

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM FACE À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM AGAINST THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**Stefania Fraga Mendes
Roberto Alves de Oliveira Filho**

Resumo

O estudo em questão pretende analisar a vedação do comportamento contraditório a partir dos fundamentos da boa-fé objetiva e do instituto do venire contra factum proprium. O trabalho aborda a boa-fé objetiva, procedendo-se a análise da evolução histórica, permitindo constatar suas diversas concepções ao longo do tempo e nos diferentes ordenamentos jurídicos. Em sua vertente objetiva, objeto da análise empreendida, a boa-fé implica no comportamento de confiança e lealdade que deve ser atendido por ambas as partes. A contradição faz-se presente no cotidiano do homem, no entanto, o comportamento contraditório é limitado a fim de proteger a confiança e a lealdade pactuada entre os contratantes. A deslealdade refletida diante de um comportamento contraditório é afastada pelo direito com respaldo no princípio da boa-fé objetiva, o qual vislumbra a ética, a lealdade e a coerência desde as tratativas iniciais até o término do contrato. O princípio da boa-fé e seus impactos são analisados na relação obrigacional, especialmente no tocante à limitação de direitos subjetivos. O trabalho dispensa uma atenção detalhada acerca do venire contra factum proprium e os direitos fundamentais. Faz-se uma reflexão quando o direito a ser limitado for um direito fundamental. Ademais, faz-se um estudo dos casos práticos à luz da vedação do comportamento contraditório admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva, Venire contra factum proprium, Direitos fundamentais.

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to examine the seal of contradictory behavior from the fundamentals of objective good faith and the institute venire contra factum proprium. The research cites the objective good faith, proceeding to the analysis of the historical evolution, allowing observes their different concepts over time and in different jurisdictions. In its objective aspect, undertaken analysis of the object, the good faith implies the trust and loyalty of behavior that must be met by both parties. The contradiction is present in man's daily life; however, the contradictory behavior is limited in order to maintain confidence and loyalty agreed between the contracting parties. The reflected disloyalty before a contradictory behavior is cleared by law to support the principle of objective good faith, which sees ethics, loyalty and consistency from the initial negotiations until the contract expires. The principle of good faith and its impacts are analyzed in the obligatory relationship, especially with regard to limiting

the legal rights. The research exemption detailed attention about the venire contra factum proprium and fundamental rights. Is a reflection when the right to be limited is a fundamental right. Moreover, it is a study of case studies in light of the seal contradictory behavior admitted to the Brazilian legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Objective good faith, Venire contra factum proprium, Fundamental rights.

Introdução

A abordagem da boa-fé objetiva é de suma relevância na atual conjuntura contratual, uma vez que as relações contratuais compõem uma visão moderna, que almeja a dignidade da pessoa humana.

A boa-fé como um dever de conduta, definida como boa-fé objetiva não se confunde com o conceito de boa-fé subjetiva que remete a um estado de crença, psicológico. Ressalta-se a nova visão das relações intersubjetivas obrigacionais que privilegiou a boa-fé objetiva face à boa-fé subjetiva.

O Código de 1916 absteve-se de mencionar a boa-fé objetiva em seus dispositivos, diferentemente do atual Código Civil. O Código Civil de 2002 menciona a boa-fé objetiva como critério de interpretação da declaração da vontade (art.113), de valoração da abusividade no exercício de direito subjetivo (art.187) e como regra de conduta imposta aos contratantes (art.422).

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer como um de seus pilares a eticidade, distanciando do individualismo presente no Código de 1916. Enfatizou-se a valorização da pessoa humana em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana elencada no art. 1º, III, e da solidariedade, prevista no art. 3º, III da Constituição Federal.

Teresa Negreiros contribui de forma efetiva para a construção do conceito de boa-fé e demonstra que 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 (NEGREIROS, 1998, p.281-282).

Como desdobramento da boa-fé objetiva menciona-se o *venire contra factum proprium*. Fala-se a respeito da vedação do comportamento contraditório. A boa-fé atua restringindo direitos que, embora demonstrem serem lícitos, não vai de acordo com o direito, vez que não coadunam com a boa-fé, sendo abusivos.

A horizontalização dos direitos fundamentais surge em oposição à eficácia vertical dos direitos fundamentais, presente na relação entre o Estado e o particular. Nota-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

É necessário conciliar os direitos fundamentais e os preceitos presentes no direito privado, especialmente no tocante à liberdade individual. Há situações em que o *venire contra factum proprium* esbarra no exercício de um direito. Em caso de conflito com o exercício de direito fundamental, prevalece um deles, caso não for possível sua harmonização. Analisa-se o caso concreto e a limitação do direito é realizada através da técnica da ponderação.

1. Mudança de paradigma: da boa fé subjetiva à objetiva

O princípio da boa-fé objetiva tem enorme relevância no cenário jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que o previu como norteador da relação de consumo. No tocante aos contratos, na legislação cível, o princípio só teve evidência com o Código Civil de 2002.

As fontes históricas são um meio eficaz a fim de delimitar o conceito de boa-fé. Destaca-se o direito romano e seus institutos como fontes fundamentais para a formação do atual sistema jurídico.

Ao remeter ao direito romano pretende-se buscar o histórico da boa-fé. A boa-fé, relevante no campo obrigacional, tem raízes no direito romano, a partir da *fides* romana, apresentando-se implicações de ordem moral, ética e religiosa.

A palavra empenhada tinha mais valor do que a própria exteriorização da forma uma vez que não era raro considerar que os contratantes atuavam de boa-fé (*bona fides*).

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro a base conceitual e lingüística da boa-fé no Direito Civil português é a *fides* romana. A análise da boa-fé tem início com a *fides* primitiva, que, segundo Menezes de Cordeiro se apresentava sob três aspectos: a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides-ética* (CORDEIRO, 2013, p.55). Em cada aspecto, a *fides* assumia um sentido: religioso, moral ou ético.

De acordo com Menezes de Cordeiro a *fides-sacra* está documentada em latitudes diversas: na Lei de XII Tábuas, ao cominar sanção religiosa contra o patrão que defraudasse a fides do cliente; no culto da deusa Fides, centrado na sua mão direita, símbolo de entrega e de lealdade, na análise dos poderes extensos atribuídos ao pater e nas formas iniciais de sua limitação. Já a *fides-facto*, assim dita por se apresentar despida de conotações religiosas ou morais, ficou a dever-se a Fraenkel, que a reconduz à noção de garantia, associada a alguns institutos, como o da clientela. E a *fides ética* a cuja concepção ficou ligado Heinze parte, na leitura desde autor. Da tese de Fraenkel. Simplesmente, desde o momento em que a garantia

expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria ganho uma coloração moral. (CORDEIRO, 2013, p.55/56).

Segundo Judith Martins-Costa a expressão boa-fé subjetiva denota “estado de consciência”, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (MARTINS-COSTA, 2000, p.411). A autora enfatiza que se diz boa-fé subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.

O direito alemão inovou ao inserir ao fundamento da boa-fé às ideias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), diferindo substancialmente da *fides* romana.

Segundo Judith Martins Costa a fórmula *Treu and Glaube* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que marcaram no direito romano: ao invés de denotar a ideia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* e *Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados (MARTINS-COSTA, 2000, p.124).

O antigo direito germânico distinguia a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. É o disposto no artigo 243 do BGB conhecido como cláusula geral da boa-fé e responsável por uma série de desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários

A boa-fé como um dever de conduta não se confunde com o conceito de *Glauben* ou *Glaube* acerca da situação psicológica da boa-fé.

Sob uma nova ótica no que tange às relações intersubjetivas obrigacionais tem-se a mudança de paradigma da boa-fé subjetiva, até então predominante, para a boa-fé objetiva, a qual é princípio fundante da relação contratual.

O princípio da boa-fé objetiva reflete um valor ético pautado pela lealdade e pela confiança. Trata-se de um dever de conduta contratual a ser seguido e não meramente a um estado psicológico evidenciado na pessoa do contratante relacionado ao estado de crença ou ignorância dele, como é o caso da boa-fé subjetiva (MARTINS-COSTA, 2000, p.411).

O Código Civil de 1916 fez diversas referências da boa-fé em sua maioria tratando apenas da boa-fé subjetiva, que não está ligada a uma regra de conduta a ser seguida e sim a um estado psicológico.

O art. 490 do Código Civil de 1916 previa: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”. No artigo mencionado incide a ideia de boa-fé subjetiva que pressupõe um estado psicológico.

Diferentemente do que ocorre, a título de exemplo, no art. 1443 que dispunha: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias a ele concernentes”, referindo-se a boa-fé objetiva.

O Código de 1916 absteve-se de tratar sobre a boa-fé objetiva, ao contrário do Código Civil de 2002. Faz-se referência à boa-fé objetiva no cenário do Código Civil como critério de interpretação da declaração da vontade (art.113), de valoração da abusividade no exercício de direito subjetivo (art.187) e como regra de conduta imposta aos contratantes (art.422).

Com a criação de um sistema civil-constitucional, mediante a resistemização do Direito Civil em torno do Direito Constitucional foram adotadas as cláusulas gerais, que permitiram um sistema jurídico mais aberto. Ao definir cláusula geral, Judith Martins-Costa aduz que:

(...) são normas jurídicas legisladas incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. É a antiga bipolarização entre segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta de outro”.(MARTINS-COSTA, 2000, p.287).

As cláusulas gerais são espelhadas no Texto Constitucional a fim de possibilitar uma devida regulamentação do contrato inserido numa sociedade pós-moderna, na qual as contratações ocorrem de forma veloz, tornando-se indispensável.

As cláusulas gerais possibilitaram o afastamento do formalismo jurídico e a aproximação do Código Civil aos preceitos fundamentais e valores sociais, sendo eficazes para alcançar a justiça no caso concreto. É nesse contexto que é inserida a boa-fé objetiva.

O Código Civil de 2002 abarcou princípios relevantes que reestruturaram a relação entre particulares, especialmente na formação de negócios jurídicos repensados à luz do princípio da boa-fé objetiva.

A partir do fenômeno da repersonalização e da despatrimonialização, o Código Civil possibilitou a valorização da ética e da dignidade da pessoa humana. Ao contrário do Código Civil de 1916 que, segundo Judith Martins Costa, ingressou na vida brasileira como um sistema fechado e omnicomprensivo (MARTINS-COSTA, 2000. p.265).

Com a boa-fé objetiva rompeu-se o paradigma do direito brasileiro: o individualismo presente no Código de 1916 foi substituído pela eticidade que possibilitou a humanização do direito civil bem como a valorização da pessoa humana a partir da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III, e da solidariedade, prevista no art. 3º, III da Constituição Federal.

Conforme ensina Judith Martins- Costa o Código vigente em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, -, a antinomia verificada no tecido social e às relações de família em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal. (MARTINS-COSTA, 2000, p.266)

Trata-se de tema atual e convidativo a enfrentar a mudança de paradigma que ocorreu devido á sobreposição da boa-fé objetiva face à boa-fé subjetiva. Encontra-se como uma das tendências esboçadas pelos civilistas, qual seja a observância do princípio da boa-fé objetiva no campo das relações intersubjetivas obrigacionais.

O conceito de boa-fé objetiva é delineado de forma brilhante pelo jurista Paulo Luiz Neto Lobo *ao mencionar que* a boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-o significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento. (LOBO, 2002, p. 193).

A boa-fé objetiva pugna por uma conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais: desde as tratativas até a extinção do contrato. No entanto, não há um conceito definido, em virtude da extensão e nuances que a boa-fé aborda, não operando como um conceito comum.

Sendo uma criação do Direito, a boa fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria nas páginas que seguem uma definição

lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riquezas reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica. (CORDEIRO, 2013, p.18).

É o que entende Antônio Meneses de Cordeiro, em sua obra detalhada e exaustiva que é a base teórica do presente estudo. Diante da dificuldade de conceitual a boa-fé foi chamada de “*une mer sans rivages*” (DAVID-CONSTANT, 1990, p.7).

A predominância da boa-fé nas relações obrigacionais é de tal maneira que se tornou essencial, ressaltando que mesmo havendo pólos opostos é necessário existir um mínimo ético de lealdade e cuidado um para com o outro. Busca-se a cooperação mútua a fim de que ambas as partes sejam conduzidas a um adimplemento satisfatório mútuo, a uma justiça material.

O princípio da boa-fé objetiva é responsável por materializar e concretizar os valores constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade substancial e, como cláusula geral positivada é limitadora do direito de contratar ao vedar a cláusula abusiva.

A dinâmica da relação obrigacional propõe a existência de direitos e deveres para ambos os contratantes, em que se deve predominar a cooperação. A liberdade de nenhum dos contratantes deve ser restringida.

2. O “*Venire contra factum proprium*” e a boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é um instrumento jurídico eficaz para que se alcance a justiça e o equilíbrio contratual. O princípio da boa-fé objetiva vai ao encontro do paradigma do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pelo pluralismo e pela garantia de iguais liberdades a todos.

Almeja-se a proteção e promoção da personalidade humana. Ademais, pactua com os objetivos propostos na Constituição Federal de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Os referidos objetivos ligam-se ao princípio da boa-fé objetiva, vez que impõe normas de conduta a serem seguidas pelos contratantes, propondo uma relação contratual mais justa, igualitária e solidária.

A boa-fé busca uma maior humanização das relações, protegendo os direitos dos contratantes e evitando que haja abuso de direito. Busca-se a lisura, a lealdade e a transparência do negócio jurídico.

Enfatiza-se a boa fé enquanto fator dogmático, suscetível de proporcionar soluções para os problemas situados em seu âmbito. Trata-se, especialmente, da vedação ao comportamento contraditório em que as partes devem atentar-se aos deveres anexos da boa-fé objetiva, tais como a lealdade, honestidade, proteção, cooperação mútua, confiança e transparência.

A expressão *venire contra factum proprium* funda-se na prática de um comportamento diferente do anterior, sendo contrária à boa-fé objetiva vez que não vai de acordo com as expectativas criadas e é definida por Menezes de Cordeiro:

A proibição de *venire contra factum proprium* representa um modo de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa a manutenção do status gerado pela primeira atuação, que o Direito não reconheceu, mas antes a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação, a atuação em causa. (CORDEIRO, 2013, p.769/770).

De acordo com Menezes Cordeiro há *venire contra factum proprium* em duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado ato e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa atuação e, depois, se negue (CORDEIRO, 2013, p.747).

A liberdade de mudar de comportamento não é absoluta, especialmente quando atinge a esfera patrimonial de alguém. A contradição é inerente ao ser humano. No entanto, é necessária uma limitação ao comportamento incoerente.

A teoria dos atos próprios estuda o *venire contra factum proprium*. A partir da teoria dos atos próprios protege-se a confiança que foi depositada. O agir sem coerência implica na violação das expectativas esperadas pela outra parte. A teoria dos atos próprios é expressão da confiança que abarca a relação jurídica, concretizando a cláusula geral da boa-fé.

O *venire* limita o exercício de direitos subjetivos. Impede-se o comportamento contraditório ainda que seja lícito. A parte não pode ser surpreendida pela incoerência.

O bem jurídico tutelado é a confiança que foi depositada por uma das partes. Além da incoerência, para que seja configurado o *venire contra factum proprium* são necessários outros fatores. É necessário um fato gerador de uma justa expectativa, qual seja o *factum proprium*. Ademais, faz-se presente o *venire* que é a contradição. A legítima expectativa é o elo entre o *factum* e o *venire*.

Exige-se, ainda, a existência de pelo menos dois sujeitos. O primeiro sujeito realiza a conduta inicial e, posteriormente, realiza o comportamento contraditório (*venire*). O segundo sujeito é a parte confiante no *factum proprium*. Por fim, menciona-se o dano oriundo da quebra da confiança.

A principal consequência do *venire* é a possibilidade de impedir o comportamento incoerente ou que já realizado não produza efeitos. O estudo do *venire* apresenta soluções de acordo com o caso concreto, dentre as quais, a tutela inibitória, a reintegratória e a ressarcitória.

Existem dois enunciados específicos sobre a vedação do comportamento contraditório. O Enunciado nº 362, relativo ao art. 422 do Código Civil, menciona: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

No tocante ao art. 187 do Código Civil, menciona-se o enunciado nº 412, que aduz: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”.

Dessa maneira, analisa-se o *venire contra factum proprium* sob o aspecto da boa-fé objetiva. A vedação do comportamento contraditório é analisada sob o ponto de vista teórico e prático, definindo qual o atual posicionamento dos Tribunais brasileiros quanto à sua aplicação.

3. O *venire contra factum proprium* e a violação dos direitos fundamentais

O *venire contra factum proprium* limita o direito subjetivo do sujeito caso seu comportamento afronte o preceito da confiança. Com isso, questiona-se a limitação do direito subjetivo quando for um direito inserido no rol dos direitos fundamentais.

Conforme preleciona Antonio Menezes de Cordeiro o *venire contra factum proprium*, dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa atenta, necessariamente, contra a boa-fé, conceito portador de representação cultural apreciativa e que, para mais, está, na tradição romanística do *Corpus Iuris Civilis*, num estado de diluição que a tona onnipresente (CORDEIRO, 2013, p.753).

A preponderância de um direito sobre o outro dependerá do caso concreto, a partir da técnica da ponderação. Abordam-se os direitos e objetivos fundamentais da Constituição Federal, mencionando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

Os direitos fundamentais eram invocados sob a perspectiva que somente o Estado os violava. Destinavam-se a proteger os indivíduos diante do Estado, não sendo invocados na relação entre particulares sob o argumento que imperava a autonomia da vontade das partes.

A horizontalização dos direitos fundamentais surge em oposição à eficácia vertical dos direitos fundamentais, presente na relação entre o Estado e o particular. Nota-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

É necessário conciliar os direitos fundamentais e os preceitos presentes no direito privado, especialmente no tocante à liberdade individual.

Por tratar-se de tema complexo, surgiram diversas teorias a fim de estruturar os efeitos dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Há situações que o *venire contra factum proprium* esbarra no exercício de um direito.

A teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais pressupõe a inaplicabilidade dos direitos fundamenais na relação entre particulares, sendo pouco adepta pela doutrina.

A teoria da ineficácia horizontal direta subdivide-se em teoria da imputação e teoria da *state action*. Ainda que ambas tenham o pressuposto da inaplicabilidade, na teoria da *state action* é possível verificar, ainda que tímida, a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

A teoria da ineficácia horizontal direta parte do pressuposto da inaplicabilidade. Essa corrente doutrinária é representada pela teoria alemã da imputação, em que o Estado é responsabilizado por atos privados; e pela doutrina americana das *state actions*, que define

situações de equiparação dos atos privados aos estatais, caso em que é possível verificar alguma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Essa teoria é dividida entre a teoria da imputação e a teoria da *state action* (FARIA, 2012, p.40).

O Ministro Joaquim Barbosa, em sede do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819 manifestou seu posicionamento no tocante à aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, fazendo alusão à teoria da *state action*.

Entendo que, em matéria de direitos fundamentais o nosso direito constitucional se distancia largamente da doutrina da **State Action** do direito norte-americano, segundo a qual as limitações impostas pelo **Bill of Rights** aplicam-se prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares. Tomo, contudo, a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva se verificar em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera da autonomia privada do indivíduo.¹

De acordo com a teoria da eficácia direta e imediata, os direitos fundamentais atuam de forma direta, sem necessidade de regulamentação legislativa na relação entre particulares. O ordenamento jurídico que adota a teoria da aplicação direta tem que observar o que foi determinado pelo legislador sob pena de conceder poderes excessivos àquele que julga tornando as decisões arbitrárias.

Os principais argumentos a favor do efeito horizontal direto são: conferir uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, e, se um direito é fundamental, ele não deveria fazer diferença, a princípio, se fora violado pelo Estado ou por um particular. Todavia, vários argumentos surgiram contra o efeito horizontal de efeito direto. Primeiramente, tem sido colocado que enquanto nas relações verticais apenas uma parte pode ter direito fundamental (desde que o Estado não tenha direitos contra os cidadãos), em situações horizontais frequentemente as duas partes têm conflitos de direitos, e esses direitos devem ser balanceados, de modo que o efeito direto é impraticável. Em segundo lugar, é colocado que, se direitos constitucionais tivessem efeito direto em casos de direito privado isso elevaria o direito privado a um nível constitucional, pois não apenas a norma, mas também os remédios ganhariam um status constitucional, o que é considerado indesejável. Finalmente, entende-se que o direito

¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 201819. rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de junho de 2014.

privado é um ramo autônomo do direito, com sua própria lógica interna e baseado em suas próprias considerações de justiça (HESSELINK, 2003, p. 4).

A tese da eficácia mediata ou indireta propõe que os direitos fundamentais somente podem ser aplicados entre particulares a partir de regulamentação legislativa proveniente do direito privado. Os direitos fundamentais não podem ser aplicados diretamente nas relações privadas.

Um claro exemplo é o caso alemão em que um locador impediu seu inquilino de instalar uma antena parabólica no telhado. O inquilino e sua família, que eram de nacionalidade turca, desejavam receber sinal de programas da televisão turca, não disponíveis na antena convencional que recebia sinal de apenas cinco canais alemães. O Tribunal Constitucional Alemão julgou que o art. 5º da Lei Fundamental Alemã, que protege a liberdade de discurso, incluindo a liberdade de receber informação, tem um efeito horizontal na relação contratual entre o locador e o inquilino através da obrigação geral do locador (parágrafo 536 BGB) e da cláusula da boa-fé (242 BGB). Portanto, uma vez que o inquilino dependesse de uma antena parabólica para receber a informação que ele gostaria, o locador estaria obrigado a permitir-lhe a instalação de uma (HESSELINK, 2003, p. 5).

Não existindo regulamentação específica cabe ao julgador, por meio das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, dar eficácia aos direitos fundamentais. Busca-se preservar a autonomia da vontade. A crítica à teoria é consensuosa à exigência de legislação, uma vez que havendo supremacia da Constituição Federal, os direitos fundamentais não podem estar vinculados àquilo que foi determinado pelo legislador.

(...) é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados (SARMENTO, 2006.p.297).

A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria dos direitos fundamentais sem referir-se à eficácia dos direitos fundamentais, mas tem os aplicados diretamente na resolução de conflitos entre particulares.

Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* direito fundamental social em questão, merecem relevo os seguintes critérios: (i) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*,

considerar abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, com base na desvantagem exagerada do consumidor); (ii) a relevância da prestação social em discussão (e.g., estender a proteção do bem de família para núcleos de pessoas não ligadas por laços de casamento ou consangüinidade, e até mesmo para devedores que vivam sozinhos em suas residências); (iii) a sobreposição da proteção da dignidade da pessoa humana (do mínimo existencial) a direitos meramente patrimoniais (e.g., suspender execução extrajudicial de dívida hipotecária que recai sobre imóvel no qual o devedor tinha a sua moradia); (iv) a co-responsabilidade dos particulares com relação à garantia do direito em questão (e.g., obrigar a empresa a prestar assistência médica e hospitalar à empregada afastada da mesma por motivo de saúde (ALMEIDA; AUGUSTIN, 2010, p. 159-160).

O ordenamento jurídico brasileiro tende a acompanhar a aplicabilidade da eficácia direta e imediata e evidencia a necessidade do uso da técnica da ponderação ao analisar as peculiaridades do caso concreto vez que é possível ocorrer colisão entre princípios.

O princípio fundamental do *venire contra factum proprium* é o princípio da solidariedade social. O *venire* é visto como um instrumento da solidariedade social. Logo, ao impor uma restrição a um direito fundamental é necessário que faça um sopesamento.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas exige a técnica da ponderação a fim de proteger efetivamente os bens jurídicos.

Conclusão

O *venire contra factum proprium* diz respeito à vedação de um comportamento contraditório nas relações intersubjetivas obrigacionais, sendo uma manifestação da boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva é uma regra de conduta a ser seguida por ambos os contratantes que devem atuar com lealdade e ética um com o outro. A boa-fé objetiva pugna pela observância de uma conduta honesta e leal desde as tratativas iniciais até o término da relação.

O *venire contra factum proprium* limita o direito subjetivo do indivíduo caso seu comportamento não vá de encontro com a lealdade e a honestidade que se espera em uma relação jurídica. No entanto, pondera-se quando a limitação do direito subjetivo é no tocante a um direito inserido no rol dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais eram invocados sob a perspectiva que somente o Estado os violava. Os direitos fundamentais voltavam-se a proteger os indivíduos diante do Estado, não

sendo invocados na relação entre particulares sob o argumento que imperava a autonomia da vontade das partes.

A horizontalização dos direitos fundamentais surge em oposição à eficácia vertical dos direitos fundamentais. Diversas teorias surgiram a respeito da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares e sustenta-se que a teoria da eficácia direta e imediata na relação entre particulares tem sido aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio fundamental do *venire contra factum proprium* é o princípio da solidariedade social. Ao impor uma restrição a um direito fundamental é necessário que faça uma ponderação diante do caso concreto.

Em caso de conflito com o exercício do direito fundamental, verificar-se-á qual deverá prevalecer. Por meio da técnica da ponderação avalia-se qual tem mais valor. Ademais, sempre que possível deve-se buscar a harmonização dos preceitos que colidem.

Na análise do caso concreto devem-se levar em conta os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade a fim de fundamentar a aplicação do *venire contra factum proprium* em desfavor de um direito fundamental.

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1984. v.2.

CARBONE, Paolo (coord.) - **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas - Homenagem a Tullio Ascarelli**- São Paulo/; QuartierLatin, 2008.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Meneses. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina. v. 2.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

DAVID-CONSTANT, Simone. ‘*La bonne foi: une mer sans rivages*’, in *Bonne Foi (Actes du colloque organisé le 30 mars par la Conférence libre, du jeune barreau de Liège)*, A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège. Liège, 1990, p.7.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DE MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Novo Código Civil anotado**, volume III, Tomo I (arts. 421 a 652), Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2003.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Teoria Geral de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. rev.atual. e ampli..São Paulo: Editora Atlas S.A.2014.p.171.

FARIA, Rodrigo Martins. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 63, n° 203, p. 40, out/dez. 2012.

HESSELINK, Martijn W. **O efeito horizontal dos direitos sociais no direito contratual europeu**. In: Europa e dirittoprivato. Traduzido por: Kelly Cristina Canela. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto. Milão: Giuffrè, 2003. p. 1-18.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: obrigações - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé e sua formalização do direito das obrigações brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed., 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.266.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 do constitucionalismo de hoje. In **Direito constitucional contemporâneo: novos problemaà luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY, Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

REALE, Miguel.**O projeto do novo código civil**.2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e a boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVEIRA, Alípio. **A boa-fé no Código Civil. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo. 1972.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 92.

VARELA, João de Matus Antunes. **Das Obrigações em geral**, 2. ed. 1973.

ZANETTI, Cristiano de Souza, **Direito Contratual Contemporâneo: A Liberdade Contratual e sua Fragmentação**. São Paulo, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2005.