que se chama de “modos da eficácia”.

6. BIBLIOGRAFIA

LIVROS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1991.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Panorama atual pelos atualizadores, § 7.B – Doutrina. In PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 79-81

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Rosalice F. *Percurso teórico da boa-fé objetiva e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. 2004. 378 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PONTES DE MIRANDA, F. C; atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ARTIGOS E CAPÍTULOS DE COLETÂNEAS

AMARAL, Francisco. O Código Civil e o problema metodológico de sua realização. in TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 3-24

CAMARGO PENTEADO, L. *Figuras parcelares da Boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Luciano_venire.doc Consulta em 23/10/2014. Consulta em 29/10/2014.

DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. in TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 249-254

FACHIN, Luiz Edson. O direito como serviço e como vocação. *Cadernos jurídicos*. Curitiba, nº 37, p. 2-3, janeiro de 2013.

LEAL, Bruno Bianco. *Da boa-fé objetiva e suas figuras argumentativas*. Disponível em < <http://hierarquiadinamica.blogspot.com.br/2012/04/teorias-da-boa-fe-objetiva-em-direito.html>> Consulta em 29/10/2014.

PINHEIRO, Rosalice F. *Boa-fé e equilíbrio na interpretação dos contratos de consumo*. Paraná: Curitiba, 2007. 368 p. (Coleção Comissões – Repensando o Direito do Consumidor II, vol. 8, Ordem dos Advogados do Brasil). p. 69-95

PINHEIRO, Rosalice F.; BOTH, Laura G. As "fórmulas mágicas" da boa-fé na jurisprudência brasileira: um cenário de transferências culturais. in CORTIANO JUNIOR, Eroulths; FACHIN, Luis Edson; NALIN, Paulo R. R.; MEIRELLES, Maria Leal. *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Jaruá, 2009. p. 211-238

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Consulta em 23/10/2014

SANTOS, Romualdo Batista dos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. in TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 221-248

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 112224007/RJ, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 08/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1190899/SP, da 3ª turma, Ministro SIDNEI BENETI; Dje 07/02/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 1427345/RS, da 3ª turma, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; DJe 05/09/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1323404. Ministra NANCY ANDRIGHI; DJe em 07/11/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1040606/ES, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 16/05/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1192678/PR, da 3ª turma, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; DJE 26/11/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1200105/AM, da 3ª turma, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; DJe 27/06/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 877965/SP, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01/02/2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758518/PR, da 3ª turma, Ministro VASCO DELLA GIUSTINA; DJe 01/07/2010

BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível nº 642706, Dje 06/04/1994

VÍDEOS

TVMIGALHAS. *Miguel Reale e o Código Civil*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=VLUU8V0cp10>> Acesso em: 23 de outubro de 2013.