

**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](http://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),

**SISTEMA DE REPULSA À MÁ-FÉ**  
**REPULSION SYSTEM IN BAD FAITH**

**Paulo Henrique Helene**  
**Laiana Vasatta**

**Resumo**

O presente artigo reconhece no ordenamento jurídico brasileiro um terreno fértil para o cultivo das discussões tangentes à boa-fé objetiva. Tem-se como pressuposto uma sociedade latina, colonizada por portugueses, que é culturalmente caracterizada pelo jeitinho, pelo levar vantagem, pela dialética da malandragem, e que nas relações interpessoais tem mal compreendida a regra matriz da boa-fé. É, portanto, de se concentrar atenções no cenário brasileiro, porque outra coisa não se pretende com este estudo senão averiguar a aplicabilidade dos frutos da boa-fé objetiva duty to mitigate the loss, nemo potest verine contra factum proprium, supressio, surrectio e tu quoque à realidade pátria, em especial quanto às invocações de tais conceitos parcelares nas decisões judiciais cada vez mais frequentes nos Tribunais Superiores.

**Palavras-chave:** Boa-fé objetiva, Duty to mitigate the loss, Nemo potest verine contra factum proprium, Supressio, Surrectio, Tu quoque.

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article recognizes the Brazilian legal system a breeding ground for the cultivation of tangents discussions to objective good faith. It has been assumed as a Latin society colonized by the Portuguese, which is culturally characterized by "way", by "taking advantage", by "dialectic of trickery," and that interpersonal relationships have misunderstood the rule array of good faith. It is, therefore, to focus attention on the Brazilian scene because something else is not intended with this study but ascertain the applicability of the fruits of objective good faith duty to mitigate the loss, nemo potest verine contra factum proprium, supressio, surrectio and tu quoque the homeland reality, especially for the invocations of such partial concepts increasingly frequent judicial decisions in the Superior Courts.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Objective good faith, Duty to mitigate the loss, Nemo potest verine contra factum proprium, Supressio, Surrectio, Tu quoque.

## INTRODUÇÃO

A regra matriz da boa-fé incorporada ao nosso ordenamento jurídico assemelha-se a uma semente lançada à terra fértil – que brota e cresce, e por si mesma frutifica, primeiro a erva, depois a espiga, por último o grão cheio na espiga, e quando já o fruto se mostra, metele logo a foice, porque chegou à ceifa. Isso porque segue um desenvolvimento cíclico.

Ressalta-se que a boa-fé se faz a maior de todas as “hortaliças”, e cria grandes ramos, de tal maneira que diversos litígios recolhem-se debaixo da sua sombra, distinguindo-se drasticamente de um grão de mostarda, que, quando semeado, é a menor de todas as sementes que há na Terra.

Consciente dessa ideia é preciso estudar muito bem o terreno, tanto quanto a semente, verificando a sua composição e resistência, para saber exatamente como esta somatória – terreno e semente – se desenvolverá.

### 1. TERRENO FÉRTIL:

Em especial, nos países latinos – terreno fértil –, a regra matriz da boa-fé é mal compreendida, pois muitas vezes nas relações interpessoais, parte-se da premissa do “levar vantagem”, do “jeitinho”, da “dialética da malandragem” (Antonio Candido). Toma-se por base o pressuposto que alguém está prestes a “passar a perna noutro”; ao que tudo indica, para que uma relação negocial tenha êxito, o outro terá que, obrigatoriamente, ter prejuízo. É mal concebida a possibilidade de que ambos possam realizar um bom negócio e, mesmo assim, ter lucro ou retorno esperado (HELENE, 2012; HOFFMANN, 2012, p. 357).

O “jeitinho” nos remete a uma radiografia crítica de nossa colonização, ou seja, da herança rústica e patrimonialista portuguesa. A construção da brasilidade – identidade brasileira – deriva de todo o processo colonial.

Não dá para pensar o Brasil sem Portugal. Não somos o espelho deste país, mas somos a transformação da sociedade portuguesa mediante a colonização e a vivência, diante de uma geografia totalmente diferente (não apenas nos trópicos), de meios de produção e

relações de trabalho que se estabeleceram na exploração de um país de dimensões continentais.

Sérgio Buarque de Holanda, traçando uma comparação entre a presença espanhola com a presença portuguesa acerca do processo de colonização, assevera que:

A presença espanhola se marca por uma vontade férrea e abstrata de criar cidades com planos traçados de antemão. A cidade espanhola é uma cidade geométrica, com a praça maior e as ruas paralelas que saem dela, de tal modo que a geografia é dominada pelo planejador que a antecipa mentalmente. O próprio plano vinha da Espanha. Em contraposição a esse espírito, a essa vontade mais abstrata, mais racionalizadora, mais impositiva, dos espanhóis, os portugueses como que se espreguiçavam na geografia. A cidade portuguesa é desorganizada, é a cidade que sobe e desce o morro em zigue-zague, embora os portugueses preferissem ficar no alto, com seus fortes. Eles tinham visão estratégica, ocuparam o espaço brasileiro de uma maneira admirável, souberam construir fortificações onde era necessário, mas não tinham a preocupação com a ordem geométrica, nem talvez com a disciplina; o espírito improvisador do português era muito forte para se conformar a planos. Assim a cidade vai se formar de uma maneira muito mais desordenada (CARDOSO, 2013, p. 273).

Desde o início o colonizador português, com sua “plasticidade social”, deixou-se levar caprichosamente pela natureza irrequieta do trópico. Em lugar de impor à paisagem a marca de sua vontade, como os espanhóis, o colonizador lusitano emaranhou-se nela (CARDOSO, 2013, p. 138).

Então, exteriorizou a sociedade brasileira nascente sua despreocupação e, como colonizadores, esculpiram em seus colonizados uma cultura de desordem geométrica e disciplinar – que naturalmente se propagou no tempo até os dias atuais.

Em “Raízes do Brasil”, Sergio Buarque reconhece a “cordialidade” como uma característica presente no modo de ser do brasileiro. Todavia, cordial vem da palavra latina *cor, cordis*, que significa coração.

Na verdade, o autor está fazendo uma crítica, e não um endeusamento das virtudes brasileiras, porque o homem cordial, para ele, é o homem do coração, que se opõe ao homem da razão.

Desse modo, o homem cordial não é uma pessoa gentil e afável, pelo contrário, é aquele que age movido pela emoção, retém vantagens individuais, detesta formalidades e põe de lado à ética.



Tal fato que pode ser atribuído à falta de costumes cívicos, como a honestidade, a exemplaridade e a honorabilidade. Não há dúvidas que isso também enseja na proliferação de leis no campo penal.

É bem verdade que no Brasil ainda há uma violência estrutural no âmbito das relações sociais, que decorrem das relações de produção, as quais se encontram fundadas no capital, cuja lógica é de concentração de riqueza e de generalização da miséria (HELENE, 2014; HELENE, 2014, p. 158).

Isso é apenas uma das evidências da desigualdade social e da opressão do capital. O capital se forma a partir da exploração do trabalho, da extração de “mais-valia”<sup>1</sup>, é, portanto, uma opressão estatal (organização jurídica e política do capital).

O estresse causado pela ausência de perspectivas existenciais compatíveis com o padrão proclamado pela publicidade constitui uma das causas para explosões de violência. O mercado impõe o consumo e investe, inclemente, no “consumo de luxo” para uma estrita minoria que suscita sem cessar nova demanda (NALINI, 2011, p. 27).

Assim, para manter estas profundas desigualdades sociais e conservar a população excluída na situação de miséria, dependência e privação, faz-se necessário um sistema de justiça criminal mais repressivo em face dos miseráveis, dos explorados e dos pobres.

Deve-se acrescentar que, não obstante a inequívoca opção constitucional e a retórica sempre rejeitada em todos os discursos oficiais, a realidade ostenta um quadro melancólico, na medida em que os direitos fundamentais não constituem realidade, ao menos para a maior parte dos brasileiros (HELENE, 2014; HELENE, 2014, p. 157).

Com a omissão estatal sendo observada reiteradas vezes pelos cidadãos, verifica-se, conseqüentemente, um enfraquecimento da imagem de Estado presente e protetor, incentivando, negativamente, a conversão de trabalhos lícitos em ilícitos – pelo lucro fácil, inerente e imediato – e a disseminação entre o povo de uma visão desqualificada e ineficaz do Estado.

Entretanto, é por um lado diametralmente oposto a esse contexto atual da República Federativa do Brasil, que o legislador pátrio parte da ideia de boa-fé como regra matriz do comportamento ou “regra de conduta”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Termo empregado por Karl Marx à diferença entre o valor final da mercadoria produzida e a soma do valor dos meios de produção e do valor do trabalho, que seria a base do lucro no sistema capitalista.

<sup>2</sup> Nas palavras de Cláudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem.

## 2. A SEMENTE (BROTA E CRESCE)

Assim como uma semente, boa-fé é potência, é virtual. A semente pode “virar” planta ou árvore ou fruto ou flor; semente, como o ovo, contém o novo. Semente pode “virar” praga ou erva daninha ou veneno ou droga lesiva; semente, como o ovo, pode apodrecer ou ser prejudicial (CORTELLA, 2013).

A esse propósito, virtual não é o que se opõe ao real, mas aquilo que se opõe ao atual. Essa é uma discussão antiga na Filosofia, desde Aristóteles, no século IV a.C. A árvore está virtualmente contida numa semente. Portanto, a semente é virtualmente uma árvore. Quando ela passa a ser árvore, ela se atualiza (CORTELLA, 2014, p. 67).

A semente da boa-fé enraizando em solo tupiniquim alimenta e nutre uma imensa estrutura, fazendo subsistir inúmeras celeumas jurídicas. Com efeito, a expressão boa-fé é gênero da qual podemos extrair duas espécies: boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Esse dado distintivo é crucial.

A boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção, ou seja, exige o comportamento ético entre as partes. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua jurisdição no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros.

A cooperação aqui pode ser representada como atitude ética, como valor negocial, como princípio para o lucro higiênico, como meta solidária, como auxiliadora da paz, e retira o véu sombrio de uma competição doentia (CORTELLA, 2013, p. 40).

Enquanto a boa-fé subjetiva é um fato – intelectual ou volitivo –, a boa-fé objetiva é um critério de comportamento, é elemento normativo, instrumental. Em apertada síntese, pode ser dito: agir em boa-fé (boa-fé subjetiva) e agir segundo a boa-fé (boa-fé objetiva).

Nesse passo, leciona Flávio Tartuce:

Como é notório, a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva). Pelo conceito anterior de boa-fé

subjetiva, relacionado com o elemento intrínseco do sujeito da relação negocial, a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa. Esse conceito de boa-fé subjetiva, relacionado somente com intenção das partes, acaba deixando de lado a conduta, que nada mais é do que a própria concretização dessa vontade. E como se sabe, conforme o dito popular, *não basta ser bem intencionado, pois de pessoas bem intencionadas o inferno está cheio*. (2012, p. 33-34).

Por isso a boa-fé objetiva é fonte do Direito Privado, tanto nas obrigações como nos contratos, uma vez que impõe comportamento aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem em seu meio social.

Sem dúvida, a boa-fé e a lealdade também são os alicerces do Direito Processual contemporâneo – o novo Código de Processo Civil, recentemente publicado, deixa isso muito claro<sup>3</sup> –, podendo ser traduzidas em regras específicas ou servirem como cláusulas gerais, usadas para preencher lacunas no sistema processual.

Dessa forma, acabam por influenciar o comportamento dos litigantes em relação, por exemplo, às provas, à defesa, aos recursos, aos atos processuais, à execução etc., de modo a respeitar os ditames da ética processual, seja em relação à parte contrária, seja quanto ao juiz ou quaisquer outras pessoas que venham a intervir ou a participar do processo judicial.

Nesse viés, verifica-se que a boa-fé é a imediata manifestação da confiança, verdadeira base da convivência social, e ainda se apresenta de modo multifuncional. Sob o ponto de vista dogmático, tem-se, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função, a saber: a) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; b) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; c) e a função restritiva dos exercícios de direitos (SCHREIBER, 2012, p. 86).

Em princípio, detém função interpretativa, ou seja, significa que toda e qualquer cláusula contratual deve ter seu sentido e alcance determinado conforme a ética, como assevera o artigo 113 do Código Civil<sup>4</sup>.

Com grande senso de oportunidade, esclarece Judith Martins-Costa que

---

<sup>3</sup> Na Lei n.º 13.105/2015 – Código de Processo Civil –, publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015, a expressão “boa-fé” aparece em três momentos: a) Art. 5º *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*. b) Art. 322. *O pedido deve ser certo. (...) §2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé*. c) Art. 489. *São elementos essenciais da sentença: (...) § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé*.

<sup>4</sup> Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

(...) a boa-fé produz deveres instrumentais e ‘avoluntarista’, neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional. (2002, p. 199).

Em direito contratual, os deveres anexos (acessórios, instrumentais ou tutelares) estarão presentes em todos os momentos do contrato, independentemente da vontade das partes – responsabilidade pré-contratual, contratual, pós-contratual e supracontratual. Mesmo que a parte cumpra integralmente suas obrigações contratuais, descumprindo os deveres anexos, ela poderá incorrer em inadimplemento.

A rigor, a segunda e a terceira função poderiam ser reduzidas ao mesmo núcleo formador. Neste último aspecto, a doutrina utiliza a expressão “exercício inadmissível de direitos”, pois a boa-fé impõe um sentido negativo e proibitivo, vedando comportamentos, que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral (SCHREIBER, 2012).

### **3. OS FRUTOS**

#### **3.1. *Duty to mitigate the loss***

Com o escopo de minimizar fatores danosos e delinear os comportamentos dos sujeitos exsurge a boa-fé objetiva como elemento criador de um elo direcionado a interesses cooperativos – essenciais à durabilidade das relações contratuais, assim como a confiança.

A tutela dos interesses do devedor, com enfoque na cooperação, também pode se justificar como sanção e meio de defesa contra uma conduta do credor que agrave injustificadamente a sua posição. Isso se constata no instituto importado do direito anglo-saxão denominado *duty to mitigate the loss* – dever de mitigar a perda – que impõe ao titular de um direito (credor) atenuar a extensão de um dano, minimizando, dessa forma, o potencial lesivo experimentado pelo devedor.

Isso significa que o contratante credor deve adotar medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Assim, se o credor adotar comportamento desidioso

por acreditar que a perda econômica do devedor lhe favorece, a sua inércia culminará em sanção, por lhe impor injustificado desfalque.

Esta negligência danosa é uma ofensa ao princípio da confiança, visto que evidencia completo desprezo pelo dever anexo de cooperação.

A obrigação no sentido de processo exige como substrato a cooperação, seja credor, devedor ou terceiro. Impõe-se a prática de condutas voltadas à cooperação e ao auxílio especialmente para evitar que o devedor não permaneça aprisionado por longo período à relação obrigacional, em virtude da omissão no cumprimento de deveres laterais pelo credor.

Importante salientar que os interesses do credor representam o pilar do vínculo obrigacional. Portanto, não se pode descuidar daquilo que é mais sensível ao devedor: a sua liberdade (HELENE, 2012; HOFFMANN, 2012, p. 359).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 198) cogitam, como exemplo, as instituições financeiras que “cruzam os braços” diante do inadimplemento de seus clientes, pois preferem que o tempo passe silenciosamente e o montante do débito alcance valores elevados em função das taxas de juros incorporadas ao principal. Quando os valores devidos se tornam insuportáveis, o devedor termina por aquiescer com uma renegociação – ou novação – quase sempre desfavorável.

A corroborar o exposto acima, Véra Maria Jacob de Fradera (2004) aponta que a ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980, aproxima-se do Código Civil brasileiro, porque impõe um comportamento a ambos contratantes, obrigando-os a guardar os princípios de probidade e boa-fé, tanto na conclusão como na execução das suas obrigações.

A referida autora defende ainda a recepção do *duty to mitigate* pelo Direito Privado nacional, especialmente em matéria contratual. O não cumprimento do *duty* implicaria em sanções ao credor, seja pela proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre na França.

No âmbito do Direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso.

Ademais, Fradera foi responsável pela apresentação, envio e aprovação da proposta do enunciado n.º 169 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual fixa que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio

prejuízo”. Conclui-se, então, que descumprir o dever de atenuar o próprio prejuízo é ato ilícito que viola a cláusula geral da boa-fé objetiva.

### **3.2. *Venire contra factum proprium* (teoria dos próprios atos):**

Na aurora do terceiro milênio, não se pode negar o ritmo acelerado de transformações, do dinamismo, de alteração da realidade e da sua compressão. Chegam-se todos os dias a novos dados, novos paradigmas e novas descobertas. A internet e a globalização vêm rompendo rapidamente os limites espaciais da percepção, e nos confrontando com uma infinita variedade de informações e de acontecimentos.

É exatamente neste cenário de inconstâncias, e desta conseqüente propensão às mudanças repentinas de opiniões e de condutas, que se deve cogitar um princípio jurídico de proibição do comportamento contraditório, a fim de frear o exercício desta liberdade quando daí possa derivar prejuízo a quem tenha legitimamente confiado no sentido objetivo de um comportamento inicial (SCHREIBER, 2012).

A expressão *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento jurídico-técnico do instituto se alicerça na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial do parceiro contratual (CHAVES, 2012; ROSENVALD, 2012, p. 191).

Assim, o portar-se contraditoriamente encerra uma violação à cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no Código Civil (artigos 113<sup>5</sup>, 187<sup>6</sup> e 422<sup>7</sup>). Destarte, confere-se segurança jurídica naquelas situações em que o interessado sucedeu de maneira tolerante no comportamento adotado, gerando a confiança da outra parte, que não poderá ser colhida de surpresa com inesperado comportamento diverso.

---

<sup>5</sup> “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

<sup>6</sup> “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>7</sup> “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Nesse passo, Anderson Schreiber indica quatro pressupostos para a aplicação do princípio da proibição ao comportamento contraditório: a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo – e, por isto mesmo, violador da confiança; d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição (2012, p. 132).

Cada pessoa passa a estar “autovinculada”<sup>8</sup> ao seu comportamento, na medida em que seu agir, mesmo que normalmente ignorado pelo direito positivo, seja capaz de despertar a legítima confiança de outrem.

É lógico que a conduta inicial e a contraditória devem partir da mesma pessoa. Isso porque somente é possível falar em incoerência ou contradição se a conduta posterior é praticada pela mesma parte que pratica a conduta inicial, em sentido oposto.

Assim, vislumbra-se no *nemo potest venire contra factum proprium* duas consequências: impeditiva e reparatória. A primeira visa impedir o exercício da conduta contraditória, ou seja, tornar inadmissível o comportamento posterior, ao passo que a segunda gera o dever de reparar o prejuízo derivado da contradição.

### **3.3. *Supressio e Surrectio***

Inicialmente, tem-se a introdução de que um direito não exercido durante certo tempo importa na sua renúncia tácita (*supressio*) e, por tal fato, surge outro direito disso decorrente (*surrectio*).

Esses preceitos são frutos advindos do princípio da boa-fé objetiva, embora não previstos expressamente na legislação, já foram utilizados pelos juristas brasileiros e também explanados por doutrinadores.

Na *supressio*, ocorre a inação de uma das partes no sentido de não exercer seu direito, ou seja, um dos sujeitos da relação obrigacional deixa de exercê-lo durante um período de tempo, gerando à outra parte uma expectativa de que não será mais exercido contra ela àquele direito.

---

<sup>8</sup> Expressão recorrentemente empregada pela doutrina.

Por isso, caso a parte que supostamente possui o direito, inerte por um lapso temporal considerável, retorne a exercê-lo, poderá violar a boa-fé objetiva. Em suma, a *supressio* é a vedação do abuso derivado da inércia – que suprime o direito deixado de lado –, semelhante aos institutos da prescrição e da decadência.

Nas palavras de Flávio Tartuce, “a *supressio* (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos” (2012, p. 249). O doutrinador ainda acrescenta e faz relação da *supressio* com o artigo 330 do Código Civil.<sup>9</sup> (TARTUCE, 2012).

Ressalta-se que não se pode afirmar que a *supressio* se dá simplesmente pelo não exercício de um direito, sendo necessária a inobservância da boa-fé daquele que deixou criar no outro a expectativa de que sua inação seria definitiva, e não temporária.

Sobre o tema, Daniel Pires Novais Dias cita como se dá a aplicação da *supressio* por Menezes Cordeiro, ou seja, as circunstâncias que dão base à confiança do sujeito passivo, são elas, “um não exercício prolongado; uma situação de confiança; uma justificação para essa confiança; um investimento de confiança; e a imputação da confiança ao não exercente” (2011, p. 24).

Sendo assim, não basta o simples fato de deixar de exercer o direito, mas também deve reunir as circunstâncias supracitadas, isto é, o beneficiário tem que demonstrar que de fato confiou que tal direito não seria mais exercido pela outra parte.

Considerando que a *supressio* vai ao encontro da aplicação do princípio da boa-fé, é admissível a sua aplicação também no Direito Processual brasileiro, vedando a conduta abusiva da parte inerte que confia à outra (parte) o não exercício do direito existente.

Em contrapartida, enquanto a *supressio* está ligada à palavra “supressão”, a *surrectio* está ligada à palavra “surgimento”. Aqui, diferentemente da inação da parte, ocorre a estabilização de uma situação jurídica decorrente do exercício continuado.

Em artigo dedicado ao tema, Fredie Didier conceitua que “a *surrectio* é exatamente a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omissor” (2009, p. 01).

---

<sup>9</sup> “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.”



Dessa forma, amplia-se o direito obrigacional. Isso porque alterado o *modus operandi* do pactuado, cria-se um novo direito subjetivo diverso do contratado, devido à permissão tácita dada por uma das partes durante um significativo lapso temporal.

Um exemplo é um contrato no qual o sujeito passivo tem que pagar mensalmente um valor ao sujeito ativo, porém, este recebe todo mês valor inferior do pactuado ou até mesmo com atraso. Não se insurgindo o credor, presume-se que aceitou o adimplemento dessa forma, portanto, não pode posteriormente vir a exigir do devedor cumprimento de forma diversa, pois assim estaria agindo contra a boa-fé.

Posto isso, aplica-se a ideia do brocardo latino *dormientibus non succurit jus* – o Direito não socorre aos que dormem –, por isso a *surrectio* não vem encontrando barreiras quanto a sua aplicação no Direito Processual, mais especificadamente nas relações obrigacionais.

### 3.4. *Tu quoque*

O *tu quoque* traduz a ideia de indignação, por não esperar determinada atitude de outra pessoa, inclusive, advém de um grito dado pelo Imperador Romano Júlio César, “*Tu quoque, Brutusm tu quoque, fili mili?*”, foi o que disse quando teve sua confiança quebrada por Brutus, seu filho adotivo (SOMBRA, 2008).

Assim, tal instituto se demonstra como um dos frutos da boa-fé objetiva. Isso porque não se admite que da violação de uma norma jurídica, que surpreende negativamente a outra parte, colha-se benefícios, numa ideologia altruísta de que não faça contra alguém o que não faria contra si mesmo.

Thiago Luís Santos Sombra faz uma indagação em artigo publicado sobre o tema:

“Destarte, como seria possível que, até tu (tu quoque), que praticou determinado ato, de modo a promover em outrem uma fundada e legítima expectativa, possa, agora, vir a descumprir aquilo a que se comprometeu?”. (SOMBRA, 2008, p. 08).

É possível asseverar que o *tu quoque* é uma espécie de comportamento em contradição, pois a parte violadora age de forma contrária ou excedente a pactuada, violando a

boa-fé objetiva e, por conseguinte, cometendo ato ilícito, segundo o teor do artigo 187 do Código Civil.

Como se vê, à semelhança do que ocorre no *venire contra factum proprium*, há no núcleo do *tu quoque* uma ideia de contradição e de incoerência. Mas é possível delinear as duas figuras:

No *venire*, ambos os comportamentos, isoladamente considerados, não apresentam qualquer irregularidade, senão quando tomados em conjunto pela quebra de confiança de corrente da contradição entre as condutas opostas. Já no *tu quoque*, a contradição não reside nas duas condutas em si, mas na adoção indevida de uma primeira conduta que se mostra incompatível com o comportamento posterior. Isto é, há uma injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio (CHAVES, 2012; ROSENVALD 2012, p. 196).

Destarte, juridicamente, o *tu quoque* refere-se como o emprego desleal de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas, ou seja, uma parte, após violar uma norma, pretende exercer uma posição jurídica que esta mesma norma lhe assegura.

#### **4. A CEIFA**

Como visto, a boa-fé se trata de um conceito aberto que possibilita o juiz adequá-la ao Direito e aos influxos de valores sociais, uma vez que os limites dos fatos apregoados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável.

Entretanto, deve o operador do direito atentar para não invocar arbitrariamente a boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente sobre o seu conteúdo e suas funções.

Como no Brasil isso ainda é uma novidade, o amplo número de situações práticas em que a boa-fé objetiva e seus conceitos parcelares têm aplicação, tem lhes assegurado invocações cada vez mais frequentes. Multiplicam-se, nos Tribunais Superiores, as decisões que se valem, por exemplo, da proibição do comportamento contraditório, do dever de mitigar as próprias perdas, para a solução dos litígios.

Portanto, faz-se primordial o estudo do *duty to mitigate*, do *verine contra factum proprium*, do *tu quoque*, e do *Verwirkung*, como categorias autônomas, a fim de evitar a “superutilização” da boa-fé objetiva.

Vale destacar alguns precedentes recentes que fazem aplicação desses conceitos parcelares. Senão, vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. (...) 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade. 5. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013).

Percebe-se a correta aplicação do *duty to mitigate the loss*. No caso, o Procurador do Estado ingressou com ação de danos morais contra a serventuária de justiça que publicou erroneamente a sentença em seu desfavor. Ocorre que, além do fato ser um mero dissabor, por se tratar de acontecimento corriqueiro, o Procurador do Estado poderia em sede de recurso da própria sentença, ou mesmo administrativamente, ter informado o equívoco cometido pela serventuária, de modo a mitigar o próprio dano, ou seja, evitar seu agravamento desnecessário.

Nota-se que, contrariando o princípio da boa-fé, o autor ingressou posteriormente com ação indenizatória, a qual foi julgada improcedente, onde o julgador, acertadamente, invocando o conceito de *duty to mitigate the loss*, considerou o comportamento da parte autora contrário aos deveres de cooperação e eticidade.

Doutra banda, no caso a seguir, vislumbra-se uma compreensão de base equivocada relativa ao *duty to mitigate the loss*:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NÃO LOCALIZAÇÃO DO CONDENADO. DILIGÊNCIAS JUNTO À RECEITA FEDERAL E CARTÓRIO ELEITORAL. ENDEREÇO PRESENTE NOS AUTOS (BOLETIM DE OCORRÊNCIA). NÚMERO DA CASA. DIVERGÊNCIA EM UM DÍGITO. (3) INSTRUÇÃO DO WRIT. DEFICIÊNCIA. (4) PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. O devido processo legal instrumentaliza-se, em larga medida, pelo contraditório e pela ampla defesa. Tendo em vista a ocorrência de discrepância entre o endereço constante dos autos - número errado da casa - cumpriria à Defesa alertar ao juízo, a fim de evitar, como ocorrido no caso, a conversão do cumprimento de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. De mais a mais, é inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente da ordem, na qual se deixou de coligir cópias das certidões sobre a não localização do paciente. 3. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua Defesa informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 137.549/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013).

Na espécie, embora intimado, o paciente não compareceu em juízo para dar início ao cumprimento de sua reprimenda (condenação à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, a qual foi substituída por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa).

Consequentemente, o Ministério Público postulou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, o que foi atendido pelo Juízo da Execução. Denegada a ordem do *writ* pelo Tribunal de Justiça, a Defesa chegou ao STJ sustentando a ocorrência de constrangimento ilegal, no entanto, durante a marcha processual, a própria Defesa deixou de informar ao juízo o endereço do paciente, para que a execução pudesse ter o andamento regular, se perdendo em inúteis diligências para a sua localização.

Vê-se que houve a violação de uma norma jurídica – informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter andamento regular –, e, posteriormente, tentou-se tirar proveito da situação em benefício próprio, alegando que houve constrangimento ilegal.

Deve-se entender inadequada a aplicação da noção de um dever de mitigar o próprio prejuízo, porque, em verdade a parte tentou se aproveitar da situação anteriormente criada pelo desrespeito da norma. Logo, a aplicação do preceito *tu quoque* seria adequada ao caso.

No julgado abaixo, verifica-se a correta aplicação do *venire contra factum proprium*, o qual proíbe comportamento contraditório. Vejamos:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. EXPECTATIVA DE CONDUTA CONTRÁRIA À JÁ ASSUMIDA. BOA-FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. RECURSO NÃO PROVIDO. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios). Na espécie, depreende-se que, em sede de habeas corpus, a defesa pleiteou a nulidade do processo de apuração de ato infracional imputado ao adolescente, sob o argumento de que as provas foram colhidas apenas na fase inquisitorial, uma vez que a oitiva da vítima, realizada na mencionada etapa, foi dispensada em juízo pelo Parquet. Todavia, verifica-se que a Defesa, em audiência de continuação, concordou com a dispensa de outros meios de prova, declarando, ainda, que não haveria mais provas a serem produzidas. Ademais, constata-se que ao conjunto probatório elencado pelo magistrado soma-se a oitiva de testemunha em juízo. 2. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. RHC 54.292/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015).

Nesse caso, a Defesa inicialmente concordou com o *Parquet* no sentido de que não havia mais provas a serem produzidas, dispensando então a produção de outras. Por tal motivo, visto que se trata de manifesto comportamento contraditório, não foi acatada a arguição de nulidade ventilada no recurso, sob o argumento de que foram apenas produzidas provas em fase inquisitorial.

Os dois próximos julgados analisados fazem menção à *supressio* e à *surrectio*. Estes precedentes são merecedores de comparação, pois o primeiro fala especificadamente da *supressio*, onde a parte, em princípio, renuncia o direito de correção monetária num contrato assegurando a manutenção deste, porém, pretendeu a cobrança retroativa dos valores a título de correção monetária após a rescisão do contrato, o que o julgador entendeu ser impossível, invocando, para tanto, o conceito da *supressio*. Aplicou-se corretamente, neste caso, como bem explica no item 5 do julgado, a *supressio*. Cumpra-se destacá-lo:

CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. (...) 3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular. (...) 5. A *supressio* indica a possibilidade de 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 legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1202514/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011).

Doutra banda, vê-se a seguir que novamente o julgador se utiliza dos conceitos parcelares derivados da boa-fé objetiva de forma genérica. Ele define vagamente que atos que contrariam a boa-fé e seus conceitos parcelares (*venire contra factum proprium, supressio, surrectio e tu quoque*). Muitas vezes o julgador não enquadra o preceito adequado ao caso concreto, equivocando-se no conceito técnico e na sua real função. Segue o exemplo:

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, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012).

Na espécie, o preceito mais adequado a ser aplicado é o *verine contra factum proprium*, visto que a ré/locadora ignorou a tutela da confiança, no momento em que se recusou a assinar o contrato de distrato pactuado com a outra parte. Em verdade, ocorreram dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo.

Em arremate, percorridos os conceitos dos frutos da boa-fé e alguns exemplos de suas respectivas aplicabilidades, adverte-se que é necessário adequar cada conceito técnico corretamente aos casos concretos, sob pena de enfraquecê-los e banalizá-los. Deve-se densificar o conteúdo de seus vetores, a fim de evitar, especificadamente, que o julgador aplique arbitrariamente e genericamente a boa-fé e seus frutos como justificativa da sua decisão.

A esse propósito, adverte Eros Grau (2013, p. 23) que a chamada *ponderação entre princípios* coloca-nos amiúde em situações de absoluta incerteza e, conseqüente, insegurança. Recorda-se do HC 82.424-RS (o chamado “caso do livro antissemita”), a evidenciar o quanto a ponderação compromete a segurança jurídica:

Os Mins. Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram uso da *regra da proporcionalidade* para analisar a *colisão da liberdade de expressão* e da *dignidade do povo judeu*, alcançando decisões opostas: (i) Marco Aurélio – restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita *não é uma medida adequada, necessária e razoável*; logo, *não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição*; (ii) Gilmar Mendes – a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de se coibir a intolerância racial e de se preservar a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional; logo, permitida pela Constituição.

Com bem salienta o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal: “a decisão judicial implica, inarredavelmente, emoção e volição, visto que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo” (GRAU, 2013, p. 73).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme demonstrado, a definição da boa-fé objetiva assume, de fato, grande importância e respeito à condição alheia, aos interesses, as esperanças e as expectativas do outro. À semelhança, é o ditame do famoso jurista romano Eneo Domitius Ulpianus

(Ulpiano): "Tais são os preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)".

Assim, em nosso terreno fértil brotou com vigor esta semente, da qual se tem multiplicado os seus frutos – *duty to mitigate the loss, venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque* –, os quais, advindos do Direito comparado, têm sido amplamente debatidos no cenário jurídico brasileiro, e possuem perfeita aplicabilidade no Direito pátrio.

Não há dúvidas de que os referidos conceitos parcelares se fundam na honestidade, na retidão, na lealdade, e impõem um dever de conduta não abusivo e razoável das partes contratantes em relação ao conteúdo das respectivas prestações, ou seja, diretrizes e orientações do princípio ético-jurídico da boa-fé objetiva.

Esta regra de comportamento implica também em deveres acessórios de cuidado e segurança, aviso e esclarecimento, informação e colaboração, segredo, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte (AMARAL, 2008, p. 85).

Os deveres laterais desempenham, à evidência, um papel designadamente funcional, voltado a obstaculizar as consequências indesejáveis e a criar condições para a satisfação como um todo dos interesses das partes.

O Direito se abre, procurando abarcar esse tipo de situação. Tais circunstâncias se ligam às chamadas cláusulas gerais, que têm por finalidade trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências ético-sociais (FACHIN, 2003, p. 304).

Por isso, o conceito de boa-fé possui uma dimensão bastante elástica que ela passa a ter no momento em que o sentimento ético ingressa num patamar de primazia no âmbito do sistema jurídico (FACHIN, 2003, p. 305).

Mas, denuncia-se que a sua aplicação errônea ou indevida nos remete a ideia de que esta semente pode se tornar erva daninha – lesiva a outras normas preexistentes. Tudo o que não se quer hoje, é ver este sistema seco, que suas flores murchem, os seus frutos caiam, e a formosa aparência do seu aspecto pereça.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 7 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1325862/PR. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevisan Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA. Brasília, DF, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=1325862&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1325862&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 54.292/SP. Recorrente: B S S. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA,. Brasília, DF, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013/02/2015, DJe 11/02/2015). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=CRIAN%C7A+E+DO+ADOLESCENTE+VENIRE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=CRIAN%C7A+E+DO+ADOLESCENTE+VENIRE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1202514/RS. Recorrente: DANILEVICZ ADVOGADOS ASSOCIADOS. Recorrido: INDÚSTRIAS MICHELETTO S/A. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. Brasília, DF, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=obrigatoriedade+supressio&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=obrigatoriedade+supressio&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1040606/ES. Recorrente: CONSTRUTORA AS CAVALCANTE LTDA. Recorrido: TANIA MARIA SGARIA COMARELLA. . Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA. Brasília, DF, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=pactua%E7%E3o+distrato&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=pactua%E7%E3o+distrato&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.549/RJ. Impetrante: ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA. Brasília, DF, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=duty+to+mitigate+via+eleita+cart%F3rio&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=duty+to+mitigate+via+eleita+cart%F3rio&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1). Acesso em: 23 jan. 2015.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Pensadores que inventaram o Brasil*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CORTELLA, Mario Sergio. *Não se desespere! Provocações filosóficas*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Qual é a tua obra? Inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética*. 22. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. vol. 4. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: Obrigações*. vol. 2. 6 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Duty to mitigate the loss*. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 15 maio. 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

HELENE, Paulo Henrique; HELENE, Fernanda Valério. *O Direito Penal do Estado "Inimigo"*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=275612d39c2aacdf>>. Acesso em 13. jan. 2015.

HELENE, Paulo Henrique; HOFFMANN, Eduardo. *Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar sua própria perda*. Florianópolis: Editora FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de3f712d1a02c5fb>>. Acesso em 13. jan. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: GEN/Método, 2012.