ANNA PAULA BERHNES ROMERO

**A TUTELA DA CONFIANÇA
NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**

TESE

DOUTORADO EM DIREITO COMERCIAL

ORIENTADOR: PROF. Associado MAURO RODRIGUES PENTEADO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2013

ANNA PAULA BERHNES ROMERO

A TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Associado Mauro Rodrigues Penteadó.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2013

SUMÁRIO

A TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I: NOÇÕES PROPEDEÚTICAS, HISTÓRICAS DE DIREITO COMPARADO E QUALIFICAÇÕES JURÍDICAS	6
1 Noções propedêuticas: a unificação do Direito Obrigacional Privado	6
2 A posição de Teixeira de Freitas.....	9
3 A posição de Vivante em 1892	11
4 A reação autonomista de Alfredo Rocco	12
5 A retratação de Vivante em 1919.....	12
6 A posição dos Professores Sylvio Marcondes e Inglês de Souza.....	13
7 A unificação de fato.....	15
8 Da unificação formal de 2002	15
9 A adoção do modelo alemão contendo uma parte geral	24
10 A tutela da confiança e os negócios empresariais.....	36
11 Dos fundamentos históricos e econômicos da proteção à legítima confiança	37
12 Delineamento da tutela da confiança.....	43
13 Breves considerações sobre a tutela da confiança em outros países	47
14 A tutela da confiança e a boa-fé.....	51
15 A tutela da confiança e o <i>nemo potest venire contra factum proprium</i>	55
16 A tutela da confiança e o <i>tu quoque</i>	73
17 A tutela da confiança e o abuso de direito	77
18 A tutela da confiança e a <i>exceptio doli</i>	78
19 A tutela da confiança e a <i>supressio / surrectio</i>	79
20 A tutela da confiança e a segurança jurídica	90
21 A tutela da confiança como responsabilidade por violação de deveres de agir	115
22 Dever de não agir contra o ato próprio	120
23 Dever de informar	122
24 Dever de cooperação	123
25 Dever de lealdade	125
26 Requisitos de aplicação.....	142
27 A confiança e a responsabilidade civil pré-contratual.....	153
28 Inalegabilidade das nulidades formais.....	157
29 Efeitos da aplicação do instituto	159
30 A tutela da confiança nos contratos empresariais: análise de julgados.....	185

CONCLUSÕES	190
BIBLIOGRAFIA	195

A TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

INTRODUÇÃO

Além do interesse pessoal pela tutela da confiança, a escolha do tema deveu-se, ainda, a uma dupla constatação: a escassa produção literária da doutrina pátria, de um lado, e o importante papel desempenhado pelo instituto no âmbito do comércio desde os seus primórdios, de outro, justificam o aprofundamento da matéria em sede de tese de doutoramento.

Embora não se disponha de levantamento estatístico realizado em nosso País, é indiscutível a relevante função exercida por este princípio. De fato, a confiança, estritamente ligada ao princípio da boa-fé, implica na crença do agente econômico no sistema, que impacta diretamente no risco assumido dentro do negócio jurídico.

Apesar de, em um primeiro momento, a tutela da confiança ter recebido algumas críticas, já que se acreditava tratar de uma proteção a elemento de foro íntimo da parte, conforme salientou Betti¹, trata-se de um espírito de cooperação que leva à satisfação de expectativas mútuas.

Tal espírito de cooperação, em se tratando de direito empresarial, consiste nos padrões de comportamento geralmente aceitos em determinado mercado, estando intimamente ligado aos usos e costumes comerciais.

O tema proposto reclama, pois, o tratamento dissertativo que se lhe pretende dispensar ao longo do curso de doutorado, com a elaboração de trabalho afinado

¹ Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici - Teoria generale e dogmatica*, pp. 389 e ss.

às modernas concepções de direito contratual introduzidas por diplomas legais novos, que, direta ou indiretamente, vieram a repercutir no tema objeto de estudo.

Como dito anteriormente, sob o âmbito do direito empresarial, nosso País ainda não conta com uma obra que aborde especificamente o tema.

Efetivamente, poucos foram os que se dedicaram ao estudo do princípio. Afora estudos e pareceres de juristas, publicados em revistas especializadas, e breves capítulos existentes em obras gerais, raramente a tutela da confiança tornou-se objeto de análise isolada no âmbito do direito empresarial brasileiro.

A indiferença dos estudiosos para com o tema torna-se ainda mais grave quando se constata que a tutela da confiança, no âmbito do direito empresarial, tem larga aplicação nas atividades do dia-a-dia dos agentes comerciais.

Naturalmente que, de forma reflexa, o princípio já foi analisado por juristas de nosso País, especialmente em trabalhos que buscaram dissecar a boa-fé objetiva e a interpretação dos negócios jurídicos. No entanto, quer pela sua importância para o empresário, quer por seu alcance no dia-a-dia dos mercados, o tema merece, como exposto acima, tratamento isolado e um aprofundamento que certamente enriquecerá o cenário jurídico pátrio.

Diante dos limites da tese, e até mesmo para não desbordar para outras áreas, proceder-se-á a um corte metodológico, de modo a centrar a pesquisa na tutela da confiança no âmbito dos contratos empresariais, especificamente nas relações internas estabelecidas entre as partes contratantes. Em princípio, portanto, não se apreciará na tese temas relacionados com os aspectos peculiares à tutela da confiança sob a égide do direito penal e administrativo, nem se analisará em espécie os negócios empresariais mencionados por conta da aplicação da tutela da confiança. Estes assuntos serão abordados apenas em caráter excepcional, quando necessários à elucidação de algum ponto próprio do tema, em si mesmo considerado.

A tese, em síntese, será composta da análise dos seguintes temas: (a) a origem do instituto e a sua introdução no País; (b) a tutela da confiança no direito comparado (com ênfase no direito europeu); (c) conceituação e análise dos elementos da tutela da confiança; (d) diferenciação do princípio de figuras afins; (e) aplicação da tutela da confiança nos diversos contratos empresariais.

Dentre os temas a serem investigados, alguns podem ser destacados:

Direito comparado. Preste-se ou não adesão ao fenômeno da globalização e ao seu impacto em países emergentes, é inegável que se trata de uma realidade do mundo dos negócios, a que o jurista não pode ficar alheio. Avulta, pois, a necessidade de analisar a regulamentação da tutela da confiança em outros países.

Pretende-se enfatizar a análise do direito europeu. Também o direito de países da América Latina fará parte do estudo. Procurar-se-á fornecer, pelo menos, um panorama geral da tutela da confiança nesses países, pondo em destaque as suas linhas mestras.

Utilizar-se de subsídios de direito comparado é, como já alertava René David, levar a interpretação sistemática às últimas consequências. E a tanto se propõe levar na dissertação.

Conceituação do princípio da confiança. A avaliação do comportamento cuidadoso exigível é formulada mediante critérios de interpretação como o da confiança, segundo o qual não se pode exigir do indivíduo a previsão de ações descuidadas de terceiros. Aquele que age dentro da normalidade das relações sociais, nos limites do risco permitido, tem o direito de esperar que os demais também assim atuem, não podendo a ele ser imputada a previsibilidade de comportamento contrário ao dever de cautela praticado por outrem.

O “princípio da confiança” consiste em critério de interpretação e fixação dos limites do dever objetivo de cuidado, criado pela jurisprudência alemã e desenvolvido pela doutrina.

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem, para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico

Originário do Direito Romano, o princípio da confiança mantém analogia com a proteção da confiança depositada pelos sujeitos no tráfego jurídico. A relação entre o princípio da confiança e a boa fé é deveras estreita. Aquele se mostra como princípio fundamental para a concretização deste, ao passo que, nas relações jurídicas deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada.

A boa-fé, considerada como um princípio básico, é um dos pilares mais necessários para a sustentação da teoria contratual atual. No entanto, o que é observado na maioria das vezes é que o investimento ao princípio da confiança feito pelos indivíduos é protegido comumente pelo direito pela via de dispositivos legais, não pelo influxo da cláusula geral da boa-fé.

A fim de que o direito, baseado na boa-fé, proteja a confiança, é exigido, de forma cumulativa, a existência de uma situação justificada de confiança a ser protegida, ou seja, os fatos concretos verificados devem ter o condão de objetivar e efetivamente inculcar no agente uma determinada expectativa. Afasta-se o atendimento ao requisito quando houver torpeza ou excessiva credulidade deste, especialmente pelo fato de que, no cenário empresarial, é amplamente reconhecido que se está diante de profissionais que buscam o lucro e que, através dos negócios, fazem suas apostas visando o resultado econômico.

Assim, a confiança depositada merece tutela jurídica. Quando o empresário atua ou celebra certo ato, negócio ou contrato, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança, devendo levar em conta os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança.

O princípio da confiança encontra-se, ainda, coligado com os elementos e aspectos subjetivos da segurança, ou seja, relaciona-se com a previsibilidade dos indivíduos no que tange aos efeitos jurídicos de atos dos poderes públicos, tanto nas esferas do Legislativo e Judiciário, como também no âmbito do Poder Executivo.

A proteção da confiança nos contratos empresariais. Analisar-se-á, ainda, a aplicação específica do princípio da confiança nos contratos empresariais, especialmente com relação àqueles de relação continuada, tais como: (i) contrato de distribuição; (ii) contrato de agência / representação comercial; (iii) contrato de fornecimento; (iv) contrato de sociedade; (v) contrato de concessão comercial; (vi) contrato de seguro, dentre outros.

Além dos pontos destacados nas linhas precedentes, diversos outros assuntos haverão de ser tratados na tese de doutoramento. Para desenvolvê-los, sem perder a objetividade, seguiu-se um sumário. Embora fosse previsível a inserção de outros temas no trabalho e a exclusão de outros tantos, o sumário pôde fornecer uma visão geral da tese de doutoramento.

PARTE I: NOÇÕES PROPEDÊUTICAS, HISTÓRICAS DE DIREITO COMPARADO E QUALIFICAÇÕES JURÍDICAS

1 Noções propedêuticas: a unificação do Direito Obrigacional Privado

Apesar de, em cada época, ser possível identificar normas afeitas ao comércio, um sistema de direito comercial, contraposto ao direito civil, segundo a maioria dos autores, somente surgiu com o renascimento da vida medieval nas comunas italianas².

Assim é que, apesar das recentes discussões sobre o tema³, o Direito Romano, mesmo no que concerne às normas atinentes ao comércio, não conheceu um sistema autônomo comercial.

O Prof. Tullio Ascarelli, na sua habitual maestria, explica as origens do Direito Comercial, autonomamente, remontando à época do direito romano-canônico:

*“...o nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII em contraposição ao sistema econômico então mais geralmente difundido...foi ele, no seu início, o direito da nascente burguesia das cidades; uma libertação dos vínculos da sociedade feudal e do direito romano-canônico comum então vigente”.*⁴

² Neste sentido leciona Tullio Ascarelli e, com fundamento em seu pensamento, os demais comercialistas pátrios. (Tullio Ascarelli, O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, pp. 237-252).

³ Vide Feliciano Serrão, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*.

⁴ Vide Tullio Ascarelli, *Panorama do Direito Comercial*, nº 8, p. 22/23.

A maioria dos autores costuma fracionar a evolução do Direito Comercial em três períodos, a saber: (i) subjetivo; (ii) objetivo; e, (iii) subjetivo moderno.

O entendimento dos dois primeiros períodos e suas características é essencial para compreender, de um lado, o significado do fenômeno que os estudiosos denominam de comercialização dos atos da vida civil e, de outro, as razões para a unificação formal do direito obrigacional empreendida pelo nosso legislador através do Código Civil de 2002.

Já a análise das facetas do terceiro período, para o escopo do presente trabalho, importará em fator essencial e marcante para delimitar a aplicação das cláusulas gerais, já que em sua essência se fundamenta a autonomia substancial do atual direito empresarial.

Exatamente por conta desta diversidade de finalidades na análise, de um lado, do primeiro e segundo períodos e, de outro, do terceiro período, é que o primeiro estudo será feito neste tópico, enquanto esmiuçar-se-ão as características do terceiro e atual período nos itens 41.1 e seguintes.

O primeiro período, denominado subjetivo, remonta à Idade Média, ao “jus mercatorum”, representado pelo direito consuetudinário criado pelo meio corporativo e aplicado através das corporações de ofício⁵.

Denomina-se subjetivo por levar em consideração, como critério relevante e definitivo para a inserção de determinada relação como comercial ou civil, a qualidade dos agentes envolvidos. No entanto, não obstante essas normas, pelas suas origens, serem aplicadas em função de um subjetivismo, consagrava-se a competência da jurisdição consular mesmo quando apenas uma das partes era comerciante.

⁵ Apesar de se reconhecer que existiam limites ao poder de auto-regulação dos estatutos das corporações (vide Schioppa, *Saggi di Storia del diritto commerciale*, pp. 29).

Essa independência do meio corporativo para a criação e aplicação das normas comerciais desaparece com o fortalecimento dos Estados Nacionais, no século XVII, pois os déspotas das monarquias nascentes intentavam ser a única fonte de regulação. As normas comerciais passam a ser aplicadas de uma forma mais objetiva, embora ainda através da comerciabilidade do sujeito *quoad actum*⁶.

Já no final do século XVIII, com o advento do Código de Napoleão, erige-se um sistema de normas comerciais objetivamente aplicáveis a quaisquer que sejam os sujeitos do ato⁷. Tal objetivação do sistema naturalmente aumentou o seu campo de aplicação, não só porque as regras comerciais passaram a incidir sobre atos ocasionais, mas também por conta de sua incidência àqueles casos em que somente uma das partes fosse comerciante.

Não suficiente, a objetivação se acentua no correr do século XIX, principalmente após o Código Italiano de 1882, que transpôs o limite dos negócios imobiliários e sujeitou os negócios bilaterais, em sua inteireza, à lei comercial.

Desta forma, conforme esclarece Tullio Ascarelli, “o direito das obrigações comercializa-se e isto a tal ponto que, quando (como também aconteceu em alguns países, por exemplo o Brasil) o Código Civil é posterior ao Comercial, é no Civil e não no Comercial que encontramos aqueles princípios que determinam os atos propriamente comerciais. O direito civil permanece como o direito de família, das sucessões, dos direitos reais; os princípios comerciais aplicam-se, de fato, a todo o direito das operações econômicas, com exceção da agricultura”⁸.

Como consequência, no primeiro período, em face da aplicação das normas das corporações de ofício também a casos em que uma das partes não era

⁶ Confira-se Tullio Ascarelli, O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, p. 240.

⁷ Goldschmidt, Storia universale del diritto commerciale, p. 139.

⁸ Tullio Ascarelli, O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, p. 241.

comerciante, já se constatava a influência do direito comercial sobre os atos praticados por civis.

Também no segundo período tal comercialização é patente, pois, além da manutenção da aplicação de regras comerciais a civis, como ocorria na primeira fase, tendo em vista a tipificação objetiva de atos como critério de incidência das regras empresariais, denota-se a aplicação das normas comerciais a quaisquer que sejam os sujeitos do ato.

É diante deste cenário que, em 1942, realizou-se a unificação da legislação italiana, a qual representou o triunfo, segundo Ascarelli⁹, dos princípios comerciais, praticamente reconhecidos na codificação peninsular como princípios gerais de todo o direito privado (bem assim as regras sobre solidariedade, juros, resolução e execução compulsória de venda, prescrição, etc.).

2 A posição de Teixeira de Freitas

Historicamente, enquanto países europeus editavam seus códigos no século XIX, o Brasil estava focado nas questões correlatas à independência declarada no dia sete de setembro de 1822.

Dessa forma, o artigo 179 da Constituição Federal de 1824 determinava a organização do primeiro Código Civil brasileiro.

Apesar da previsão expressa do artigo 179, em 1850 é editado o Código Comercial brasileiro. Em 1855 oficializa-se a contratação de Teixeira de Freitas para a elaboração do Código Civil brasileiro, concluída em 1857.

⁹ Tullio Ascarelli, O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, p. 248.

O projeto de Código Civil de Teixeira de Freitas já continha 4.908 artigos quando seu Autor convenceu-se da necessidade da unificação do direito privado, ou seja, da consecução de um único diploma regulando o direito civil e o comercial.

Teixeira de Freitas, então, levou sua convicção ao então Ministro da Justiça, propondo que se elaborassem dois trabalhos: um Código Geral (que abarcaria as causas jurídicas, as pessoas, os bens, os fatos e os efeitos jurídicos) e o Código Civil (que compreenderia somente os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais) ¹⁰.

Diante da não aprovação da sugestão colocada por Teixeira de Freitas, seu contrato acabou rescindido em 1872. No entanto, Clóvis Beviláqua, analisando o projeto de Código Civil de Teixeira de Freitas, afirmou que o esboço entrou para o acervo da jurisprudência pátria como a contribuição mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias.

Assim é que o esboço de Teixeira de Freitas, apesar de não ter sido adotado pelo império, fez-se presente em outros países latino-americanos, tais como Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile ¹¹.

Após alguns contratemplos, Clóvis Beviláqua é contratado para a elaboração de novo projeto, em 1899. O trabalho foi concluído em 1900 e sancionado em 1916.

Após quase 50 anos de vigência, em 1965, Orlando Gomes apresenta relatório propondo a substituição do Código Civil brasileiro vigente e, em 1975, foi apresentada nova proposta que veio a se tornar o nosso atual Código Civil brasileiro, unificando formalmente o direito privado obrigacional brasileiro.

¹⁰ José Carlos Moreira Alves, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro), p. 4.

¹¹ José Carlos Moreira Alves, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro), p. 5.

3 A posição de Vivante em 1892

O pensamento do professor italiano Cesare Vivante acerca da unificação do direito privado foi prolatado, em 1892, na Cidade de Bologna, Itália, durante sua aula inaugural do curso na Universidade de Bologna.

Argumentava o referido professor que a separação entre o Direito Civil e o Direito Comercial é um ato artificial contrário à unidade essencial da vida econômica.

Vivante sustentava essa posição com base no fato de que a separação entre o Direito Civil e Comercial se justificava, em sua origem, na época em que o comércio era exercido somente pelos comerciantes medievais inscritos nas corporações de ofício.

Entretanto, segundo o professor italiano, haveria uma homogeneidade da constituição social na qual a separação não mais se justificava já que os não-comerciantes também realizavam atos de comércio.

Adicionalmente, Vivante alegava que a não unificação do Direito Obrigacional apresenta as seguintes vantagens e desvantagens¹²:

(a) as leis comerciais obrigam comerciantes e não-comerciantes. Apesar de, inicialmente, objetivarem regular exclusivamente a classe dos comerciantes, é notório que as regras comerciais aplicam-se também a não-comerciantes, ainda que desconheçam essa prática;

(b) a divisão dificulta a aplicação da norma correta no caso concreto. Com a existência de regras diversas para as relações comerciais e civis, acrescenta-se um elemento de dificuldade para o exercício da justiça. Dúvidas como a aplicação de institutos de Direito Civil ou Comercial em determinada relação se fazem presentes;

(c) submissão ao arbítrio da magistratura da definição de comerciante; e

(d) a divisão prejudica o estudo científico, pois os comercialistas não estudariam as regras gerais.

4 A reação autonomista de Alfredo Rocco

Contrário ao pensamento expresso por Vivante em sua famosa “Prolusione”, o também comercialista italiano, Prof. Alfredo Rocco, revelou seu posicionamento de que as relações econômico-privadas ainda não comportariam a unificação¹³.

Em síntese, Rocco argumentou que o estágio de desenvolvimento do Direito seria prematuro para afirmar que o tráfego de trocas tenha atingido todas as relações econômico-privadas.

Sustentou, ainda, o ilustre professor, que a unidade do Direito não pode ser um ato artificial do legislador, mas deve advir da prática, da homogeneidade substancial das relações econômico-privadas.

5 A retratação de Vivante em 1919

Em 1919, Vivante muda de posição e advoga contra a unificação do Direito Privado. Nomeado presidente da comissão encarregada de conduzir o processo revisional do Código Italiano, o I. Comercialista repudiou o seu próprio pensamento em favor da unificação, acusando-se de ter cometido um erro doutrinário.

¹² Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, vol.1, pp. 18 e ss.

¹³ Alfredo Rocco, Princípios de Direito Comercial, pp. 7 e ss.

No seu famoso “Progetto Preliminare”, sustentou que o estado de maturidade dos dois ramos do Direito (Civil e Comercial) seria diferente, ou melhor, nas suas palavras, “exatamente diverso”.

Além disso, argumentou que as diferentes velocidades de mudança dos institutos afeitos aos aludidos setores jurídicos e de elaboração das suas respectivas normas seriam um obstáculo permanente à unificação.

Segundo Vivante, haveria uma clara diferença de método entre o direito civil e o direito comercial – neste, prevalece o método indutivo (i. e., conclui-se a regra com base nos fatos e a conclusão é mais geral do que a premissa); naquele, o dedutivo (partindo da premissa geral e chegando à conclusão individual) –, a justificar o repúdio à unificação.

Na 5ª edição de seu *Trattato di Diritto Commerciale*, asseverou, ainda, que o direito comercial é de índole cosmopolita, decorre do próprio comércio e se destina a regular os negócios em massa, arrematando sua posição contrária à unificação no que chama de principal diferença entre o direito civil e o comercial, qual seja, o espírito diverso, consistente na especulação¹⁴.

6 A posição dos Professores Sylvio Marcondes e Inglez de Souza

Dos precursores na discussão sobre o assunto, faz-se mister ressaltar que o pensamento de Teixeira de Freitas precedeu ao de Vivante.

Encarregado pelo Governo Imperial de fazer um projeto de Código Civil, em 1859, Teixeira de Freitas opinou pela unificação do Direito Privado em contraposição à existência de um Código Civil e um Código Comercial.

¹⁴ Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I.

Infelizmente tal posicionamento não prevaleceu e a vanguardista sugestão de Teixeira de Freitas foi recusada pelo Governo Imperial, sem que a ele tivesse sido conferida a mesma repercussão da romana “Prolusione”.

Seguiu-se, como se sabe, a promulgação de diplomas diferentes para o Direito Comercial e para o Direito Civil, prática mantida até a promulgação do Código Civil brasileiro de 2002.

Segundo Rubens Requião¹⁵, o direito empresarial, progressista e humano, destacou-se do antigo direito comum para atender às necessidades crescentes do desenvolvimento do tráfico entre os homens, moldando as novas instituições pelo espírito igualitário e democrático dos comerciantes. Por tal razão, não poderia tal direito retrogradar por amor à unidade. Destarte, é o direito civil que se funde, por assim dizer, no comercial, influenciado por sua vez pelo interesse social que prima sobre o individual.

Assim, a comercialização das atividades civis evidencia-se em todos os instantes. Recorre, ainda, o Prof. Rubens Requião, a Vivante¹⁶, para lembrar da força atrativa do direito comercial, desde o nascimento, até o túmulo.

O Prof. Waldirio Bulgarelli argumenta que não subsistem razões para o tratamento dual, diversificado e até contraditório para o Direito das Obrigações. O Direito Obrigacional deve ser uno, já que comum a comerciantes e não-comerciantes.

É o que Bulgarelli chama de “comercialização da vida civil” e recorre a atos cotidianos como emitir cheques, títulos de crédito, duplicatas etc. para exemplificar o seu pensamento. Remonta, ainda, à bem-sucedida experiência estrangeira (Suíça e Itália) para comprovar a unidade do Direito Obrigacional¹⁷.

¹⁵ Rubens Requião, Curso de Direito Comercial. vol.1., pp. 18 e ss.

¹⁶ Frase do Prof. Cesare Vivante, proferida durante sua magistral lição na Faculdade de Bologna.

¹⁷ Waldirio Bulgarelli, Contratos mercantis, pp. 32-33.

Historicamente, a última manifestação concreta a favor da dicotomia do direito obrigacional no Brasil parece ter sido em 1949.

Neste ano, o Desembargador Florêncio de Abreu, a pedido do Ministro da Justiça Adroaldo Mesquita da Costa, apresentou um Esboço de Anteprojeto de Código Comercial, corroborando a tese de dois códigos diferentes¹⁸.

7 A unificação de fato

Em que pese o brilhantismo das discussões acerca da oportunidade, ou não, da unificação do direito privado, não se pode olvidar que, no Brasil, por força dos arts. 121 e 428 do Código Comercial de 1850, tal concatenação entre o direito civil e o comercial já ocorria, no plano fático, no que concerne à matéria obrigacional.

Segundo o art. 121 do revogado Código Comercial de 1850, “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. Assim, no que tange aos contratos, tópico por excelência do instituto das obrigações, o Código Civil já servia de apoio às regras empresariais.

Bem assim o art. 428 do mencionado Diploma legal, o qual estatuiu: “as obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o direito civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código”.

Ou seja, tanto no que dizia respeito aos contratos, ramo importantíssimo das fontes obrigacionais, quanto à extinção e dissolução das obrigações, as regras civis e comerciais já se conectavam de fato na vida prática do operador do direito.

8 Da unificação formal de 2002

¹⁸ José Carlos Moreira Alves, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro), p. 5.

Preste-se ou não adesão à unificação formal do direito privado empreendida pelo Código Civil de 2002, trata-se de um dado de direito posto, a que o estudioso não pode se opor e, rigorosamente nem deveria tão profundamente estranhar, pois não se trata de um fenômeno inédito.

Lembre-se, aqui, em direito comparado, a pioneira unificação do direito das obrigações na Suíça, através do OR – “Obligationenrecht” de 30.03.1911, e, com maior amplitude, na Itália, com o *Codice Civile* de 1942.

(i) Formal ou substancial

No direito pátrio, a unificação já fora defendida por Teixeira de Freitas e, por força do disposto no art. 121 do Código Comercial (que mandava aplicar as regras e disposições do direito civil, de forma supletiva, para os contratos e obrigações comerciais), constituía uma realidade inegável – a ponto de Sylvio Marcondes ter sustentado que “a unificação das obrigações do Direito Civil brasileiro é verdadeira tradição evolutiva do nosso Direito”; “não é, pois, uma novidade no direito brasileiro e constitui, ademais, uma vocação da nossa doutrina”¹⁹.

De mais a mais, é preciso lembrar que a unificação formal do direito privado não implica na unificação substancial do direito comercial ao direito civil.

(ii) Critérios de diferenciação e qualificação

No entanto, e isso é inegável, a unificação formal coloca os aplicadores da lei diante de um problema prévio de qualificação, consistente em definir a norma aplicável, isto é, estabelecer não só o preceito legal de regência, mas, também, os valores e os padrões de comportamento que deverão presidir a relação jurídica em análise.

¹⁹ Direito mercantil e atividade negocial no Projeto do CC, ‘in’ Questões de direito mercantil, São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 04-05.

Dentro de tal perspectiva, despontam aqui duas novas questões, trazidas pela unificação formal do direito privado, consistentes em (i) definir os atuais limites do direito obrigacional e (ii) estabelecer quais seriam as suas características distintivas, em relação ao direito civil – sendo que ambas as questões farão parte de nossas preocupações (ainda que ligeiras), nas linhas seguintes.

(iii) Importância na aplicação das cláusulas gerais

Outrossim, diante do fato de que a unificação do direito privado foi meramente formal, a diferenciação e qualificação da relação jurídica terá um peso inimaginável por ocasião da aplicação das cláusulas gerais.

Isto porque não se poderá interpretar da mesma forma os conceitos genéricos impostos pelo Código Civil de 2002, como “manifestamente”, “imprevisíveis”, frente a um empresário e a um não-empresário.

Assim, a presença do empresário numa relação jurídica celebrada no contexto da empresa vai atrair valores e regras diversas daquelas peculiares às relações entre particulares, as quais se concretizarão:

(i) na aplicação do sistema de cláusulas gerais e, de modo mais específico, na atividade de elaboração da regra de conduta geral e abstrata, que será, ao depois, contrastada com o comportamento concreto e específico do empresário no momento da aplicação da norma, haja visto o natural dinamismo e volatilidade inerentes ao exercício empresarial;

(ii) na compreensão global dos atos do empresário dentro de um contexto maior de atividade (o que poderá auxiliar o aplicador da lei, por exemplo, a desvendar o caráter oneroso de um ato isolado, aparentemente gratuito, inserido no contexto de uma operação empresarial);

(iii) na dispensa de tratamento distinto para a tutela do consentimento das partes; e,

(iv) na escolha e na mensuração adequada de instrumentos de coerção e sanções.

Em matéria de prescrição, por exemplo, a presença de empresários vai ter influência: (i) na aferição de atos recognitivos (CC, art. 202, VI); (ii) na análise de atos de renúncia tácita (CC, art. 191); (iii) na aplicação de regras sobre responsabilidade civil (CC, art. 195) etc.

(iv) Critério subjetivo

Uma primeira tentativa, algo primária e inócua, de delimitação do direito obrigacional empresarial certamente procuraria classificar as relações jurídicas tendo em consideração as pessoas que delas participam.

A adoção de semelhante critério subjetivo (eis que pautado no sujeito da relação) levaria às seguintes categorias: (i) relações jurídicas civis (nas quais figuram apenas não-empresários); (ii) relações jurídicas mistas (nas quais aparecem empresários e não-empresários); e (iii) relações jurídicas interempresariais (congregando apenas e tão-somente empresários).

A deficiência deste critério de classificação, no entanto, é manifesta. Para demonstrá-la, basta considerar que:

(i) na classe das relações jurídicas mistas, ingressariam situações díspares como as das relações de consumo (CDC, art. 2º) e de outras relações que, conquanto não se enquadrem na estreita definição legal de relação de consumo, diferem de relações civis travadas apenas entre particulares, visto que a simples presença de um empresário num dos pólos da relação jurídica atrai, de per si, a incidência de regras jurídicas que lhe são próprias; e, além disso;

(ii) nem todo negócio jurídico interempresarial (= negócio de que participem apenas empresários) escapa necessariamente do âmbito da relação de consumo e, mais do que isso, nem toda relação travada entre empresas insere-se no âmbito da relação de uma atividade empresarial.

Assim, à vista da heterogeneidade das situações cobertas em cada subdivisão desta classificação e tendo em conta a sua inegável inoperância para auxiliar na solução de problemas práticos, reputamo-la insuficiente.

(v) Critério objetivo

Uma outra tentativa de classificação – igualmente falha e impraticável – seria aquela calcada em critério objetivo (em contraposição ao critério subjetivo, que dá relevo à qualidade da pessoa), a qual pressuporia uma atividade prévia de segregação e de divisão, dentro da amplíssima gama de institutos e relações jurídicas, daqueles próprios e exclusivos do direito empresarial e de outros civis – de modo que, assim, o direito obrigacional empresarial seria o conjunto de regras e princípios aplicáveis a tais ou quais institutos.

O critério objetivo baseia-se nas premissas de “ato de comércio” adotadas pelo CC de 1916²⁰, nas quais se classificavam, com base no intuito mercantil, certos atos jurídicos como atos comerciais.

Não custa lembrar que o CC de 2002 se funda no princípio da atividade (reiteração de atos) sistemática (vide abaixo explicações para a organização de fatores de produção, intuito de lucro etc.) como maneira de diferenciar empresários ou não-empresários.

²⁰ E também por todos os diplomas oitocentistas, começando pelo Código francês, editado durante o governo de Napoleão.

Também aqui, no entanto, a insuficiência do critério se nos antolha gritante e, para demonstrá-la, mais não seria preciso do que salientar:

(i) em primeiro lugar, que a taxinomia prévia dos institutos, pressuposta no critério objetivo, é tarefa impraticável, seja em razão de sua extensão, seja porque isso viria a negar o próprio conceito aberto de negócio jurídico e a anular o primado da autonomia da vontade; e,

(ii) em segundo lugar porque, rigorosamente, não existe nem nunca existiu, por exemplo um contrato de compra e venda civil, outro contrato de compra e venda comercial (agora empresarial) e outro contrato de compra e venda de consumo, já que, em todos esses casos, existe apenas e tão-somente um só e único contrato de compra e venda (CC, arts. 481 a 532), que, dependendo do caso, sofre a influência de regras específicas (daí lhe advindo distinta adjetivação), para tutelar ou alterar certos e específicos aspectos da relação concreta, sem alterar a sua essência.

(vi) Critério funcional

Se os critérios subjetivo e objetivo não são suficientes, resta-nos estabelecer qual seria.

A nosso ver, um terceiro critério – ainda a depender de melhor sistematização – seria apto a solucionar a questão inicialmente proposta.

Trata-se de *critério funcional* ou *dinâmico*, calcado naquilo que, modernamente, constitui o ponto nuclear do moderno direito empresarial: a empresa (atividade) e, por extensão, o profissional que a exerce, o empresário²¹.

Nesta linha, o direito obrigacional preocupar-se-ia, fundamentalmente, com a regulação das relações jurídicas inseridas no âmbito da empresa pelo empresário e,

²¹ Fábio Konder Comparato, O poder de controle na sociedade anônima, p. 93; e Giuseppe Auletta, Attività, 'in' Enciclopedia del diritto, vol. III, pp. 981-987.

secundariamente e por extensão, trataria também daqueles institutos tradicionalmente próprios do antigo direito comercial (matéria residual), guiados por princípios próprios (como é o caso do direito dos títulos de crédito).

Cabe esclarecer, então, qual seria o relevo do critério funcional, aqui proposto, e de que forma ele auxiliaria a estabelecer as características distintas do direito obrigacional empresarial em face do direito civil tradicional.

Esta é a segunda ordem de indagações a que nos havíamos proposto solucionar, e doravante o faremos.

De início, é preciso aqui especificar quais seriam os elementos, inerentes ao critério funcional, que deveriam ser sopesados e, na sequência, daremos exemplos práticos de sua concretização.

Empresário é aquele que, profissionalmente exerce a empresa – isto é, a atividade econômica organizada de produção ou circulação (distribuição) de bens ou serviços para o mercado (CC, art. 966) exercida profissionalmente.

A decomposição dos elementos da definição é tarefa rica de consequências.

Atividade econômica (intuito lucrativo).

“Em primeiro lugar, trata-se de atividade econômica, isto é, atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços” (MARCONDES, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no Projeto do CC, ‘in’ *Questões de direito mercantil*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 6).

Além disso, tratando-se de atividade econômica e exercida de forma profissional, exsurge nítido o intento lucrativo²². Portanto, profissionalismo e intento lucrativo (entendido como a necessária destinação aos sócios dos resultados financeiros da atividade econômica) são dados pressupostos na atividade empresarial.

O objetivo da atividade econômica é que o resultado financeiro chegue aos sócios (somente a guisa de exemplo, lembro que as associações civis diferem das sociedades empresárias não pelo quesito da perseguição do lucro, mas sim pelo critério da sua distribuição aos sócios).

Atividade organizada.

Em segundo lugar, a atividade empresarial é também sempre uma atividade em que se organizem os fatores de produção: trabalho, natureza e capital (além da tecnologia).

Sendo assim, organização e conjugação de fatores da produção são outras características inerentes à empresa.

Não constitui atividade empresarial a atividade que não congrega a organização dos fatores de produção como, por exemplo, a atividade intelectual de um escritor de livros, advogado autônomo, médico autônomo etc. – essa diferença é de suma importância para se entender a essência do disposto no § único do art. 966.

Profissionalidade (habitualidade).

O empresário, segundo a nossa lei (CC, art. 966), é sempre aquele que exerce profissionalmente a atividade empresarial; com ânimo lucrativo e de forma habitual.

²² O intuito lucrativo deve ser compreendido da análise do ato no contexto maior de uma atividade, de modo que a gratuidade isolada do ato inserido no contexto da atividade não infirma a assertiva feita no corpo do texto.

Não é leigo, no seu ramo, e nem inexperiente. A reiteração da atividade (conjugada com os fatores acima enumerados) conduz à profissionalidade.

Destinação para o mercado.

A atividade dirige-se à produção ou distribuição de bens ou serviços para o mercado; não é produção autárquica ou de subsistência.

Os bens e os serviços destinam-se à colocação no ciclo produtivo ou no mercado de consumo, de modo que, na análise de qualquer problema envolvendo o empresário, não se pode deixar de considerar as consequências sobre a cadeia de produção e de consumo.

Aqui cabe a observação de que as ações de responsabilidade civil deverão acobertar essas diferentes realidades: o ilícito civil terá critérios indenizatórios mais leves do que o ilícito “civil” empresarial.

Atividade empresarial (e não ato empresarial).

Por fim, e a observação aqui é óbvia, empresa é atividade, e não ato. E atividade consiste na prática reiterada e coordenada de atos (materiais e jurídicos), imputáveis a uma mesma pessoa e visando a um fim comum.

A regulamentação jurídica da atividade difere, em muito, daquela própria do ato, eis que feita sob a ótica da tutela à coletividade²³ – o que explica o rigor legal das normas que lhe são próprias.

²³ Vide Fábio Konder Comparato, O poder de controle na sociedade anônima, p. 93; e Giuseppe Auletta, Attività, pp. 981-987. Lembre-se que, em relação à atividade, não há capacidade relativa (ou se a tem ou não), e o sistema de invalidade é totalmente diverso.

Segue-se, daí, que a atividade não resulta de um ato isolado e sujeita-se a uma disciplina com forte influência publicista, voltada à tutela da coletividade, à estabilidade das relações sociais e à preservação da segurança dos negócios.

Os atributos, que acabamos de ressaltar e decorrem dos próprios conceitos de empresa e empresário, influenciam na aplicação das regras legais e são responsáveis pelas especificidades das obrigações empresariais, como se verá.

Ao cabo desta breve e singela análise, conclui-se que o direito obrigacional empresarial não pode mais ser delimitado por critérios simplistas, objetivos ou subjetivos, mas depende de um critério funcional (sem prejuízo da força da tradição e da história, a atrair institutos civis para um campo residual).

É empresarial a obrigação que, para uma ou mais partes, se insere no âmbito de uma empresa, exercida por um profissional, o empresário – sobre o qual incidirão regras e valores distintos.

Concretamente, sua influência faz-se sentir, de maneira mais vigorosa, na apreciação das cláusulas gerais, na tutela da coletividade e na tutela do consentimento, sem prejuízo da incidência de certas regras privativas daquele profissional.

9 A adoção do modelo alemão contendo uma parte geral

A elaboração do Anteprojeto do CC-2002 – explica Miguel Reale (Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora) – pautou-se por 3 (três) linhas mestras, pois teve em mira:

(i) tanto quanto possível, preservar as boas soluções do CC-1916, com a manutenção da redação clara e precisa de seus preceitos;

(ii) adequar o Código e suas regras à realidade social dos séculos XX e XXI, abandonando o individualismo característico do CC-1916 e, assim, prestigiando soluções afinadas a valores como eticidade, sociabilidade e solidariedade; e, por fim;

(iii) promover a unificação formal do direito privado (com a inserção de um inédito Livro reservado ao Direito de Empresa e, portanto, com a revogação da Parte Primeira do Código Comercial de 1850), trilhando-se o caminho inaugurado pelo ‘Codice Civile’ italiano de 1942.

Desincumbindo-se desta tarefa, os elaboradores do Anteprojeto utilizaram-se de vários instrumentos da moderna técnica legislativa, com especial destaque para:

(i) a nova estruturação topográfica das matérias; e,

(ii) a adoção de nova metodologia normativa.

Vejamos cada um deles, com maior vagar:

Em relação à posição sistemática (e, conseqüentemente, à alocação das matérias) no CC-2002, 3 (três) são os pontos a merecer aqui a nossa atenção.

(i) Pandectistas

Em primeiro lugar, manteve-se a existência de uma Parte Geral. Assim como já fizera no CC-1916, o legislador pátrio manteve-se na trilha pioneiramente aberta pelo BGB (primeira codificação a cristalizar os esforços críticos da Pandectística) e seguida por todas as modernas codificações civis.

A parte geral, como esforço da pandectística alemã, surgiu, pela primeira vez, na Segunda edição da obra *System des gesamten heutigen Civilrechts*, de Dabelow,

em 1796. Segundo Moreira Alves²⁴, desta obra, excertos foram retirados por Hugo e, posteriormente, por Heise, para integrar o sistema que, a partir de então, predominou entre os alemães e resultou no Código da Saxônia em 1863 e no BGB.

(ii) Críticas ao modelo

Por ocasião da elaboração do Anteprojeto de Código das Obrigações, por volta de 1940, Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato suscitaram algumas críticas à adoção de uma parte geral.

De forma geral, os óbices encontrados pelos nossos projetistas, à época, consistiam nos seguintes: (i) que até mesmo na Alemanha haveriam autores que se manifestavam contra a manutenção da parte geral no Código Civil; (ii) que vários códigos não apresentariam parte geral; (iii) que, na parte geral, haveriam dispositivos que não se aplicariam a todas as seções da parte especial; e, (iv) que a parte geral distanciaria noções que, na prática, se usariam simultaneamente.

Frise-se que as críticas acima expostas refletem, *ipsis literis*, aquelas que já eram colocadas na Europa pela Escola Sociológica.

Por oportuno, conforme esclarece o Prof. Moreira Alves, quando não consistem em apontamentos filosóficos, as críticas são de ordem meramente política, já que, na época, o nacional-socialismo alemão não poderia aturar um direito privado que contivesse o direito das pessoas, das sucessões e de família, pois tais normas interessariam supostamente ao povo²⁵.

Assim é que Nipperdey, ao elaborar o Projeto de Código Civil em 1933, legislação esta que serviria aos propósitos nazistas, adotou uma classificação tripartite: a

²⁴ José Carlos Moreira Alves, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro), p. 22.

²⁵ José Carlos Moreira Alves, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro), p. 22.

primeira parte abrangendo os contratos e a responsabilidade civil; a segunda englobando os direitos reais; e, a última compreendendo as regras atinentes às associações.

Naturalmente, frente a tal sistema, não poderia Nipperdey dar outra justificativa que não a de que a parte geral teria sido extinta porque era constituída por elementos heterogêneos que não se refeririam em sua totalidade ao direito civil.

(iii) Argumentos favoráveis à adoção de uma parte geral

José Carlos Moreira Alves, autor do Anteprojeto da Parte Geral, destacou as principais críticas à sua inserção no novo diploma e, na sequência, refutou-as com superioridade, lembrando, em síntese, que:

(i) as opiniões de doutrinadores contrários à inserção de uma Parte Geral constituem meros argumentos de autoridade, que, como tais, não são decisivos;

(ii) a adoção de terminologia técnica e árida, incompreensível para o leigo, não constitui defeito algum, pois se trata de um fenômeno próprio de todo e qualquer conhecimento científico; e, por fim,

(iii) se é verdade que, na Parte Geral, há institutos que não se aplicam às matérias versadas em todos os Livros, não é menos verídico que muitos deles o são para todos ou mais de um Livro, de modo que não haveria outro local mais apropriado para colocá-los.

(iv) A parte geral do Código Civil de 2002

Em segundo lugar, vários institutos e capítulos inteiros foram realocados dentro de seus Livros tradicionais e, em certos casos, foram criados capítulos novos, através da aglutinação de institutos que não estavam bem acomodados no CC-1916.

Mencionem-se aqui os Títulos III e IV do Livro I – Do Direito das Obrigações, da Parte Especial.

Em terceiro lugar, por fim, merece referência especial a alteração da ordem sequencial dos Livros da Parte Especial no CC-2002.

Ao invés da distribuição adotada pelo CC-1916 – com Livros para: (i) Parte Geral²⁶; (ii) Direito de Família; (iii) Direito das Coisas; (iv) Direito das Obrigações; e, (v) Direito das Sucessões – o CC-2002 adotou precisamente a mesma ordem do BGB, dispondo os livros da seguinte forma: (i) Parte Geral; (ii) Direito das Obrigações; (iii) Direito de Empresa; (iv) Direito das Coisas; (v) Direito de Família; e, (vi) Direito das Sucessões.

Para além da alteração da ordem dos Livros, ganha relevo o Livro sobre Direito de Empresa, inspirado na teoria da empresa e cuja regulamentação vem, toda ela, calcada naquilo que, seguramente, constitui o núcleo do moderno direito comercial: a atividade empresarial²⁷ (= empresa, no seu perfil funcional).

Não suficiente as alterações formais, evidenciam-se mudanças substanciais na própria metodologia do CC-2002.

A unificação formal do direito privado e a adoção da teoria da empresa (às quais já nos referimos) constituem exemplos paradigmáticos desta nova metodologia, mas nem de longe esgotam a fenomenologia.

(v) Resposta à dualidade: dinamismo x codificação

²⁶ Não se pode deixar de mencionar que as regras da Parte Geral foram forjadas em torno da teoria do negócio jurídico, não mais do ato jurídico.

²⁷ Note-se bem: atividade, e não ato. Atividade é prática reiterada de atos materiais e atos jurídicos, imputáveis a um mesmo agente e voltados a fim específico. Destarte, como a atividade resulta da prática de vários atos e negócios jurídicos, bem se poderia ter adotado a denominação proposta por Sylvio Marcondes: “Da Atividade Negocial” – em que pese a crítica afoita e irrefletida, dirigida por estudiosos de escol, como Wille Duarte Costa.

De fato, para dar maior concretude e tornar efetivos os valores (de eticidade, sociabilidade e solidariedade) que presidiram a elaboração do Anteprojeto do CC-2002, a Comissão Elaboradora prestigiou abertamente, bem ou mal, o sistema de cláusulas gerais, em detrimento do sistema tradicional de tipicidade (o qual, evidentemente, não foi eliminado, mas deixou de ter a preeminência que possuía no CC-1916)²⁸.

Cláusula geral é uma norma jurídica aberta que possibilita ao intérprete, pela sua flexibilidade, adequar o instituto no tempo e espaço da sua aplicação.

Enquanto técnica legislativa, as cláusulas gerais caracterizam-se pelo emprego, em determinada norma do ordenamento, de uma linguagem intencionalmente “aberta” na sua semântica, verdadeiramente “vaga”, permitindo que o juiz aprecie e julgue o caso, concretizando elementos que podem, inclusive, estar fora do sistema.

Nicola Rondinone, sobre a história da codificação civil, assevera, citando Ferri, que houve uma preocupação em excluir do texto legislativo quaisquer definições que contivessem teor meramente escolástico ou doutrinário, não porque tais normas fossem desnecessárias, mas por conta da tentativa de não limitar a obra do intérprete na aplicação das cláusulas gerais²⁹.

²⁸ Da mesma forma que o Código Civil Italiano. Por oportuno, Nicola Rondione faz breve e utilíssima exposição sobre os objetivos perseguidos pelo diploma tedesco, quais sejam: uniformidade conceitual; objetivo do “bello scrivere” (ressaltando que o Código Civil Italiano, antes de sua promulgação, foi minudentemente analisado por filólogos); brevidade; clareza e univocidade; evitar repetições da vontade normativa; e, por fim, o que mais interessa a esta passagem, o objetivo de “consentire un adeguamento del precetto alle mutate esigenze della realtà sociale secondo la percezione degli interpreti” (Nicola Rondione, *Storia inedita della codificazione civile*, p. 769).

²⁹ Segundo Rondione: “G. B. Ferri, *Le annotazioni di Filippo Vassali*, cit. pp. 5 s., 11 ss., 26 s., 29, mette in evidenza come le glosse di Vassali e due fra i progetti del Libro delle Obbligazioni, stampati nel 1940 e nel 1941, ne mettano in evidenza la finnezza intellettuale, la ricerca, anche spasmodica, di un più corretto uso della lingua italiana, la precisione concettuale (espressasi particolarmente nella cura di un utilizzo coerente e omogeneo dei termini inerenti all’anulabilità, alla nulità e alle altre categorie attinenti alla patologia del contratto), la costante preoccupazione ... di escludere dal texto legislativo ogni definizione cha abbia sapore decisamente dottrinario o scolastico, e comunque di non esprimere, se non nei limiti dello stretto necessario, formule rigide e non più revocabili consone a una specifica soluzione dottrinale (per non usurpare l’ufficio e limitare la libertà degli studiosi cui spetta elaborare le categorie generali ed utilizzarle, nonchè la volontà di espungere comunque le norme non essenziali, sempre per non restringere la capacità espansiva degli istituti demandata all’opera degli interpreti); d’altronde, nota Ferri, Filippo Vassali al grande prestigio culturale e

Pode, ainda, a expressão “cláusula geral” conter um outro significado que é justamente o de se referir às normas que contêm cláusulas gerais³⁰.

Em essência, cláusula geral é uma norma principiológica³¹ e basilar. Constitui um mecanismo de “ajuste fino” da aplicação dos institutos legais. Não é recriar o Direito, mas relê-lo conforme a evolução da Sociedade.

Visa, na prática, responder à dualidade: dinamismo x codificação. A lei deve estar inserida num sistema lógico e ser atual no tempo³². Ex.: art. 113 (interpretação dos negócios jurídicos), em contraposição aos arts. 130 e 131 do Código Comercial), art. 184 (preservação dos contratos).

scientifico, univa, al momento in cui la riforma mosse i suoi primi passi, una già notevole e consolidata esperienza di legislatore. Anche G. Trabucchi, Recensione a G. B. Ferri, Le annotazioni di Filippo Vassali in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni (Padova, 1990), in Riv. Dir. civ., 1992, I, p. 229 ss., mostra di ammirare delle annotazioni di Vassali la maniacale cura dell'eleganza stilistica, la tendenza a evitare i pleonasm, il puntiglio nel raffinamento concettuale delle norme” (Nicola Rondione, Storia inedita della codificazione civile, p. 766, nota nº 27). Tradução livre: “G. B. Ferri, sobre as anotações de Filippo Vassali, cit. pp. 5 s., 11 ss., 26 s., 29, realça como os rascunhos de Vassali e dois entre os projetos do Livro das Obrigações, publicados em 1940 e em 1941, colocam em evidência a fineza intelectual, a pesquisa, mesmo que espasmódica, de um maior uso correto da língua italiana, a precisão conceitual (expressar-se particularmente no cuidado de uma utilização coerente e homogênea dos termos inerentes à anulabilidade, à nulidade e às outras categorias relacionadas à patologia do contrato), a preocupação constante ... de excluir do texto legislativo cada definição que tenha cunho decisivamente doutrinário ou didático, e, de qualquer maneira, o de não expressar, se não nos limites do estritamente necessário, fórmulas rígidas e não mais revogáveis referentes a uma solução doutrinal específica (para não usurpar o escritório e limitar a liberdade dos estudiosos, a quem cabe a elaboração das categorias gerais e utilizá-las, ainda mais a vontade de suprimir, de qualquer maneira, normas essenciais, sempre para não restringir a capacidade expansiva dos institutos demandada à obra dos intérpretes); aliás, nota Ferri, Filippo Vassali ao grande prestígio cultural e científico, já unia, no momento em que a reforma moveu os seus primeiros passos, uma notável e consolidada experiência de legislador. Também G. Trabucchi, crítico de G. B. Ferri, as anotações de Filippo Vassali à margem de tais projetos do livro das obrigações (Padova, 1990), em Riv. Dir. civ., 1992, I, p. 229 ss., demonstra admirar nas anotações de Vassali a mania no cuidado da elegância estilística, a tendência de evitar os pleonasmos, a obstinação no refinamento conceitual das normas”.

³⁰ Judith Martins Costa, O direito privado como um sistema em construção – As cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 139, pp. 5-22, 1998.

³¹ A Profa. Judith Martins Costa esclarece a necessária distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, ressaltando que, no mais das vezes, as primeiras contêm os últimos ou, ao menos, permitem sua formulação. “In” A boa-fé no direito privado, p. 316.

³² Neste sentido: Natalino Irti, L’età della decodificazione, pp.16. Segundo o autor, tem-se, hoje, a lei não como kanon abstrato e geral das situações e ações cotidianas, mas como resposta a problemas determinados e específicos. Assim é que a lei, atualmente, se apresenta permeada de terminologias científicas, econômicas e sociais que, apesar de estranhas ao direito, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea.

Pressupõe uma técnica judicial diversa da que usamos comumente para aplicar a regra que tipifica a conduta, feita mediante simples subsunção, para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso.

Há uma espécie de pré-figuração, por parte do legislador, do comportamento marcante ou típico, que deve ser levada em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador teria optado por descrever a factualidade³³.

Na verdade, existe esta abertura porque ela decorre da própria alteração de concepção filosófica.

Convencido o legislador de que, com a sua razão, não pode organizar o mundo de acordo com a sua vontade – como aconteceu logo após a Revolução Francesa; convencido de que leis rígidas³⁴, definidoras de tudo e para todos os casos são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça, admitiu, como instrumento para a regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as circunstâncias, ainda que isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante.

Assim, do emprego da cláusula geral, decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.

Este, atualmente, é o direito posto. Cabem, porém, duas ordens de reflexão crítica em relação ao sistema adotado pelo CC-2002: (i) teria sido aconselhável a larga adoção das cláusulas gerais?; e, (ii) como devem ser aplicadas as cláusulas gerais no âmbito do direito empresarial?

³³ Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, pp. 1186-1187.

³⁴ Natalino Irti, em sua obra *L'età della decodificazione*, p. 8, afirma que o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas, no qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para disciplinar o caso concreto.

Faz-se necessário, portanto, ainda que sumariamente, enfrentar ambas as questões.

Em primeiro lugar, quanto à conveniência da adoção do sistema de cláusulas gerais, a doutrina pátria tem, de maneira uniforme, aplaudido a opção do legislador pátrio.

A bem da verdade, porém, o sistema de cláusulas gerais não é novidade alguma.

Seja porque as cláusulas gerais, de há muito, são adotadas em países cultos. Seja porque, até mesmo entre nós, já existiam (embora com muito menor extensão) no Código Comercial de 1850 (art. 131, 4), no Código Civil de 1916 e em leis esparsas, notadamente no Código de Defesa do Consumidor.

O que o Código Civil de 2002 fez, apenas, foi generalizar e potencializar o seu uso, e, justamente neste ponto, é que residem as principais críticas à orientação adotada (críticas essas que, embora ainda não tenham sido suscitadas pela doutrina pátria, ainda maravilhada com aquilo que supõe ser uma grande novidade, foram suscitadas noutros países).

As cláusulas gerais são vistas, por muitos, como manifestação de comodismo e de inabilidade do legislador.

Ao invés de tipificar e regular os comportamentos humanos, o legislador teria delegado a incumbência ao Poder Judiciário.

Além disso, a doutrina tem realçado (e, ao nosso ver, com razão) que o sistema de cláusulas gerais compromete, ao menos num momento inicial, a segurança e a certeza, pois os indivíduos ficam sem condições de adequadamente prever o que podem, não podem ou devem fazer.

Diz-se que o comprometimento ocorreria num momento inicial, pois, com o passar do tempo, a jurisprudência estratificaria os padrões de comportamento.

No entanto, em países continentais como o nosso, é simplesmente impossível saber quanto tempo demorará até que essa estratificação ocorra, se é que vai algum dia ocorrer³⁵.

E se a insegurança, a imprevisibilidade e a incerteza prejudicam as relações entre particulares, o que não dizer no âmbito das relações empresariais?

Por fim, o sistema de cláusulas gerais tem ainda merecido críticas por induzir o aplicador da lei a uma exegese unificada e generalizante das relações jurídicas, o que é claramente equivocado. Relações empresariais não podem jamais receber a mesma análise de uma relação meramente civil, pois distintos são os valores e os pressupostos.

A regra de conduta geral e abstrata, extraída da aplicação de uma cláusula geral, sofre variações no âmbito empresarial e no âmbito civil. Isto, basicamente, porque, como já ressaltamos, o empresário é sempre um profissional e exerce uma atividade empresarial.

Convém, por isso, repelir quaisquer exegeses toscas que pretendam submeter situações díspares a uma mesma solução, apenas porque a cláusula geral aplicável é a mesma.

Em suma: das críticas feitas, a primeira é de ordem filosófica; a segunda é mera constatação de algo que é da essência do sistema de cláusulas gerais; e, a terceira, por fim, é crítica mal direcionada, pois o defeito não estaria no sistema de cláusulas gerais, mas na formação deficiente dos aplicadores da lei.

³⁵ Até 2002, várias regras do Código Comercial de 1850 ainda suscitavam exegeses conflitantes. Quanto tempo demorará até que as regras do CC-2002 recebam inteligência razoavelmente uniforme?

Aliás, o tema da insegurança gerada, ao menos inicialmente, pelas cláusulas gerais, tem peculiar impacto no que atualmente a Análise Econômica do Direito (AED) denomina de “custos de transação”.

As cláusulas gerais, sendo normas vagas e abertas, não apresentariam, de plano, a solução jurídica certa para os casos concretos.

Tal insegurança aumentaria os custos de transação e, por via reflexa, as falhas de mercado, gerando ineficiência³⁶.

Segundo a AED, a criação de uma ficção jurídica, chamada de pessoa jurídica, é desiderato da evolução do mercado, forte na necessidade de conferir maior eficácia, rapidez e agilidade na circulação de riquezas, diminuindo, destarte, os custos de transação.

Ronald H. Coase sustenta que “*although production could be carried out in a completely decentralized way by means of contracts between individuals, the fact that it costs something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market transactions whenever their costs were less than costs of carrying out the transactions through the market*”³⁷.

A teoria econômica do direito contribui muito neste aspecto, elucidando que o enxugamento da teia contratual diminui os custos no mercado.

A empresa constitui um organismo social determinante para a evolução do capitalismo, conjugando elementos substanciais, como estruturação de capital,

³⁶ Vide, sobre o assunto, Richard Posner, Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_51-75/53.Posner.Values.pdf>. Ronald Coase, The nature of the firm e The problem of social cost, in The firm, the market, and the law, Francesco Carnelutti, La certezza del diritto, in Oñate, La certezza del diritto. Tullio Ascarelli, Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, pp. 55-78.

³⁷ Ronald Coase, The Firm, The Market and The Law, p. 7.

organização administrativa, direitos e deveres endógenos e exógenos, centralizando e organizando a produção.

Uma estrutura jurídica que possibilite atenuar os custos transacionais, aumentando o desempenho econômico próprio e do mercado, promovendo o desenvolvimento econômico e social sempre será desejável.

E as cláusulas gerais, como subespécie de normas jurídicas, atuam neste contexto, assim como naquele antes analisado, como fundamento – pela facilitação das transações comerciais – e, como limitadoras da atividade – atuantes no plano de eficácia da atividade empresarial perante terceiros.

Todavia, a par de ser possível se reconhecer que, em um primeiro momento – aquele no qual a interpretação jurisprudencial não está solidificada –, as cláusulas gerais poderiam aumentar os custos de transação, sua aplicação como princípio norteador da interpretação da atividade econômica moderniza o sistema jurídico, tutelando interesses institucionais reconhecidos e reconhecíveis, com eficácia intersubjetiva (ex: contratos empresariais) e transubjetiva (ex: reflexo no meio ambiente, direito concorrencial).

A modernização sistêmica está em situar a cláusula geral e, portanto, a eficiência econômica da atividade, no plano da eficácia, na aplicação das normas e não, conforme outrora sustentado por Richard. A. Posner³⁸, no plano positivo-normativo.

Segundo o economista, na elaboração das normas jurídicas o legislador deveria atentar para as consequências e as alternativas – efeitos – visando atingir a melhor opção econômica.

Sua teoria, muito embora economicamente brilhante, é juridicamente frágil e imperfeita, pois incide na mesma falha do positivismo retórico de Kelsen, Ross e Hart, da completude normativa.

Em resumo, apesar de, em um primeiro momento, conferirem menor segurança ao sistema, aumentando os custos de transação, as cláusulas gerais, como a função social da propriedade, a função social do contrato, a boa-fé objetiva, etc., diminuem o impacto de outra falha de mercado, qual seja, aquelas que os economistas denominam de externalidades.

Além disso, *a posteriori*, após a solidificação dos *standards* comportamentais pelos magistrados, o critério segurança volverá ao plano fático, afastando-se, por fim, a única implicação negativa das cláusulas gerais, remanescendo, então, somente seus aspectos positivos e saudáveis ao mercado³⁹.

10 A tutela da confiança e os negócios empresariais

Malgrado a unificação formal do direito privado, o direito empresarial continua sendo um ramo autônomo e sujeito à influência de distintos valores⁴⁰.

Assim, embora a unificação das obrigações implique a superação do que o Prof. Fábio Konder Comparato chamou de “duplicidade de normas legais, referente a algumas obrigações privadas”⁴¹, não leva à conclusão de que ambos os sistemas, civil e comercial, estariam submetidos a idênticos princípios.

³⁸ Richard Posner, *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*.

³⁹ Bom exemplo disto ocorreu na Itália, onde, atualmente, há vastíssimo material acerca da interpretação das cláusulas gerais, como, por exemplo, a obra de Cabella Pisu e Nanni, *Clausole e principi generali nella argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*.

⁴⁰ Conforme aponta Ferrara, “mentre i rapporti tradizionalmente civili hanno per lo più un contenuto economico-sociale semplice e tradizionalmente noto onde l’indagine degli studiosi gravita o addirittura si esaurisce nell’aspetto formale, invece i rapporti commerciali hanno di regola una complessità economica ed un tecnicismo che occorre preventivamente indagare se vuole intendersene la disciplina” (Francesco Ferrara, *Gli imprenditori e le società*, pp. 10 e ss. e 18 e ss.). Tradução livre: “enquanto os relatórios tradicionalmente civis apresentam um conteúdo um tanto econômico-social simples e tradicionalmente conhecido onde a investigação dos estudiosos gravita ou até se esgota no aspecto formal, enquanto os relatórios comerciais têm como regra uma complexidade econômica e um tecnicismo que necessita de pesquisa se desejar entender a disciplina”.

⁴¹ Fábio Konder Comparato. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, p. 246.

Ora, esses princípios peculiares do direito comercial informam a sua interpretação, como aliás anotou Ferrara, identificando a existência de “princípios diretivos que são diversos e opostos em relação àqueles que valem para as mesmas relações dos outros setores.

O valor da autonomia manifesta-se no campo da interpretação, porque importa a necessidade de, no âmbito daquele setor, antepor o regulamento à aplicação do direito comum, que se deduz da analogia e dos princípios gerais do sistema autônomo”⁴².

Ignorar essa realidade evidente e querer submeter todos os indivíduos a soluções idênticas constitui grave equívoco.

É por esta razão que, em se tratando da tutela da confiança no âmbito da atividade empresarial, naturalmente há que se levar em consideração tudo o quanto foi antes exposto, de forma a melhor solucionar as questões surgidas no dia-a-dia da atividade negocial.

11 Dos fundamentos históricos e econômicos da proteção à legítima confiança

No estado natural, o homem é livre, segundo Espinoza, de dizer e desdizer-se:

“Suponhamos alguém que, verbalmente, deu a sua palavra para cumprir esta ou aquela acção, que, do ponto de vista do exercício do seu direito pessoal, pode abster-se de cumprir. Ou ao contrário, que deu a sua palavra para se abster de uma acção que pode realizar. A palavra dada só mantém a sua validade enquanto não se alterar a vontade de quem se comprometeu.

⁴² No original: “principi direttivi che sono diversi ed opposti rispetto a quelli che valgono per gli stessi rapporti degli altri settori. Il valore dell’autonomia si manifesta nel campo dell’interpretazione, perchè importa la necessità di anteporre, nell’ambito del settore, il regolamento che si desume dall’analogia e dai principi generali del sistema autonomo, all’applicazione del diritto comune” (Francesco Ferrara, Gli imprenditori e le società, p. 8). Tradução livre: “princípios diretivos que são diversos e opostos em relação àqueles que valem pelos mesmos relatórios de outros setores. O valor da autonomia se manifesta no campo da interpretação, porque importa a necessidade de antepor, no âmbito do setor, o regulamento que se deduz da analogia e dos princípios gerais do sistema autônomo, à aplicação do direito comum”.

*Na verdade, uma vez que detém o poder de retomar a sua palavra, de nenhuma forma poderá ter alienado o seu direito, mas só expressou meras palavras. Por conseguinte, bastará que aquele homem, que permaneceu em virtude do direito natural o único árbitro das suas acções, considere desvantajosa a palavra dada. Pouco importa que essa apreciação seja ou não errónea, pois o ser humano é falível. Contudo, se, ele estima que a sua palavra deva ser retomada, retoma-la-á de pleno direito natural.*⁴³

O pensamento astucioso do filósofo da liberdade não encontraria acolhimento nos tempos dos grandes juriconsultos romanos do século VI, que formularam no Digesto⁴⁴ a regra segundo a qual —grave est fidem fallere (é grave trair a confiança ou faltar à palavra).

A noção jurídica de expectativa é medieval e canônica. Entendia-se que o bispo detinha, com relação ao território da diocese, *ius in re*. O coadjutor detinha *ius ad rem*, porque na hipótese de vacância da sede, assumia o cargo.

Tratava-se de uma expectativa de direito que é direito real, dado que tem suas características de inerência e funcionalidade. Este regime determinava a possibilidade de uma tutela mínima dos interesses do coadjutor, que poderia, por exemplo, ajuizar possessórias para tutelar sua situação jurídica.

⁴³ Tradução livre. Versão francesa original: —Admettons que quelqu'un ait donné sa parole verbalement, d'accomplir telle ou telle action, dont, du point de vue de l'exercice de son droit personnel, il pourrait s'abstenir. Ou au contraire qu'il ait donné sa parole de s'abstenir d'une action, qu'il pourrait accomplir. Cette parole reste valide seulement tant que la volonté de celui qui s'engageait ne change pas. En vérité, du fait qu'il détient la puissance de reprendre sa parole, il n'a nullement aliéné son droit, mais n'a engagé que des mots. Par conséquent, il suffit que cet homme, demeuré en vertu du droit de nature seul arbitre de ses actions, considère la parole donnée comme plus désavantageuse qu'avantageuse. Peu importe que cette appréciation soi ou non erronée, car l'être humain est faillible. Néanmoins, si, quant à lui, il estime que sa parole doit être reprise, il la reprendra d'un plein droit de naturel. SPINOZA, —Traité de l'autorité politique, publié en 1677 dans les Opera posthuma, trad. franç. in Spinoza, Oeuvres complètes, éd. La Pléiade, 1954, p. 928; Apud Terré, F., Smiler, P. et Lequette, Y., Les Obligations, p. 5; Fauvarque-Cosson, Bénédicte, La Confiance Légitime et l'Estoppel, vol. 11.3.

⁴⁴ Digesto 13,5,1 vide Fernanda Carrilho, Dicionário de Latim Jurídico, n.º 4422, p. 165.

Tem-se como indubitável que a finalidade precípua do princípio em tela, é resguardar aquele que aderiu de boa-fé, ao sentido da conduta inicial, impedindo que a incoerência e a ruptura da confiança, possam lhe ocasionar prejuízos Anderson Schreiber⁴⁵ assim aduz sobre a finalidade do proteção: “eis, aliás, o que há de mais sedutor no *nemo potest venire contra factum proprium*, e o que consiste na sua mais nobre função, qual seja, a de correção das injustiças provocadas pelo formalismo excessivo do sistema jurídico positivo”.

Em segundo lugar, podemos destacar outra concepção da função social dos contratos diz respeito ao caráter solidário dos contratos, e a necessidade de uma “nova” forma de abordagem dos contratos que prime pela sua dimensão social e não mais pela estrita vontade das partes proveniente do princípio da liberdade contratual, como já mencionado. Segundo essa perspectiva, há uma preocupação com os objetivos sociais do sistema, que devem ser tutelados tanto nas relações contratuais que envolvam efeitos externos quanto naquelas que digam respeito tão somente à interesses patrimoniais individuais. Segundo essa visão de funcionalização da autonomia privada, não haveria oposição entre a autonomia da vontade e a função social do contrato, mas intrinsecamente, posto que a finalidade social seria a justificativa da autonomia contratual¹⁷, como prescrito no art. 421 do Código Civil ao utilizar a expressão “em razão”.

Em terceiro lugar, cumpre ainda ressaltar que a limitação da autonomia da vontade também pode ser justificada pela necessidade de reequilibrar relações econômicas entre agentes que possuem posições econômicas particularmente díspares na relação contratual.

Nesta concepção, podemos destacar a preocupação nítida com questões de caráter distributivo, que excede as análises usualmente promovidas pela corrente da análise econômica do Direito.

⁴⁵ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 137.

Os autores da análise econômica defendem, em regra, que preocupações de ordem distributiva sejam direcionadas apenas para medidas mais diretamente relacionadas com a distribuição, como a arrecadação de impostos, a concessão de subsídios públicos, a implementação de obras infraestruturas, obras de melhoria da qualidade de vida de indivíduos menos favorecidas, e medidas semelhantes.

Sobretudo no Direito Privado, consideram que preocupações com aspectos distributivos podem gerar perdas de eficiência indesejáveis, sobretudo se levarmos em consideração as limitações enfrentadas pelo Poder Judiciário no momento de aplicação das normas contratuais.

No entanto, a doutrina jurídica predominante no Brasil continua a considerar relevante a consideração de questões distributivas como parte integrante do Direito Privado, e encara essa aplicação como o resultado de uma longa evolução histórica deste Direito.

Por fim, outro aspecto relevante a ser considerado diz respeito a frequente ausência de informações completas para as partes. De acordo com a teoria neoclássica, as trocas econômicas são eficientes de Pareto quando realizadas em cenário de custos de transação iguais a zero. Entretanto, a realidade é marcada por elevados custos de transação que geram assimetria de informações entre as partes, justificando por vezes a limitação da autonomia da vontade dos contratantes.

Neste sentido, a proteção à confiança cumpre importante papel ao estipular deveres de prestação de informações, evitando comportamentos oportunistas indesejáveis.

Portanto, a proteção da confiança não é apenas uma questão meramente ética ou moral⁴⁶. Ela se consubstancia em uma necessidade do próprio modelo jurídico e

⁴⁶ A confiança, de fato, tem implicações econômicas relevantes. Tais implicações, com base nas lições da Análise Econômica do Direito, estão abordadas não apenas neste item, mas também em outras passagens deste Trabalho.

do contexto social contemporâneo. Isto porque a proteção da confiança legítima assume duplo papel no ordenamento, na medida em que atua como uma proteção das legítimas expectativas e, concomitantemente, funciona como justificativa da vinculação das partes à relação jurídica.

É neste contexto que a confiança possui uma dupla dimensão. No aspecto negativo, busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros, permitindo aos indivíduos prosseguir com suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, perpetrada por terceiros.

De outro lado, sob a perspectiva positiva, a proteção da confiança pelo ordenamento funciona como verdadeira justificação da vinculação de terceiros aos negócios jurídicos de que participam.

Assumindo-se que a relação obrigacional surge do próprio contato social entre as partes (e não especificamente do contrato), bem como que é a partir desse ponto que a relação se desenvolve, teleologicamente, rumo à satisfação do interesse das partes envolvidas, torna-se certo que a confiança entre as partes é um importante elemento da vinculação destas à referida relação.

É nesta medida em que da confiança exsurtem os deveres de não criar ou sustentar indevidamente as expectativas das outras partes, bem como de prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas⁴⁷.

Desta forma, sem uma adequada proteção da confiança legítima, o sistema jurídico não estará cumprindo de forma satisfatória seu papel, pois é através desta proteção que o ordenamento não apenas garante a segurança e a confiabilidade nas relações sociais, mas também, de maneira reflexa, acaba por fortalecer a própria “confiança” no ordenamento jurídico.

⁴⁷ Judith Martins-Costa, A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança, pp. 114-115.

Muito menos suscitará o entusiasmo e a adesão dos juristas dos nossos tempos. Com efeito, a moral contemporânea reprova uma atuação que falte à fé jurada, à palavra dada. Carneiro da Frada observa, na sua Tese de Doutorado, a reprovabilidade ética do defraudar injustificado de uma atitude de confiança que se suscitou⁴⁸. Ainda que a palavra dada não implique sempre a formação de um contrato, ela poderá suscitar no espírito de outrem uma expectativa legítima que mereça a tutela do direito.

As relações entre pessoas, ensina o Prof. Pais de Vasconcelos, pressupõe um mínimo de confiança sem a qual não seriam possíveis; de confiança na outra parte e confiança nas circunstâncias do negócio e nas aparências. É o denominado princípio da tutela da confiança que assume duas componentes inseparáveis: uma ético-jurídica e outra de segurança no tráfico jurídico.⁴⁹⁵⁰

No dizer do Prof. Moura Vicente, a tutela da confiança revela-se *prima facie* como um princípio concretizador do Estado de Direito, uma exigência *sine qua non* para a segurança do tráfico jurídico e uma vida coletiva pacífica e de cooperação⁷. O equilíbrio social e a paz jurídica assentam largamente na permanência das posições jurídicas e na realização das legítimas expectativas geradas nas relações entre privados e entre estes e o Estado. Fundam-se na tutela da confiança, nomeadamente, a não retroatividade das leis, o efeito de caso julgado das sentenças e a adopção de critérios objetivos de interpretação e integração dos negócios jurídicos.⁵¹⁵²

⁴⁸ Manuel Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, p. 26.

⁴⁹ Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria geral do direito civil, pp. 19 e ss.

⁵⁰ Oliveira Ascensão defende que: “a confiança pode ser tomada como realidade: abstracta, potencial ou concreta. 1) Abstracta: a confiança é factor pré-legislativo. A regra visará criar um ambiente de confiança, mas não há que pesquisar se essa confiança foi realmente criada. O direccionamento à confiança servirá apenas como factor de interpretação das normas. 2) Potencial: exige-se a verificação histórica numa situação potencialmente apta a criar confiança; mas prescinde-se da verificação da criação subjectiva de confiança, em consequência dessa situação. 3) Concreta: implica a criação histórica numa posição de confiança dum sujeito, perante certa situação. É esta que verdadeiramente interessa, como realidade pessoal e subjectiva. As outras são ainda realidades objectivas, e assim estranhas ao sujeito. Só tem inconvenientes designá-las por si como manifestação do princípio da confiança. (...)” (José de Oliveira Ascensão, Direito civil – teoria geral, vol. II, pp. 395-396).

⁵¹ Dario Moura Vicente, Da responsabilidade pré contratual, pp. 42-43.

É necessário, assim, proteger a confiança depositada, como meio de fortalecer o papel da responsabilização dos sujeitos através da relação jurídica e também a segurança jurídica, tanto dessas relações como do ordenamento.

12 Delineamento da tutela da confiança

Como dito anteriormente, o direito brasileiro ainda carece de um debate mais aprofundado sobre o princípio da confiança.

Antes de adentrar a uma análise mais detalhada da confiança, mostra-se de todo necessária a análise e conceituação de princípio.

De fato, todo grupo harmônico de regras positivadas é apenas o resumo, o substrato de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas do interpretador das leis, os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem, para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

A respeito dos princípios gerais do Direito, estes progressivamente transformados em princípios constitucionais, são reconhecidos como a base e o teor da eficácia que a doutrina mais recente e moderna, em voga nas esferas contemporâneas da

⁵² O Supremo Tribunal de Justiça português, no seu recente Acórdão de 07-07-2010, afirmou que o “princípio da confiança surge como um dos princípios fundamentais por que se deve reger o ordenamento jurídico” Proc. 4865/07.7 TVLSB.L1.S1; <http://www.dgsi.pt>.

Ciência Constitucional, lhes reconhece e confere, escorada em legítimas razões e excelentes argumentos.

A juridicidade dos princípios passa por três fases distintas e que são de fundamental importância para que o operador de Direito se apegue e se interesse por eles:

Na primeira fase, denominada de jusnaturalista, os princípios revelam uma natureza por demais abstrata. Sua normatividade é um tanto quanto nula e duvidosa, contrastando com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.

Esta fase predominou durante um longo período, até o advento da Escola Histórica do Direito. Finalmente, o jusnaturalismo concebe os princípios gerais do Direito em forma de axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela razão. São, dessa forma, normas universais de bem obrar, princípios de justiça, constitutivos de um Direito idealizado, constituídos por verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.

Durante a fase positivista, sustentou-se que princípios gerais do Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento. Estes princípios se induzem por via de abstração ou sucessivas generalizações do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares.

Os princípios já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos no mesmo. Seu valor lhes vem não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis. Entrementes, essa ideia que faz o positivismo de manter um conteúdo principiológico com meras pautas programáticas supraleais, carece e muito de normatividade, o que acaba por estabelecer a sua irrelevância no ordenamento jurídico.

A fase pós-positivista, por sua vez, deve seu início no final do século XX. As Constituições promulgadas daí em diante passam a acentuar a “hegemonia axiológica dos princípios, que são convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta

todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. Os teóricos desse neopositivismo, em especial Dworkin, colocariam abaixo as doutrinas naturalistas e positivistas.

A fim de buscar um delineamento deste requisito, faz-se necessário compreender o que são os denominados “princípios implícitos do ordenamento jurídico”.

Em um sistema jurídico existem determinados princípios que independem de disposição legislativa específica, já que sua presença no ordenamento jurídico independe da manifestação do legislador.

Isto porque tais princípios, longe de serem questão de mera conveniência e oportunidade para o legislador ordinário, representam o próprio fundamento do sistema. É o caso, no direito brasileiro, do princípio da confiança que, mesmo não tendo qualquer previsão legislativa sobre sua existência ou conteúdo, é tão ínsito ao nosso sistema jurídico que ignorá-lo seria o mesmo que ignorar o ordenamento como um todo.

Esses princípios, enquanto concretizações da ideia de justiça material, funcionam como a base do próprio ordenamento jurídico – ao lado, é claro, de princípios explícitos, que possuam a mesma relação com a ideia de justiça material.

Como expôs Karl Larenz, os “princípios ético-jurídicos” distinguem-se dos “princípios técnico-jurídicos”, que se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça; por este motivo, podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da ideia de Direito, tal como este se revela na ‘consciência jurídica geral’, neste estágio da evolução histórica⁵³.

⁵³ Karl Larenz, Metodologia da ciência do direito, p. 599. Segundo o Autor, trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, quando um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei.

Assim, embora tais princípios estejam além da norma formal e de uma intenção explícita do legislador, eles encontram respaldo e extraem sua força cogente da própria ideia de Direito.

Seu reconhecimento, portanto, nada mais significa do que privilegiar a *ratio juris*. E o princípio da confiança legítima é um desses princípios implícitos em nosso ordenamento jurídico. Mesmo sem disposição legislativa expressa consagrando-o, tal princípio permeia todo o ordenamento jurídico e se reflete em inúmeras disposições consagradas no plano legislativo.

Como manifestações desse princípio, é possível citar, por exemplo, as várias situações em que a confiança é expressamente protegida no Código de Defesa do Consumidor, a proteção dada à teoria da aparência, a proteção geral contra o comportamento contraditório e a proteção dada à confiança na esfera da relação entre o particular e a Administração Pública.

Partindo desta análise dos princípios, pode-se afirmar que o da confiança compreende a ideia de que os sujeitos se ligam a relações jurídicas específicas em virtude de representações manifestadas por terceiros, independentemente de uma maior ponderação sobre todas as consequências causais dessa adesão.

E esse fato ocorre, exclusivamente, pela confiança depositada na outra pessoa ou na própria relação jurídica⁵⁴. Faz-se mister ressaltar, no entanto, que essa confiança não compreende hipóteses de falta de diligência e ingenuidade. Na verdade, o conceito juridicamente protegido se liga à ideia de que a confiança consiste em uma necessidade social na medida em que os agentes precisam eliminar algumas das possibilidades que lhe são diuturnamente oferecidas, a fim de reduzir a complexidade social e permitir uma intervenção mais eficaz nas suas redes de relações.

⁵⁴ Segundo Luhmann, “sem qualquer confiança, [o homem] não deixaria de manhã a sua cama. Um medo indefinido, um horror paralisante iria assaltá-lo. Nem sequer poderia formular uma desconfiança definida e torna-la base de disposições defensivas; porque isso implicaria que ele confiasse noutros sentidos. Tudo seria possível. Ninguém aguenta uma confrontação imediata deste gênero com a elevada complexidade do mundo” (*in* Vertrauem/Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 1).

13 Breves considerações sobre a tutela da confiança em outros países

França

No Código Civil Francês de 1804 (*Code Napoléon*) a boa-fé assentou-se em duas acepções.

A subjetiva, ligada ao estado de ignorância do sujeito, e a objetiva, ligada ao reforço do vínculo contratual. Porém, esta não obteve o desenvolvimento satisfatório (conteúdo útil), dado à influência da Escola da Exegese e observância ao rigor do método da exegese⁵⁵⁶. Assim, apenas a boa-fé de caráter subjetivo desenvolve-se em França.

Alemanha

Ligada à teoria da aparência, a confiança foi explorada, com maior ou menor ênfase ou clareza, já no início do século vinte, por autores germânicos como H. Meyer ou M. Wellspacher, e depois por P. Oertmann ou H. Stroll⁵⁷.

Mais tarde apareceram obras tratando-a em extensão, na sua importância para o direito privado em geral ou em outros setores da ordem jurídica⁵⁸.

⁵⁵ Menezes Cordeiro, Da boa fé no direito civil, p.402.

⁵⁶ Menezes Cordeiro, Da boa fé no direito civil, pp.247, 253 e 265.

⁵⁷ cfr., respectivamente, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, Munique 1909, Das Vertrauen auf äussere Tatbestante im burgerlinchen Recht, Wien, 1906, Grundsätzliches zur Lehre vom Tectsschein, ZHR, 95 (1930), 443 ss., Haftung aus Bescheinigung, AcP 135 (1932), 89 ss.

⁵⁸ vide, v.g., H. Eichler, Die Tectslehre vom Vetrauen, Tübingen 1950, Von Craushaar, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, cit. E K.-H. Larenz, Das Vertrauensschutz – Prinzip / Zugleich eine notwendige Besinnung auf die Grundlagen unserer Rechtsordnung, Berlim, 1968

Decisivos na história da dogmática da confiança apresentam-se, ainda, Kurt Ballerstedt⁵⁹ e E Helmut Coing⁶⁰. Dentro da sua diversidade, todas estas incursões no domínio da confiança – e poderiam ser citados outros autores – constituíram o prelúdio para a obra síntese de Canaris⁶¹.

A importância da obra de Canaris resulta não apenas da fecundidade crítica do pensamento, ligada a um singular poder de construção teórica sistemática, mas, desde logo, do método empregado e da fidelidade a ele.

Isto porque o Autor procede a uma rigorosa análise dos diversos *tatbestande* em que o pensamento se manifesta no direito positivo e, a partir deles, ensaia a construção de uma parte geral, através de um procedimento indutivo que partiu das valorações do direito então vigente e não de reflexões apriorísticas sobre a matéria.

No aspecto prático, a origem do princípio da proteção da confiança legítima, em sua vertente segurança jurídica, é corriqueiramente atribuída ao *leading case* da jurisprudência alemã, narrado por Couto e Silva⁶², Coviello⁶³ e Calmes⁶⁴.

Trata-se de julgado precursor do Superior Tribunal Administrativo de Berlim (*Oberverwaltungsgericht*), datado de 14 de novembro de 1956, o qual foi posteriormente confirmado pela Corte Administrativa Federal em 20.10.1959, em que uma viúva de funcionário público recebeu, por intermédio de ato administrativo, promessa de

⁵⁹ Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951), pp. 501 e ss.

⁶⁰ in Staundinger Kommentar, 11ª edição, Berlin, 1957.

⁶¹ Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht.

⁶² Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da lei do processo administrativo da união (Lei nº 9.784/99). p. 07.

⁶³ Pedro José Jorge Coviello, *La protección de la confianza del administrado: derecho argentino y derecho comparado*, pp. 37-38.

⁶⁴ Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime*, p. 11.

que faria jus a rendimentos de uma pensão caso se mudasse da Alemanha Oriental para Berlim Ocidental.

Confiando na correção da informação prestada pela Administração Pública, a viúva mudou-se para Berlim Ocidental, gozando da percepção da pensão por aproximadamente um ano.

Posteriormente, no entanto, a Administração verificou que os pressupostos legais para a concessão do benefício supostamente não teriam sido adimplidos, o que ocasionou a suspensão dos pagamentos, bem como a determinação de devolução de todos os valores pagos com base naquele ato.

Nessa toada é que decidiu a corte administrativa pela manutenção do ato estatal em favor da viúva, em prestígio à proteção da confiança por ela depositada na Administração Pública.

No sistema alemão, é mais do que conhecida a ligação entre confiança e boa-fé, sendo esta quase sempre definida como a proteção daquela.

Porém, somente após a 1ª guerra mundial, a doutrina e jurisprudência alemã, devido aos conflitos surgidos a partir das transformações sociais e econômicas provocadas pela guerra, deram nova guinada ao princípio, o qual passou a assumir suas atuais feições, de acepção objetiva, sendo que o mesmo passou a ser preenchido e sistematizado pela atuação criativa dos tribunais.

Neste diapasão, definiu Karl Larenz⁶⁵ “que o fundamento da boa fé (*Treu und Glauben*) extrai o sentido do seu termo do fato de que cada um deve cumprir a

⁶⁵ Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil. 1. Band. München: Beck, 1982. p. 116. Tradução livre (No original: “Der Grundsatz vom, Treu und Glauben’ besagt seinem Wortsinn nach, daß jeder in, Treu’ zu seinem gegebenen Worte stehen und das Vertrauen, das die unerläßliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen bildet, nicht enttäuschen oder mißbrauchen, daß er sich so verhalten soll, wie es von einem redlich Denkenden erwartet werden kann”). Alejandro Borda (La teoria de los actos próprios, p. 38) vai no mesmo sentido: Una construcción derivada del principio general de la buena fe es la teoría de los propios actos, que se enmarca dentro de los límites que la buena fe impone, y que refuerza la seguridad negocial; por

própria palavra dada, que a confiança (*Vertrauen*), que compõe o fundamento vital de toda a relação humana, não pode ser frustrada ou mal utilizada, e que cada um deve agir da forma como os demais podem legitimamente esperar”.

No direito germânico a fórmula *treu und glauben* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*treu* ou *treue*) e crença (*glauben* ou *glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados.

No direito germânico a boa-fé liga-se, como explicitado acima, às ideias de lealdade e crença, determinando o comportamento conforme estas. Portanto, o dever de agir com lealdade e crença corresponde ao cumprimento exato dos deveres assumidos.

O Código de Napoleão trouxe em seu texto o princípio da boa-fé objetiva no art. 1.134, que dispunha que “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram.

Só podem ser elas revogadas pelo mútuo consentimento, ou pelas causas que a lei prevê. Apesar disso, o princípio da boa-fé objetiva não foi desenvolvido, já que, naquele momento histórico, havia o apego à lei (escola da exegese) e primava-se pela interpretação literal, diminuindo-se a discricionariedade do aplicador da lei.

Somente com o Código Civil Alemão (*BGB*) que o princípio da boa-fé passou a ter maior amplitude, segundo o § 242 “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”. Contudo, essa efetivação e ampliação só se deram após a primeira guerra mundial e com as mudanças de paradigmas naquele País.

lo demás la contradicción con una conducta anterior constituyes – en gran número de casos – una infracción al principio general de la buena fe.

A jurisprudência comercial alemã já vinha reconhecendo a importância da boa-fé como regra de conduta; contudo, a índole mais aberta tão ansiada por Menger ainda não encontrara o terreno adequado para frutificar.

Nem com a entrada em vigor, em 1900, do *BGB*, monumental codificação que fazia referência à boa-fé em diversas disposições, foi, a princípio, capaz de alterar este quadro.

Se os primeiros anos do século não trouxeram mudanças substanciais, em contrapartida, o cenário resultante da primeira guerra mundial era avassalador. Por óbvio, na Alemanha (não só derrotada na guerra como humilhada pelo Tratado de Versalhes) o movimento foi mais intenso, ocasionando uma grande instabilidade social, a qual se tornaria o pano de fundo para o surgimento da constituição de Weimar, em 1919.

É a partir deste quadro de transformações que a jurisprudência alemã viria a revolucionar a interpretação da boa-fé objetiva, principalmente através de uma compreensão mais aberta do §242 do *BGB*.

14 A tutela da confiança e a boa-fé

Outro ponto que merece ser analisado consiste em identificar como o princípio da confiança legítima se relaciona com os demais princípios jurídicos, ou melhor, como ele se insere em uma suposta escala de princípios e sub-princípios.

Isto porque, nos trabalhos sobre o assunto, ora se verificam menções de que a confiança seria uma decorrência do princípio da boa-fé, ora que o princípio da boa-fé é que seria uma decorrência do princípio da confiança e, até mesmo, que boa-fé e confiança seriam princípios que coexistem e possuem a mesma ordem de hierarquia.

Acerca do tema, frise-se que, na Jornada de Direito Civil de 2006, foi editado o Enunciado nº 362, que buscou orientar o entendimento sobre o art. 422 do Código Civil.

Seus termos são: “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 referido enunciado, há a referência de que o princípio da proteção da confiança legítima extrair-se-ia da boa-fé (arts. 187 e 422 do Código Civil).

Tal vinculação provocou debates e críticas ao teor do Enunciado, sob o fundamento de que a boa-fé e a confiança são princípios de igual hierarquia e que funcionam numa relação de complementaridade. Os dois, portanto, atuariam na relação obrigacional para atingir os fins desta, qual seja, a consecução dos interesses das partes.

Se o enunciado n. 362, da IV Jornada de Direito Civil, é objeto de críticas e ressalvas, o mesmo não pode ser dito do Enunciado n. 363, da mesma Jornada, que asseverou: “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

Voltando à questão da análise da boa-fé e da confiança, a fim de analisar a questão, adota-se como ponto de partida, o Direito Alemão, já que este consiste em referência obrigatória ao se tratar do tema.

No que se refere ao direito brasileiro, Anderson Schreiber⁶⁶ fundamenta o princípio da confiança como conteúdo da boa-fé objetiva e forte expressão da solidariedade social, justificando, assim, o assento constitucional do princípio da confiança.

O princípio da confiança mantém analogia com a proteção da confiança depositada pelos sujeitos no tráfego jurídico. A relação entre o princípio da confiança e a boa fé é deveras estreita.

⁶⁶ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 90.

Aquele se mostra como princípio fundamental para a concretização deste, ao passo que, nas relações jurídicas, deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada.

Neste sentido, Sylvia Calmes assevera que *“l’exigence de bonne foi est invoquée, en Suisse souvent, en Allemagne parfois, comme étant la source directe du principe de protection de la confiance. Mais si elle en constitue bien un élément fondamental, elle ne nous paraît, dans tous les cas, entrer en ligne de compte qu’en tant que condition devant nécessairement être remplie pour la protection puisse effectivement jouer”*⁶⁷.

José de Oliveira Ascensão, de outro lado, sustenta que boa-fé e a confiança são grandezas que não se tocam, mas se complementam, ou melhor, são princípios que coexistem de forma independente um do outro, e não um em decorrência do outro.

Conforme nossa doutrina aponta, o princípio da boa-fé, na sua vertente objetiva, representa um padrão de conduta imposto a todas as partes de uma relação jurídica.

Esse padrão, do ponto de vista funcional, aproxima o conteúdo da relação de uma verdadeira relação de cooperação, pela qual, respeitando-se os interesses legítimos do outro, há a imposição de deveres às partes ou mesmo limitações aos direitos destas. Isto, com o objetivo de concretizar os fins da relação obrigacional como um todo.

A *boa-fé objetiva* apresenta cunho social, a depender sempre da situação concreta na qual essa condição possa ser avaliada. Seu requisito fundamental é a *alteridade* – a compreensão do outro.

⁶⁷ Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance legitime em droit allemand, communautaire et français*, p. 227.

Se o princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*, realçam os juristas do Direito Privado as funções mais importantes da boa-fé na formação e execução das obrigações: **a)** como fonte criadora de deveres especiais nos contratos, a saber, de informar, de colaborar, de avisar, de cuidar "do outro"; **b)** como limitação ao exercício dos direitos subjetivos, coibindo-se o abuso e a não razoabilidade da conduta de cada uma das partes; **c)** como fonte de concreção das relações e de interpretação e reinterpretação dos contratos.

Boa-fé significa, portanto, ação refletida que visa não apenas o próprio bem, mas o bem do parceiro contratual. A ação deve ser conduzida pela virtude, significa respeitar as expectativas razoáveis do parceiro, agir com lealdade, não causar lesão ou desvantagem e cooperar para atingir o bem das obrigações.

É nesse sentido que o princípio da boa-fé se revela como fonte de novos deveres ou obrigações especiais, os denominados deveres de conduta, tais como: os deveres de esclarecimentos (incide sobre a obrigação de prestar todas as informações que se façam necessárias), deveres de proteção (incide sobre a obrigação de evitar danos), deveres de lealdade (incide sobre a obrigação de comportar-se com lealdade e evitar desequilíbrios), deveres de transparência (incide sobre a obrigação de, na publicidade e marketing, prestar boa, clara e correta informação), além de outros.

Nessa perspectiva, que até o momento não sofreu séria contestação, há uma separação ontológico-funcional entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima.

A confiança não consiste no dever de cooperação imposto às partes, mas liga-se, conforme asseverou Judith Martins-Costa⁶⁸, à geração de expectativas legítimas, cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever jurídico de manter a confiança

⁶⁸ Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento Contratual. p. 98.

suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).

Trata-se de uma diferenciação sutil, é verdade, especialmente porque, na relação jurídica concreta, os dois princípios costumam incidir de forma complementar.

Além disso, a distinção entre violação da confiança e violação da boa-fé objetiva não é, nem poderia ser, uma divisão absoluta, em que as hipóteses de violação de um dos princípios não atingiria o outro.

Assim é que nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas impostas pela boa-fé às partes de uma relação jurídica, também se insere a exigência de não suscitar ou sustentar indevidamente a confiança de outrem, evitando que a outra parte crie representações falsas ou temerárias.

De qualquer forma, ainda que a proximidade da confiança e da boa-fé possa, à primeira vista, induzir a uma confusão, essa diferenciação é fundamental para compreender as inúmeras relações nas quais existe apenas um dos dois princípios, sem que isso implique menor proteção à relação ou à situação jurídica criada.

Por outro lado, nos casos em que a confiança se funda na aparência de legitimidade jurídica de outra pessoa, não há qualquer relevância a invocação e a aplicação do princípio da boa-fé⁶⁹. Nessas hipóteses fica claro que são princípios coexistentes e que não possuem uma relação de hierarquia.

Não existiria, portanto, uma relação princípio/sub-princípio entre os a confiança e a boa-fé. O princípio da boa-fé tem sua fonte no princípio da solidariedade social, o princípio da confiança encontra seus fundamentos, principalmente, na concretização do princípio da segurança jurídica.

15 A tutela da confiança e o *nemo potest venire contra factum proprium*

A boa-fé objetiva atua como modo de interpretar negócios jurídicos (Código Civil, art. 113), como fonte de criação de deveres secundários de prestação (Código Civil, art. 422) e como limitação ao exercício do direito subjetivo em sentido amplo (Código Civil, art. 187).

Ainda que não façam, muitas vezes, recurso explícito à categoria, os tribunais, por vezes, recorrem à boa-fé objetiva ao vedar comportamentos que se contradigam entre si, praticados pelo mesmo sujeito de direitos.

Ou seja, implicitamente, adotam a ideia de boa-fé como coerência de comportamento.

Um bom exemplo desta aplicação denota-se através de uma breve análise do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento de demanda envolvendo seguradora e segurado.

Segundo a decisão, a seguradora não poderia se eximir mediante cláusula exonerativa de responsabilidade nos casos em que não tivesse realizado vistoria prévia no imóvel dos autores:

*“De todo descabida a pretensão da seguradora, que deixou de realizar vistoria prévia ou de exigir a nota fiscal dos bens quando da contratação do seguro, quando evidentemente, lhe era conveniente captar o cliente, e que disso se vale coma intenção de arbitrar a seu bel prazer o valor do prejuízo”*⁷⁰.

⁶⁹ Carlos Nelson Konder, *A proteção da aparência como princípio*, p.114.

⁷⁰ TJRS, 2ª T., Recurso Inominado 71000703181, rel. Des. Luiz Antônio Alves Capra, v.u., j. 31.08.2005 (Bol. AASP 2458, p. 1.156).

Na hipótese, afastou-se a questão justamente pela teoria dos atos próprios⁷¹, que veda os comportamentos contraditórios.

Constata-se, pois, que, na prática, a boa-fé objetiva apresenta vários papéis fundamentais no sistema de direito positivo.

O instituto é utilizado com a função de imputar a responsabilidade extracontratual diante da ruptura imotivada de negociações, de vedar o exercício inadmissível de posições jurídicas, de impedir a quebra da base do negócio jurídico, determinando, quando esta se romper, um reequilíbrio das prestações negociais de acordo com a alteração das circunstâncias advindas.

Além disso, a boa-fé possui importante função na criação de deveres anexos ou instrumentais que, pela incidência da cláusula geral, obrigam as partes contratantes independentemente da declaração de vontade e mesmo contra ela, bem como é utilizada para vedar o chamado *venire contra factum proprium*.

Venire contra factum proprium significa vir contra um fato próprio. A teoria dos atos próprios prescreve que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado, conquanto este tenha uma função orientativa, ou seja, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles.

71 Ao examinar o conceito da teoria dos atos próprios, Alejandro Borda observa que os autores a identificam com o *nemo potest venire contra factum proprium* e reconhece que ambos se identificam, em linhas gerais. De fato, a definição oferecida à teoria dos atos próprios por Alejandro Borda revela a proximidade dos conceitos: “Uma regra de direito derivada do princípio geral de boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita, mas objetivamente contraditória com relação a comportamento anterior efetuado pela mesma pessoa”. Aparentemente, o autor distingue ambos apenas por atribuir conceito mais restrito ao *nemo potest venire contra factum proprium*, que significaria apenas a impossibilidade de exercer direito de modo contraditório com comportamento anterior. Tal conclusão se reforça na passagem de sua obra em que a teoria dos atos próprios deve orientar a conduta das pessoas em três aspectos: dar o que é devido para não contrariar conduta anterior; não provocar danos a interesse alheio, nem abusar dos próprios direitos; e “dar mesmo o que não é devido para não descumprir a obrigação de ser devedor de uma doação anterior que jamais poderá ser devolvida nem a Deus, nem à humanidade”. Tal afirmação indica que o autor identifica na teoria dos atos próprios uma maior abrangência, capaz de compreender o *nemo potest venire contra factum proprium* (La teoría de los actos propios, p 78).

Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade na relação.

Em determinados jogos iterados, o próprio comportamento dos agentes passa a integrar as regras do jogo, principalmente naqueles que exigem de per si cooperação.

Por conta de que a vinculação pessoal deriva de ato próprio daquele contra quem se invoca o *venire*, a teoria que o visa coibir é também conhecida como teoria dos atos próprios.

Nota-se uma verdadeira eficácia vinculativa de atos, ainda que não se tratem de atos jurídicos em sentido estrito. Aquele que os pratica, gera confiança na outra parte de que aquela orientação de conduta seria mantida e, ao alterar o comportamento, imprimindo-lhe direção oposta àquela original, frustra a expectativa de confiança e viola a boa-fé objetiva.

Tal fenômeno agrava-se nas situações em que há legítimo investimento econômico pautado por aquela expectativa, pois então se verifica, ainda com maior intensidade, o dano jurídico a merecer prevenção ou reparação.

Na pioneira obra de Riezler⁷², que parece ter sido a primeira a tratar da matéria de modo sistemático, são identificadas quatro situações paradigmáticas, segundo informa Menezes Cordeiro⁷³, de *venire*: a) o cumprimento voluntário de negócio jurídico inválido, b) a constituição de uma determinada situação jurídica por decisão unilateral e potestativa de uma pessoa, c) a criação de situação de aparência em que as pessoas confiam e d) criação de risco conexa a uma situação jurídica.

⁷² Erwin Riezler, *Venire contra factum proprium – Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, p. 110 e ss. e p. 131 e ss.

⁷³ A *boa fé no direito civil*, p. 366.

Por fim, reconhece no *turpitudinem suam allegans non auditur* – aquele que alega a sua torpeza não deve ser ouvido - uma situação de recurso ao próprio não direito.⁷⁴

Mas antes de aprofundar na teoria dos atos próprios, é preciso apresentar a moldura maior dentro da qual se move, qual seja a das denominadas figuras parcelares de boa-fé objetiva.

Para compreender a boa-fé objetiva, especialmente no campo obrigacional, é absolutamente imprescindível compreender que se trata de cláusula geral e, portanto, dificilmente definível, diante da maleabilidade e fluidez das hipóteses de sua aplicação.

Muito antes que isso, a boa-fé objetiva determina a necessária descrição de tipos de situações em que é particularmente relevante e aplicável a fim de que por meio destes tipos seja possível compreender o papel típico da figura do *venire*.

A boa-fé objetiva se desenvolve na proibição do *venire contra factum proprium*, nos institutos da *supressio* e da *surrectio*, ou, ainda, no instituto processual anglo-saxão do *stoppel*, ressaltando que, no Direito Privado e, com mais razão, no Direito Público, a proteção da confiança das expectativas criadas e o respeito à lealdade transformam-se em importantes equivalentes funcionais ou em acopladores estruturantes e estabilizadores do sistema.

A propósito do axioma *nemo potest venire contra factum proprium*, Judith Martins-Costa (que insere esse instituto no âmbito do *princípio da boa-fé objetiva*) anota que incorre nessa proibição "quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois

⁷⁴ Erwin Riezler, *Venire contra factum proprium – Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, p. 110 e ss. e p. 131 e ss.

comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo"⁷⁵.

Esclarece, ainda, que "o verdadeiro desenvolvimento do *venire contra factum proprium*, na Alemanha, ocorreu por volta da década de 70 do Século XX, com as construções que lograram associá-lo ao princípio da boa-fé objetiva"⁷⁶.

Estabelece-se, assim, uma relação entre o *venire* e boa-fé objetiva, concluindo-se que não é necessário analisar-se aspectos psicológicos, nem mesmo a errônea crença, nem a má-fé ou a negligência culpável como elementos da expectativa criada na contraparte.

Nessa perspectiva, o instituto não consiste em uma proibição da má-fé, ou uma garantia de manutenção da verdade, mas uma aplicação do princípio da confiança no tráfico jurídico.

A boa-fé, segundo a insuperável classificação feita por Menezes Cordeiro ao tratar do exercício inadmissível das posições jurídicas⁷⁷, apresentaria oito figuras parcelares, ou seja, tipos de argumentos recorrentes com vistas a sua aplicação tópica. Entre eles estariam o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *supressio* e a *surrectio*.

Considerando que os elementos acima consistem em figuras parcelares de uma cláusula geral e não requisitos necessários para uma definição conceitual, para a aplicação do instituto não é necessário que todos os elementos citados estejam presentes.

⁷⁵ A boa fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional, p. 78.

⁷⁶ A boa fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional, p. 79.

⁷⁷ A boa fé no direito civil, p. 257.

De outro lado, se nem todos os elementos devem necessariamente estar presentes, também é verdade que uma mesma situação jurídica pode ser reconduzida a mais de uma das figuras parcelares da boa-fé.

Denota-se, pois, a íntima ligação entre o *venire* e a boa-fé objetiva.

Esta, em uma de suas diversas facetas, caracteriza-se como um verdadeiro princípio constitucional, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e relacionado à solidariedade, eticidade e sociabilidade do novel diploma civil.

Pode ser vislumbrada como um valor, norteador de todo o ordenamento jurídico, exprimindo-se como o princípio da confiança, da lealdade, intimamente ligada à honestidade e probidade com a qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais.

Relaciona-se, também, intimamente às cláusulas gerais, à teoria do abuso do direito, à lealdade processual e por derradeiro, à vedação das condutas ou dos comportamentos contraditórios.

Isto porque, ao mesmo tempo em que se exige um padrão de comportamento de um determinado indivíduo, pode se dispor que se encontra ínsita a necessidade de coerência, qual seja, que o indivíduo pratique os comportamentos necessários, de acordo com o padrão do homem mediano e em harmonia com as suas condutas anteriores.

Não seria exagero se afirmar que a repugnância à incoerência é tão antiga quanto as noções do princípio da boa-fé objetiva e pode ser encontrada registrada na própria história universal, desde os gregos e romanos, sendo até mesmo considerada como indispensável para a própria evolução humana.

Nos dizeres de Anderson Schreiber:

“A repugnância à incoerência é um sentimento tão inato ao ser humano quanto à própria incoerência. O comportamento incoerente, entendido como aquele que se põe em desarmonia, em desconexão, e, especialmente, em contradição com um comportamento anterior, é condenado em inúmeros registros da cultura universal”⁷⁸.

(...)

“Sem embargo de tudo isto, e muito embora seja a coerência geralmente apontada entre as mais altas qualidades humanas, não se pode dizer que a incoerência, a contradição, a mudança de comportamento estejam afastadas deste campo. De fato, a incoerência, no sentido de rompimento com o estado ou conduta anterior, aparece como passo necessário à própria evolução do homem”⁷⁹.

Embora as noções de incoerência e a interpretação destas sejam necessárias para a evolução humana, faz-se mister destacar que, com relação à história do direito, já houve diversas formas de tratamento dispensado ao tema e que, atualmente, o contexto é de vedação de toda e qualquer conduta contraditória, existindo até mesmo um princípio jurídico de proibição ao comportamento contraditório.

A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da sociedade contemporânea, e, especialmente, no que pertine ao ordenamento jurídico brasileiro, foi expressamente consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Pode se preceituar que, atualmente, este princípio é complementado pelos ditames de solidariedade expressos pelo novo Código Civil, tidos como uma verdadeira reação às noções individualistas e ao absolutismo do princípio da autonomia da vontade.

⁷⁸ A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 9.

⁷⁹ A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 12.

A liberdade e a autonomia privada passam a estar condicionadas ao atendimento dos anseios humanitários.

Explica Anderson Schreiber sobre a solidariedade atual:

“O conceito contemporâneo de dignidade humana é assim informado pela solidariedade. E, da mesma forma, a concepção atual da solidariedade não pode ser entendida senão como “instrumento e resultado” da dignidade humana. Difere assim de outras concepções, anteriores, de solidariedade que exigiam a renúncia de aspectos da própria personalidade – liberdade, integridade psicofísica, privacidade – em favor do grupo, da comunidade ou do Estado. A solidariedade contemporânea não é coletivista, mas humanitária: dirige-se ao desenvolvimento não do grupo, mas da personalidade de todas as pessoas. O solidarismo atual não se confunde nem com o coletivismo, nem com o individualismo. [...] O solidarismo contemporâneo reage contra a ética liberal-individualista, e exige a tutela da condição humana, de todas as pessoas, e, sobretudo, entre todas as pessoas. Impõe o reconhecimento de que toda atuação individual repercute, de alguma forma, sobre os outros, e nos torna todos responsáveis pela preservação da alheia condição humana”⁸⁰.

Foi nesse sentido que a solidariedade foi incorporada pelas Constituições contemporâneas. É sabido que a boa-fé objetiva se relaciona à limitação ao exercício da autonomia privada e, ademais, que o princípio da confiança que deve nortear todas as relações jurídicas, independentemente de qualquer questionamento subjetivo. Por conseguinte, também possui íntimos pontos de contato com a solidariedade social, a cooperação e a lealdade entre as partes e a vedação das condutas contraditórias⁸¹.

⁸⁰ A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, pp. 49-50.

⁸¹ “Embora a construção inicial da boa-fé objetiva – como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes – tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé

Completa Teresa Negreiros que “o princípio da boa-fé nos parece um destes instrumentos jurídicos capazes de conformar o direito civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente”⁸².

O Código Civil de 1916, do mesmo modo com que não continha expressamente norma consagradora do princípio da boa-fé objetiva, também não tratava do tema da vedação do comportamento contraditório nas relações jurídicas.

O novo diploma substancial, todavia, também não trouxe uma norma geral expressa acerca da proibição das condutas contraditórias, optando, mais uma vez, pelas normas casuísticas.

Nas palavras de Anderson Schreiber, o diploma, em decorrência de seu longo período de tramitação, não poderia promover qualquer inovação relevante neste assunto:

*“(...) Não se poderia esperar que o novo Código Civil brasileiro inovasse trazendo uma norma geral expressa de proibição ao comportamento contraditório. Repetiu, contudo, aquelas diversas normas casuísticas – passadas do direito romano às codificações europeias e daí ao Código Civil de 1916 -, que parecem revelar uma subjacente repressão legislativa ao comportamento incoerente”*⁸³.

alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes” (Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 79).

⁸² Teoria do contrato: novos paradigmas, p. 269.

⁸³ A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 69.

Diversos exemplos de repressão ao comportamento contraditório podem ser extraídos de nossa legislação, mais precisamente, citem-se os artigos 175, 428, 476, 491 e 619 do atual Código Civil.

É correto afirmar que, assim como a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, também a vedação da conduta contraditória o possui. Justamente por essa razão, a aplicação de suas noções não se restringe ao âmbito contratual ou obrigacional, mas, pelo contrário, estende-se a todas as relações jurídicas.

A falta de normatização específica deve ser suprida com a inclusão de seus preceitos na cláusula geral da boa-fé. Assim sintetiza Anderson Schreiber, ressaltando, inclusive, o fundamento constitucional⁸⁴:

“Em síntese, portanto, pode-se dizer que, à falta de norma específica que consagre o nemo potest venire contra factum proprium, sua inclusão no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva facilita a sua aplicação às relações privadas. Todavia, mesmo reconhecendo-se no artigo 422 do Código Civil um importante fundamento normativo para o princípio de proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro, não se pode ignorar seu fundamento constitucional, nomeadamente o artigo 3º, inciso I, da Constituição da República, que consagra a solidariedade social. Deste modo, não se exclui a sua aplicação, por meio de outros institutos, naqueles campos em que, por hipótese, não se venha a admitir a incidência da boa-fé objetiva. Eis a solução que parece mais razoável a luz da própria finalidade do nemo potest venire contra factum proprium, pois (i) sendo ele destinado a evitar rupturas de confiança pela adoção de comportamentos contraditórios, e (ii) sendo a confiança um fenômeno fático, humano, não limitado pelas linhas teóricas do direito contratual ou do direito privado, não há qualquer razão para que o princípio de proibição do comportamento contraditório hesite em ultrapassá-las”.

⁸⁴ A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, pp. 103-104.

Em resumo, como dito anteriormente, de acordo com a doutrina majoritária, pode-se dispor que a boa-fé objetiva comporta uma tríplice função, quais sejam, interpretativa (constante do artigo 113 do Código Civil), integrativa ou criadora de deveres anexos (artigo 422) e controladora ou restritiva ao exercício de direitos (artigo 187).

Não se pretende, por ora, explicar acerca do conteúdo e da importância de cada uma dessas funções⁸⁵. Interessa, apenas, salientar que a vedação do comportamento contraditório é decorrência lógica da terceira função da boa-fé, qual seja, do controle ao exercício de direitos.

Esta função tem o objetivo de impedir o exercício de direitos ou de posições jurídicas em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve permear as relações jurídicas⁸⁶.

A tutela da confiança, do comportamento leal, insere-se no campo da solidarização do direito e valoriza a dimensão social do exercício dos direitos em toda relação jurídica.

Segundo Menezes Cordeiro⁸⁷:

⁸⁵ O que será feito mais adiante neste Trabalho.

⁸⁶ “A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conforme aos standards impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé. Assim, o indivíduo, ao mesmo tempo em que respeita (e deve respeitar) os ditames da boa-fé objetiva, obedece às normas de vedação ao comportamento contraditório. (...) Esta leal consideração pela posição da contraparte, pelas suas particularidades e seus interesses, consiste na razão do amplo desenvolvimento da boa-fé objetiva em um direito contemporâneo dirigido à realização da solidariedade social, e se confunde mesmo com o seu conteúdo [...]. (Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, pp. 83-84).

*A confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas. A confiança contorna, ainda, o problema dogmático, de solução intrincada, emergente da impossibilidade jurídica de vincular, permanentemente, as pessoas aos comportamentos uma vez assumidos. [...] A confiança dá um critério para a proibição do venire contra factum proprium. [...].*⁸⁸

Em nosso ordenamento jurídico, a proibição ao comportamento contraditório tem por fim a manutenção da coerência em todas as relações jurídicas e a efetivação dos ditames do princípio da boa-fé objetiva e da lealdade.

A noção do “venire contra factum proprium” se insere perfeitamente na tutela da confiança e na efetivação dos ditames da boa-fé.

Menezes Cordeiro⁸⁹, assim explica o significado e o real conteúdo desta expressão:

A locução ‘venire contra factum proprium’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido

⁸⁷ A boa fé no direito civil, p. 756.

⁸⁸ “A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. [...] Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade da tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. [...] Daí o aviso lançado também entre nós, segundo o qual a ‘revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o direito civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais’. [...] A tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo”. (Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 109).

⁸⁹ A boa fé no direito civil, pp. 742, 745 e 746.

anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. A articulação interna do ‘venire contra factum proprium’, o seu âmbito, a sua fundamentação, as suas ligações às outras regulações típicas do exercício inadmissível dos direitos e, até, a sua recondução à boa-fé suscitam, pelo contrário, controvérsias acesas.

(...)

Venire contra factum proprium postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o factum proprium – é, porém, contrariado pelo segundo. [...] Só se considera como ‘venire contra factum proprium’ a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo factum proprium e o segundo comportamento do autor. Ora, para a caracterização de um suposto comportamento contraditório, é óbvia a necessidade de prática de dois comportamentos, pelo indivíduo, lícitos em si e em tempo diverso. Ademais, deve ser ressaltado que esta incoerência só é vedada no momento em que puder violar as expectativas criadas numa contraparte ou terceiro e causar-lhe prejuízos.

Complementa Anderson Schreiber:

“Mais que contra a simples coerência, atenta o ‘venire contra factum proprium’ à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior”⁹⁰.

⁹⁰ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 90.

Assevere-se que o doutrinador Menezes Cordeiro⁹¹, propõe que a casuística da vedação do comportamento contraditório seja classificada em três grupos básicos:

A pessoa que manifeste a intenção de não praticar determinado acto e, depois, o pratique, pode ser condenada, em certas circunstâncias, ainda quando o acto em causa seja permitido, por integrar o conteúdo de um direito subjectivo. Pode ordenar-se a vasta casuística existente em três grupos. [...] Num primeiro, o titular-exercente manifesta a intenção de não exercer um direito potestativo, mas exerce-o. No segundo, o titular-exercente indicia não ir exercer um direito subjectivo comum, mas exerce-o. No terceiro, finalmente, a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de actuação e não de um direito subjectivo, potestativo ou comum; neste âmbito – autonomia privada, liberdade de deslocação, por exemplo – declara não ir tomar determinada atitude, mas acaba por assumi-la. Esta hipótese de ‘venire contra factum proprium’ não tem sido suficientemente esclarecida pela doutrina e jurisprudência. De facto, ela prende-se com a possibilidade de constituição de obrigações através de comportamentos concludentes ou com a simples discussão em torno dos modos de produzir declarações negociais. [...]

Observe-se que todos os exemplos específicos de vedação ao comportamento contraditório citados no Código Civil podem ser encaixados em um destes três grupos, e, além disso, sempre deve se atentar a dois fatores: primeiro, que, em alguns dos casos, não se tem por objetivo a manutenção do comportamento anterior, haja vista que este é antijurídico; e, em segundo plano, que a norma sempre leva em consideração um elemento adicional, qual seja, a confiança (despertada na outra parte) e, que, por óbvio, relaciona-se aos ditames da boa-fé.

Mais uma vez, podem ser utilizadas as palavras de Anderson Schreiber⁹²:

⁹¹ A boa fé no direito civil, pp. 747-749.

[...] Por trás de qualquer norma em que se possa vislumbrar vedação ao comportamento contraditório pode-se sempre identificar a tutela da confiança. Não se trata, contudo, de situações em que seja tecnicamente aplicável o nemo potest venire contra factum proprium. Nas hipóteses em que a lei autoriza o comportamento contraditório (v.g. artigos 428, IV, 791 e 1.969), não se poderia mesmo cogitar de sua aplicação, diante do posicionamento legislativo expresso. Ainda que venha a surgir, na prática, a confiança, a própria previsão legal de revogabilidade ou mudança de comportamento a tornaria ilegítima, em um sistema que impõe a todos o conhecimento da lei..

(...)

De igual maneira, nas hipóteses em que se prevê de forma expressa a vedação ao comportamento contraditório (v.g., artigos 175, 476 e 491), a impossibilidade de vir contra os próprios atos não deriva aí – ao menos não diretamente – de um princípio segundo o qual o nemo potest venire contra factum proprium, mas de regras específicas ditadas pelo Código Civil. Não se deve, tampouco nestes casos, proceder a investigações acerca da existência ou não de confiança legítima, porque ela foi presumida, incorporando-se positivamente no texto legal a solução que pareceu ao legislador mais adequada. O mesmo acontece com relação àqueles atos considerados vinculantes pelo próprio ordenamento, que já determina sanções para sua contradição. A violação a uma estipulação contratual, por exemplo, não configura em nosso sistema jurídico um venire contra factum proprium, mas inadimplemento contratual em sentido estrito. A invocação do nemo potest venire contra factum proprium nestas situações é desnecessária. Pode se concluir que a vedação da conduta contraditória se aplica apenas aos atos não originariamente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não tenha expressamente se manifestado.

⁹² Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 93.

E por Menezes Cordeiro:

“A hipótese de um exercício inadmissível de direitos postula, contudo, que a posição jurídica de cuja actuação se trate não seja, directamente, interferida por normas jurídicas, ainda que de aplicação analógica. Trata-se da tutela da confiança por meio da vedação da incoerência. Aplica-se a cláusula geral da boa-fé no sentido de proteger as legítimas expectativas criadas na contraparte ou em terceiro”⁹³.

Conclui Anderson Schreiber⁹⁴, acerca dos fundamentos do “nemo potest venire contra factum proprium”:

A tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial. [...] Em outras palavras, é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do nemo potest venire contra factum proprium.

Prefere-se a consideração do “nemo potest venire contra factum proprium” como integrante do princípio expresso da boa-fé do que como princípio geral de direito, no sentido de facilitar a sua aplicação e não tão somente relegá-lo a uma função integradora do sistema, atuando em caso de lacunas. Tal enquadramento é possível,

⁹³ A boa fé no direito civil, p. 748.

⁹⁴ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 95.

conforme já fora afirmado, em razão da função da boa-fé de controle do exercício de direitos.

Por derradeiro, as normas específicas que vedam o comportamento contraditório assumem o caráter meramente ilustrativo. São apenas exemplos.

Além disso, deve ser ressaltado que o princípio da boa-fé e as normas de proibição do comportamento contraditório têm o mesmo alcance – podem ser aplicados em todas as relações jurídicas, com as mesmas limitações. Explicita Anderson Schreiber⁹⁵:

“Na concepção vinculada à boa-fé, aqui adotada, o nemo potest venire contra factum proprium desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral. A análise das normas específicas que proíbem o comportamento contraditório adquire, assim, valor meramente ilustrativo. E a referência ao nemo potest venire contra factum proprium como um princípio de proibição do comportamento contraditório ganha não o sentido clássico, de princípio geral de direito, entendido como meio subsidiário de integração de lacunas do sistema jurídico, mas tão somente o significado de um comando de conteúdo não-casuístico, genérico, abrangente de uma série relativamente ampla de situações. [...] A segunda consequência de se indicar a boa-fé como fundamento do nemo potest venire contra factum proprium e reflexo da primeira, é a necessidade de se admitir que o princípio de proibição do comportamento contraditório sofre as mesmas limitações que a cláusula geral na qual se insere”.

E complementa Menezes Cordeiro⁹⁶:

⁹⁵ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 98-99.

⁹⁶ A boa fé no direito civil, p. 751.

“Em suma: a proibição de venire contra factum proprium traduz a vocação ética, psicológica e social da regra pacta sunt servanda para a juspositividade, mesmo naqueles casos específicos em que a ordem jurídica estabelecida, por razões estudadas, por desadaptação ou por incompleição, lha negue. [...] O vincular uma pessoa às suas atitudes faz sentido, em particular, quando tenham um beneficiário; este, por seu turno, não poderia recusar as necessárias contrapartidas. As permissões normativas esgotar-se-iam no primeiro exercício e todo o relacionamento social converter-se-ia num edifício rígido de deveres irrecusáveis. A essência do jurídico contradiz, por si, tal possibilidade: numa crítica clássica, mas ainda actual, às tentativas de redução do Direito à sociologia, deve ter-se presente que o direito não sanciona o que está; tem uma vocação efectiva para dirigir, num sentido ou noutro, os comportamentos humanos”.

Assim sendo, denota-se que a vedação ao comportamento contraditório, ao mesmo tempo em que dirige, num sentido ou em outro, os comportamentos dos indivíduos, é, ante todo o exposto, instrumento de realização do valor constitucional da confiança e da boa-fé.

16 A tutela da confiança e o *tu quoque*

Tu quoque significa “e tu também”, em alusão à frase de Júlio César dita a Brutus, em março de 44 a.C., ao perceber que seu filho adotivo, Brutus, o apunhalou, daí a expressão: “*tu quoque, Brute, file mi?*”, cuja tradução é “- Até tu, Brutus, meu filho?”. Como podemos depreender, *tu quoque* é uma expressão de surpresa, que nos remete a uma interjeição de espanto, decepção.

Aplica-se o *tu quoque* nas hipóteses em que uma das partes adota um comportamento dentro do contrato que viola seu conteúdo e, apesar disto, exige de seu parceiro contratual um comportamento conforme à avença firmada.

Existe uma contradição em que um dos sujeitos na relação obrigacional exige um comportamento de outrem com fundamento em um acerto que ele mesmo deixou de cumprir.

Segundo Menezes Cordeiro, o *tu quoque* possui tríplice função: a) manter, dentro do espaço contratual, o equilíbrio sinalagmático, b) manter o equilíbrio do exercício de direitos subjetivos que deferem o mesmo conteúdo de bens e, também, c) vedando o que se possa entender como abuso de direito, que na prática se trata de atuação de posição jurídica de que não se é titular ou que foi obtida de modo indevido.⁹⁷

A figura que melhor representa o *tu quoque* é a exceção do contrato não cumprido. Através deste modelo, a pretensão ao cumprimento, nos contratos bilaterais só é plenamente eficaz se lhe for subjacente o desempenho da prestação a ela diretamente vinculada.

Nesta linha, segundo o art. 476, do Código Civil, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Neste caso específico, a exceção paralisa a pretensão, ou seja, impede que seja juridicamente tutelada de modo a satisfazer o seu conteúdo.

⁹⁷ A descrição do *tu quoque* a partir desta perspectiva é feita com clareza por Menezes Cordeiro: “Parta-se do direito subjetivo, paradigma de posições jurídicas individuais. Qualquer atribuição jussubjetiva tem, subjacente, não só a situação do titular-beneficiário, mas a de outros membros do espaço jurídico. A concessão de uma permissão normativa específica de aproveitamento é, num ponto de vista ontológico não estereotipado, possivelmente, a cominação de deveres a outras pessoas – caso dos direitos relativos e de direitos absolutos que, implicando situações de conflito, pressuponham esquemas relativos para os dirimir, como sucede no caso típico da vizinhança – e, necessariamente, a colocação de não-permissões para todos os não-beneficiários. Toda a conjunção permissão-dever-não permissão exprime uma regulação material querida, com efetividade, pelo Direito. Esta – e não um jogo formal de posições jurídicas envolvidas desenraizadas – concita o interesse e a preocupação do jurídico. A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito subjetivo, não pode, depois, pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio de base, sofre-lhe as consequências. A nova situação criada altera a configuração da posição jurídica do exercente; no limite, pode ir até à extinção” (Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 851).

O enunciado, em termos de *tu quoque*, equivale a dizer: não se pode cobrar enquanto tiver havido o pagamento do quanto se deve; se o fizer, a conduta é surpreendente e, a fim de resguardar a previsibilidade e a confiança, o direito fornece um meio de tutela.

Além da exceção do contrato não cumprido, tem-se, ainda, como exemplos de vedação ao *tu quoque*, a estruturação da tutela dos direitos de vizinhança, que procura equilibrar o direito de propriedade com a segurança dos vizinhos (Código Civil, art. 1277, *caput*) e a vedação aos atos emulativos (Código Civil, art. 1228, § 2º).

Verifica-se, pois, que o *tu quoque* consiste na concretização do princípio do sinalagma, que garante, no âmbito obrigacional, as conexões existentes entre as prestações e mostra a necessidade de que haja um equilíbrio no exercício de direitos resultantes da mesma fonte jurídica.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior⁹⁸, citando Antônio Junqueira de Azevedo, afirma que:

“Em termos jurídicos, o tu quoque se caracteriza pela mudança de valoração em relação à mesma situação, ou seja, o sujeito, diante de duas situações idênticas, adota dois critérios valorativos completamente distintos, ou seja, vale-se da ‘utilização de dois pesos e duas medidas’ ”.

Entretanto, Menezes de Cordeiro⁹⁹ aduz que, na figura do *tu quoque*, “a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se”.

⁹⁸ Antônio Junqueira de Azevedo, *apud* Aldemiro Rezende Dantas Júnior, Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé, p. 380.

⁹⁹ Da boa fé no direito civil . p. 843.

Um exemplo clássico citado pela doutrina, diz respeito ao artigo 180 do Código Civil de 2002¹⁰⁰, em que o incapaz relativo, sem assistência, minora sua idade e depois tenta desfazer-se do negócio jurídico, alegando sua própria incapacidade.

Da mesma forma, no âmbito do Direito Empresarial, afasta-se a anulação, requerida pela própria parte, por incapacidade.

Confira-se, neste sentido, a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“Aplicação da Teoria da Aparência, a fim de que se proceda à defesa da credibilidade dos negócios jurídicos comutativos, como o da espécie. E “é exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, e por isso sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro que contrata com uma sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente”. (Rubens Requião, in “Curso de Direito Comercial”). Verifica-se a configuração da tu quoque, espécie de abuso do direito, quando da adoção indevida pela apelante de uma primeira conduta que se mostra incompatível com a conduta posterior, comportamento contraditório este que deve ser combatido, sob pena de estar-se privilegiando a torpeza da mesma e, até mesmo, o seu locupletamento”¹⁰¹.

Em outras palavras, a pessoa que viola uma regra jurídica não pode invocar a mesma regra a seu favor, sem violar a boa-fé objetiva, na modalidade denominada *tu quoque*, a qual possui outros enunciados conhecidos, como *turpitudinem suam allegans non auditur*, ou, ainda, *equity must come with clean hands*.

¹⁰⁰ Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

¹⁰¹ MINAS GERAIS (Estado). Apelação Cível. Anulação de Contrato. Vício na representação da pessoa jurídica. Descabimento. Teoria da Aparência. Comportamento contraditório. Abuso de direito. Tu quoque. Improvimento. Apelação Cível nº 1.0024.05.863126-8/001. Relator Des. Hilda Teixeira da Costa. Acórdão

17 A tutela da confiança e o abuso de direito

A teoria do abuso de direito se relaciona aos temas da boa-fé objetiva e da litigância de má-fé. Por derradeiro, não poderia deixar de ser levantada a sua conexão com o tópico da vedação da conduta contraditória.

Em linhas gerais, a teoria do abuso de direito preceitua que a existência de um direito não permite o exercício abusivo deste mesmo direito. O abuso de direito é um fato, o qual possui como causa originária a má compreensão do direito.

Ademais, a teoria do abuso de direito possibilita uma verdadeira correlação entre dois pontos de grande relevância no direito: a boa-fé objetiva e o exercício dos direitos subjetivos.

Uma parte não pode abusar de um direito que possui, nem de maneira proposital (assim se relacionando às lições da litigância de má-fé), nem tampouco desrespeitando um padrão de comportamento (e, por óbvio, desobedecendo a boa-fé objetiva).

Segundo a melhor doutrina, apesar de subsistirem divergências, a vedação do comportamento contraditório não deve ser considerada como uma espécie de abuso de direito e sim como um desdobramento do princípio da boa-fé, como consequência da sua função de controle ao exercício dos direitos.

Nas palavras de Anderson Schreiber (2005, p. 104):

[...] Há autores que se referem ao comportamento contraditório como espécie do gênero abuso do direito. Um exame inicial da doutrina poderia conduzir ao problema de se verificar se o venire contra factum proprium consiste, dogmaticamente, em uma violação à boa-fé objetiva ou em uma

espécie de abuso de direito. A discussão, embora alimentada por prestigiada doutrina, refere-se a um falso problema. Revela-o a própria compreensão da evolução histórica e do atual estágio do conceito de abuso de direito.

Assim sendo, pode-se concluir que o fato da norma de proibição do comportamento contraditório decorrer do princípio constitucional da boa-fé objetiva não a transforma, automaticamente, numa espécie de abuso de direito.

Com isto não se está a dizer que os institutos não estão relacionados. Muito pelo contrário. No entanto, é importante se observar que o ato abusivo é constatado no momento da violação do elemento axiológico da norma, qual seja, quando se desrespeita os valores contidos no ordenamento jurídico, atuando de forma contrária à ética, enquanto que, o comportamento contraditório se caracteriza quando o indivíduo pratica um comportamento lícito, mas incoerente com um comportamento outrora praticado (ou seja, há a necessidade de dois comportamentos distintos).

18 A tutela da confiança e a *exceptio doli*

A exceptio doli generalis veda o exercício de pretensões dirigidas contra a outra parte contratante de modo doloso.

Segundo Menezes Cordeiro, trata-se da “situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente”.¹⁰²

O motivo da impossibilidade de exercício da pretensão é justamente o fato de a outra parte ter agido com dolo.

em: 07 nov. 2010.

¹⁰² Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 719.

Assim, como obteve uma posição jurídica indevidamente, esta não pode ser exercida. Aquele contra quem se pretende exercer a aludida pretensão pode paralisá-la alegando a exceção de dolo.

Os romanos consideravam hipóteses de aplicação da *exceptio doli generalis* a demanda por um valor a título de empréstimo contratado, mas ainda não efetivado.¹⁰³ Diante de tal situação, o contratante poderia alegar a exceção, de forma a afastar a pretensão do contratado.

A *exceptio doli specialis*, por sua vez, consistiria em uma particularização da *exceptio doli generalis*, pois se refere a atos de caráter negocial e a atos dele decorrentes, quando o primeiro houvesse sido obtido com dolo.

Desta forma, a *generalis*, como o próprio nome diz, é gênero e a outra espécie. A diferença específica encontra-se nos casos em que a fonte da qual emana o possível direito é um negócio jurídico e não qualquer outra fonte.

Tais exceções foram estabelecidas a fim de evitar situações em que, de acordo com o direito civil, uma pessoa esteja obrigada e, nada obstante, resulte injusto que esta seja condenada em juízo.

A exceção de dolo tem sido pouco aplicada no Brasil, provavelmente devido ao fato de que possui um caráter excessivamente geral e uma aplicação que pode prejudicar a segurança jurídica, na medida em que não possui pressupostos concretos de verificação.

A par disso, trata-se de um recurso deveras útil para paralisar o exercício de alegados direitos subjetivos em sentido amplo, nos casos em que não se possa subsumir a hipótese, de forma clara, ao *venire* ou ao *tu quoque*.

19 A tutela da confiança e a *supressio* / *surrectio*

A *suppressio* verifica-se nas hipóteses em que o tempo implica a perda de uma situação jurídica subjetiva em hipóteses não subsumíveis nem à prescrição, nem à decadência.

A caducidade deriva de forma imediata da inação prolongada por segmento temporal significativo. Não se trata, portanto, de mera falta de ajuizamento de uma ação ou de uma reconvenção.

Os alemães denominam tal hipótese como *Verwirkung*, e pressupõe que um direito não seja exercido durante lapso de tempo razoavelmente largo. Por conta desta inatividade, o direito sob exame perderia sua eficácia, não podendo mais ser exercitado.

Suprime-se o exercício do direito porque o comportamento da parte que dele seria titular teria gerado em outra a representação de que o direito não seria mais exercitado.

A tutela da confiança, desta forma, imporia a necessidade de vedação ao comportamento contraditório. Através da *surrectio*, a prática reiterada de certos atos pode gerar no beneficiário a expectativa de continuidade¹⁰⁴.

A origem da *suppressio* é jurisprudencial, tendo sido usada nos julgados dos tribunais alemães, logo após a Primeira Guerra Mundial.

Face à maxidesvalorização do marco alemão no período pós-guerra, em virtude de uma inflação muito elevada na Alemanha, o credor retardava o recebimento do pagamento, fazendo com que a quantia devida subisse a níveis muito elevados, impossibilitando o pagamento pelo devedor.

¹⁰³ Inst. Gaio 4, 116-117.

¹⁰⁴ Leonardo de Medeiros Garcia, Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. p. 218.

Para coibir os abusos que estavam acontecendo, passaram os tribunais a decidir, que o exercício tardio do direito de receber era a causa do desequilíbrio das prestações, o que contrariava a boa-fé, poderia levar à perda desse exercício tardio.

Em 5 de julho de 1923, o *Reichsgericht* decretou a “perda” do direito à correção monetária por parte de um empreiteiro que havia retardado por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente acerca da pretensão de correção de preço.¹⁰⁵

A *suppressio*, portanto, significa a supressão da eficácia do exercício de um direito e ocorre quando o titular desse, se omite no exercício do poder legítimo por um longo lapso temporal, fazendo surgir na outra parte a *surrectio*, ou seja, a confiança que não mais será exercido o direito, trazendo para ela a aquisição de um direito subjetivo.

Para que haja a configuração da *suppressio* não há necessidade de se perquirir se houve dolo ou má-fé do titular do direito, haja vista que a preocupação desse instituto é proteger a contraparte pela confiança depositada naquela relação, e não punir a inércia do titular do direito.

Desse modo, são pressupostos para a ocorrência da *suppressio*: (i) a omissão no exercício do direito; (ii) o transcurso de um determinado período, geralmente variável; e, (iii) indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido.

Ordinariamente, a doutrina tem apontado para a necessidade da presença de três requisitos, conforme lembra Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

"Exige-se um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a surrectio. 106".

¹⁰⁵ Leonardo de Medeiros Garcia, Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. p. 217.

¹⁰⁶ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 324.

Anderson Schreiber¹⁰⁷ diz que o vínculo entre a *suppressio* e a noção de lealdade e confiança recíproca que caracterizam a boa-fé surge claramente na passagem de José Roberto de Castro Neves:

“A suppressio refere-se à demora desleal e anormal na realização de certo negócio. De acordo com o conceito, comprovada que a tardança não se justifica, a parte prejudicada fica liberada da obrigação. A ideia é, assim, afastar a exigência de uma obrigação cujo titular ficou inerte por período considerado incompatível”.

Deve-se distinguir a *suppressio*, a prescrição e decadência.

A *suppressio*, em relação ao lapso temporal para o exercício de um direito, guarda semelhança com a prescrição e decadência, mas não pode ser confundida com tais institutos, posto que para a análise destes, faz-se necessário apenas o lapso temporal previsto em lei e a inatividade do titular do direito, sendo despidendo que outras circunstâncias sejam analisadas.

Entretanto, para que haja a configuração da *suppressio*, além dos requisitos acima mencionados, há a necessidade de que na contraparte, tenha sido despertada a confiança de que aquele direito não mais seria exercido.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já decidiu pela aplicação dos princípios da *suppressio e surrectio*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ José Roberto de Castro Neves *apud* Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. p. 188.

¹⁰⁸ DISTRITO FEDERAL (Estado). Tribunal de Justiça Quarta Turma Cível. Civil e Processo Civil. Ação de Cobrança. Parcelas de Contrato de Transporte de caráter continuado. Cobrança que dista cerca de 17 (dezessete) anos desde o alegado inadimplemento. *Suppressio. Surrectio*. Princípios da Boa-fé Objetiva, da Confiança, do Abuso de Direito e do *Venire contra factum proprium* (Teoria dos “Fatos Próprios”). Apelação Cível nº 20070150117324. Relator Des. Cruz Macedo. Acórdão de 10 de dezembro de 2008. Portal JusBrasil. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/busca?q=SUPPRESSIO&s=jurisprudencia>. Acesso em: 23 jul. 2010.

Percebe-se que há uma aproximação entre as figuras da *supressio* e do *venire*. No entanto, no caso da *supressio*, seria a ausência de exercício do direito, ou seja, um comportamento omissivo, que implicaria na perda do direito ao exercício da pretensão, enquanto que, no *venire*, haveria a necessidade de uma conduta ativa.

Um exemplo típico de *supressio* é o uso de área comum por condômino em regime de exclusividade por período de tempo considerável, o que implicaria na supressão da pretensão de reintegração por parte do condomínio como um todo.

Neste sentido, importante precedente judicial brasileiro reconheceu a figura da *supressio* em situações jurídicas condominiais.¹⁰⁹

Nesta decisão, discutia-se se deveria prevalecer o critério de distribuição de vagas de garagem previsto na convenção (ordem de chegada dos veículos) ou o critério de sorteio, adotado consensualmente e não questionado há mais de vinte anos.

Caso se analisasse meramente o substrato jurídico estrito, a conclusão seria a de que deveria prevalecer o teor da convenção. No entanto, em virtude da ausência de exercício deste direito por longo período, a parte interessada restou impedida de obter a tutela pretendida.

Confiram-se alguns trechos do referido acórdão:

“(...) isso, porém não quer dizer que a posse prolongada e consensual entre todos os demais condôminos – salvo o autor embargante – não produza efeitos jurídicos. Essa situação sedimentada, embora não gere usucapião, tem como consequência, em razão da figura da supressio, a impossibilidade de mutação sem consentimento da maioria. (...) no venire contra factum proprium, não é permitido agir em contradição com comportamento anterior. A conduta antecedente gera legítimas expectativas em relação à contra-parte, de modo que não se admite a volta

sobre os próprios passos, com quebra da lealdade e da confiança. (...) Na supressio, a situação de um direito que, não tendo em certas circunstâncias sido exercido, por um determinado lapso de tempo, não mais pode sê-lo, por defraudar a confiança gerada. (...) Pois bem. A longa inércia do autor embargante acomodou os interesses dos demais condôminos, cada um ajustado ao seu espaço de garagem, às suas vantagens e incômodos, aos quais nos acostumamos pelo decurso do tempo. Não se mostra jurídico que a posição isolada e tardia de um único condômino, que de modo abrupto desperta de mais de uma década de inércia e contra a vontade de todos os demais, obrigue a um novo sorteio de vagas de garagem”.

Assim é que, no caso do julgado, o interessado na alteração do critério, durante longo tempo – era morador do edifício há mais de vinte anos, titular de direitos decorrentes de compromisso de compra e venda – não exerceu seu direito, implicando, desta forma, uma espécie de renúncia tácita ao seu conteúdo. Pela boa-fé objetiva, sua pretensão foi obstada, com fundamentos no *venire contra factum proprium* e na *supressio*.

Como se vê, consiste em violação à confiança e à boa-fé objetiva a tentativa de desfazer uma situação que restou consolidada por conta do comportamento omissivo do sujeito.

A décima sexta câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível nº 70005342332, em que foi relatora a desembargadora Helena Ruppenthal Cunha, apesar de não se convencer da ocorrência da *supressio* no caso posto sob análise no processo, claramente reconheceu a existência e a aplicação do instituto no direito brasileiro. A seguir segue a ementa desse processo:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO. PRELIMINAR DE SENTENÇA ULTRA PETITA E ILEGITIMIDADE DE PARTE. ACORDO DE NOVOS ALUGUÉIS NÃO COMPROVADO. Não há nulidade ou excesso da sentença que estabelece a condenação no limite do

¹⁰⁹ TJSP, 4ª Cam. Dir Priv, EI 304.405.4/3-02, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 12.01.2006, por maioria.

pedido, apenas em valor atualizado do débito. É o fiador parte legítima para a causa, responsável solidário até a desocupação do imóvel. Ainda que tenham ocorrido pagamentos em valores menores do que aqueles constantes do contrato escrito, a circunstância, por si só, não demonstra renegociação verbal quanto aos valores locatícios, ausentes outros elementos convincentes de prova quanto à alteração do contrato. Perícia que comprova pagamento a maior em relação ao período que aponta, devendo ser abatido o excesso do débito total. Alegação da incidência do instituto da supressio não acolhida visto que não demonstrado o desequilíbrio do contrato e infração à boa-fé objetiva. Honorários de sucumbência fixados nos estritos termos do art. 20, § 3º, do CPC. Preliminares afastadas, apelo da locatária parcialmente provido e apelo do fiador improvido”.

A décima quarta câmara cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível nº 70003607231, em que foi relator o desembargador João Armando Bezerra Campos, mesmo não entendendo caracterizada a *supressio* no caso submetido a julgamento pela Câmara, afirmou sua aplicação, como se constata.

“Ementa: apelação cível. Preliminares. Decadência. Não se cuida, no caso, da ação invalidatória de ato jurídico por vício de vontade ou incapacidade (prazo de natureza decadencial previsto na alínea b do inciso v do parágrafo 9 do artigo 178 do código civil). Trata-se, sim, de pretensão decorrente de direito pessoal, submetida a prazo prescricional na forma do artigo 177 do código. Preliminar afastada. Prescrição. Prazo quadrienal. Inocorre, na espécie, a hipótese prevista no inciso i do parágrafo 10 do artigo 178 do código civil, pois não versa a ação sobre juros e outras parcelas acessórias prestáveis anualmente. Preliminar afastada. Prescrição. Prazo quinquenal. Afasta-se a alegação da hipótese de prescrição quinquenal prevista no decreto n. 20910/32 e no decreto-lei n. 4.595/42 não se aplicam ao caso, já que não aplicáveis às sociedades de economia mista. Preliminar afastada. supressio. Não caracteriza conduta

contraria a boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição de quantia emprestada depois de transcorrido longo lapso temporal se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mutuo não só permitiu a expansão da rede pública de concessionário de serviço público de energia elétrica, como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança da tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Mostra-se, ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído durante todo este tempo. Preliminar afastada. Mérito. Contratos. Correção monetária. Não se discute a validade do negócio jurídico que estabeleceu a exclusão da atualização monetária do valor financiado restituível, mas a ineficácia desta disposição diante do enriquecimento sem causa da financiada. Não se diga que a restituição do valor integral (com a correção monetária material) compromete o equilíbrio econômico e financeiro da concessão, pois a concessionária utiliza a obra financiada para disponibilizar a prestação de serviços a outros consumidores, com obtenção de vantagem econômica (lucro). Preliminares afastadas. Apelo desprovido”.

A segunda câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível nº 70001911684, de que foi relatora a desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, além de reconhecer a aplicação do instituto da *supressio*, também mencionou os requisitos necessários para a sua configuração:

“Ementa: administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mutuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Clausula contratual. Principio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. “supressio”. 1. A “supressio” constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do principio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (i) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo,

entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes cordeiro. 2. Não caracteriza conduta contrária a boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mutuo não só permitiu a expansão da rede pública de concessionário de serviço público de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança da tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo apelado durante todo este tempo, não há falar em paralisação do direito subjetivo. 3. Conquanto tenha o contrato de mutuo firmado entre o usuário e a concessionária do serviço público de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, tem direito o usuário de receber o montante atualizado pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja prestação é remunerado na forma do contrato de concessão. Recurso provido por ato do relator. Art-557 do CPC. Precedente do STJ. (nove fls.)” (Apelação cível n, segunda câmara cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 04/12/2000).

A Apelação Cível nº 70001135383, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça Do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/08/2000, também, reconheceu a aplicação do instituto:

“Ementa: administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mutuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Clausula contratual. Principio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. “supressio”. 1. A “supressio” constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do principio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se

(i) decurso de prazo sem o exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes cordeiro. 2. não caracteriza conduta contrária a boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição atualizada de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mutuo não só permitiu a expansão da rede publica de concessionário de serviço publico de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança da tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio, o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo apelado durante todo este tempo, não ha falar em paralisação do direito subjetivo. Três. Conquanto tenha o contrato de mutuo firmado entre o usuário e a concessionária do serviço publico de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, em direito o usuário de receber o montante atualizado pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja prestação e remunerado na forma do contrato de concessão. Recurso desprovido. (nove fls). (Apelação cível nº 70001135383, segunda câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 09/08/2000).

Vale salientar que, até mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já é possível encontrar o reconhecimento do instituto da *supressio*.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial nº 207.509-SP (1999100218949), de que foi relator o Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, pediu vista dos autos para examinar a questão discutida no processo e, durante seu voto, expressamente reconheceu a aplicação da teoria da *supressio*, vale transcrever:

“(...) Tenho como admissível a teoria da supressio, segundo a qual o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito, pode levar a que se reconheça a extensão desse direito, com base na boa-fé objetiva (...)”.

Outro exemplo de dispositivo legal do qual se extrai norma é o art. 330 do Código Civil. De acordo com esse artigo, o pagamento reiteradamente feito em outro lugar faz presumir renúncia tácita do credor relativamente ao previsto no contrato.

Assim, se o contrato previu que Campina Grande seria o local do pagamento, mas, durante certo período, o credor aceitou que o pagamento fosse feito em João Pessoa, ele não poderá alegar que o devedor cometeu ato ilícito.

Haverá a *supressio* do direito de o credor receber em Campina Grande e o *surrectio* do direito do devedor pagar em João Pessoa.

A aplicação desse instituto pode, ainda, ser vista na decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme transcrito:

*“DIREITO CIVIL - LOCAÇÃO RESIDENCIAL - Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da surrectio a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-Fé contratual”.*¹¹⁰.

¹¹⁰ MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça Décima Sexta Câmara Cível. Direito Civil. Locação Residencial. Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Apelação Cível nº 1.0024.03.163299-5/001. Relator Des. Mauro Soares Freitas. Acórdão em 07 de março de 2007.

20 A tutela da confiança e a segurança jurídica

A segurança jurídica pode referir-se a um estado de fato, "a uma determinada realidade concreta passível de constatação", conforme anotações de Ávila. Nesse sentido, a segurança jurídica liga-se a uma realidade fática, existente ou não existente, denotando juízo de fato sobre o que se julga existir na realidade fenomênica:

*A segurança jurídica, nessa compreensão, significa, pois, a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. Para o contribuinte, a segurança jurídica significa a possibilidade de saber, antecipadamente, aquilo que vai, de fato, ocorrer. É, enfim, a capacidade de antecipar uma situação de fato ou prever efetivamente uma situação*¹¹¹.

A análise de sua dimensão fática, como frisa Caymmi, ressalta duas características fundamentais da segurança jurídica: (a) a impossibilidade de plena implementação da segurança jurídica pelo Direito, existindo fatores alheios às instituições jurídicas de grande relevância para a sua consolidação como fato (como a mutabilidade e a complexidade das organizações sociais); (b) a necessária correlação "fato-valor-norma" para uma correta compreensão da segurança jurídica.¹¹²

Seguindo, assim, a cadeia dedutiva "fato-valor-norma", a segurança jurídica, em vez de uma mera constatação fática, pode descerrar sentido sobre um estado desejável de coisas, qualificado como digno de ser perseguido por razões das mais diversas naturezas (sociais, culturais, religiosas, econômicas, por exemplo). A expressão "segurança jurídica" pode, dessa maneira, denotar um juízo axiológico relativo àquilo que

Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4131817D5>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

¹¹¹ Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, pp. 112-113.

¹¹² Pedro Leonardo Summers Caymmi. *Segurança jurídica e tipicidade tributária*, p. 46.

se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores¹¹³. A segurança jurídica pode ser determinada, destarte, como um valor.

Os valores constituem objetos ideais com uma própria validade, consoante ensinamento de Recasens Siches: "os valores são objetos ideais que possuem uma validade análoga que corresponde a outros ideais, mas, diferentemente, possuem algo especial a mais, que poderíamos chamar de vocação de serem realizados, pretensão de imperar sobre o mundo e encarnar nele através da ação humana. Certo que a essência dos valores são independentes da sua realização; vale dizer: um valor vale não porque se tenha realizado, mas sim apesar de sua realização" (tradução livre)¹¹⁴. E especificamente sobre o valor segurança jurídica, pontifica:

A segurança é também um valor. A categoria deste valor de segurança é inferior à categoria de outros valores jurídicos – a justiça e suas implicações. Mas a realização deste valor de segurança é condição prévia indispensável para o cumprimento dos valores de hierarquia superior. Dito com outras palavras: para que haja direito é preciso que se dê uma ordem certa e de cumprimento certo. Ademais, a estimativa jurídica exige que essa ordem certa e segura seja justa, favorecedora do bem comum, etc. Mas essas qualidades superiores devem se realizar em uma ordem certa e segura. Não pode reinar a justiça em uma sociedade em que não tenha uma ordem certa e segura. Todos esses valores superiores do direito devem cumprir precisamente o direito. Mas não há direito onde não há uma ordem certa e segura. É verdade que não basta criar uma ordem certa e segura, pois esta também deve ser justa. Mas não pode haver justiça quando não há segurança. Portanto, podemos dizer que possa haver um direito – ordem de certeza e com a segurança imposta inexoravelmente – que não seja justo. Mas não pode haver na sociedade justiça sem segurança. A segurança é, pois, a respeito da justiça – e dos demais

¹¹³ Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, pp. 113-114.

valores jurídicos por ela implicados – um valor inferior, mas cuja realização condiciona a possibilidade de cumprimento daqueles valores superiores. Em suma, trata-se da relação que está entre a realização de valores conexos de categoria desigual: o cumprimento do valor inferior abastece a possibilidade de levar a cabo sobre esta base o valor superior. Sem a realização do valor inferior, não cabe a possibilidade de que encarne o valor superior”¹¹⁵ (tradução livre).

Para Habermas, um valor significa uma preferência compartilhada intersubjetivamente pelos integrantes de determinado organismo social, expressando "preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades"¹¹⁶.

A segurança jurídica, assim, seguindo o modelo do mestre tedesco, existe como valor, carregando consigo as ideias de acessibilidade, de estabilidade e de previsibilidade. Reforçando o alegado, ainda segundo Habermas, as normas são distintas dos valores da seguinte forma:

“Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. (...) Os valores (...) determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. (...) a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões

¹¹⁴ Luis Recasens Siches, *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, pp. 13-14.

¹¹⁵ Luis Recasens Siches, *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, pp. 253-254.

¹¹⁶ Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. vol. 1., p. 316.

*valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim) (...)*¹¹⁷.

O Direito, com a sua positividade, deve criar condições de certeza e de igualdade. A inobservância do valor da segurança jurídica significaria, portanto, a impossibilidade de realização dos demais valores sociais fundamentais, o prejuízo ao desenvolvimento econômico dos países, além da desintegração ético-moral do sistema de organização social pela quebra da confiança e da boa-fé nas relações entre a esfera estatal e a esfera privada, conforme apontamentos de Villegas¹¹⁸.

Souto Maior Borges chega a se referir à segurança jurídica como valor transcendente ao próprio ordenamento jurídico:

*“A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade”*¹¹⁹.

O afirmado por Borges conduz à noção seguinte na cadeia dedutiva "fato-valor-norma": segurança jurídica como norma jurídica, ou seja, como "prescrição normativa por meio da qual se estabeleça, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório"¹²⁰.

A segurança jurídica, nesse sentido, determina um estado de coisas a ser buscado mediante a adoção de meios que contribuam efetivamente para sua promoção.

¹¹⁷ Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. vol. 1., p. 319.

¹¹⁸ Hector B. Villegas, *Princípio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo*. apud CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária*, p. 42.

¹¹⁹ Souto Maior Borges. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, *RDT* n. 63, p. 206.

¹²⁰ Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p. 114.

A segurança jurídica representaria, assim, uma norma da espécie princípio: norma imediatamente finalística, primariamente prospectiva e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹²¹

Como declara Barros Carvalho, os princípios surgem como "linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas.

Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença”¹²².

Especificamente no que tange ao princípio da segurança jurídica, Barros Carvalho destaca o seu papel de coordenação do fluxo das interações inter-humanas, "no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta", de suma importância para que os cidadãos tenham tranquilidade para planejar as suas ações futuras, confiantes no modo pelo qual a aplicação das normas e do Direito se realiza.

Frisa também a certeza no tratamento dos fatos já consumados e dos fatos vindouros, ressaltando a importância da bidirecionalidade passado/futuro para que estabeleça clima de segurança das relações jurídicas¹²³.

Também Canaris destaca os objetivos a serem alcançados pela via da segurança jurídica, valor que se converte em princípio a partir do momento em que se objetivam os seus sentidos e propósitos: determinabilidade e previsibilidade do Direito,

¹²¹ Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. pp. 78-79.

¹²² Paulo de Carros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, pp. 163-164.

¹²³ Paulo de Carros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 166.

estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência, ou simplesmente praticabilidade da aplicação do Direito¹²⁴.

A aplicação do princípio da segurança jurídica exige, portanto, a sua correlação com a realidade jurídica: os efeitos de uma norma devem ser vinculados com o estado de coisas que se deseja realizar.

A noção de "confiança legítima" é de origem germânica e configura a tradução da noção de Vertrauensschutz, como noticia Valembois.

Tal noção trouxe à luz o princípio da confiança legítima, também chamado de princípio da proteção da confiança legítima, desenvolvido a partir da década de 1950 principalmente na Alemanha e no seio do direito comunitário europeu, mas também na Suíça, na Holanda, na Espanha e em Portugal e, mais recentemente, em mais países da Europa central e oriental, como Polónia e Hungria.

O princípio tem como vocação limitar a possibilidade de mudança, pelas autoridades públicas, de determinadas situações em certas hipóteses¹²⁵, situando-se no cruzamento da questão da mutação da ordem jurídica, de um lado, e dos compromissos não cumpridos, de outro, cobrindo uma dimensão temporal ao pretender opor a necessidade de previsibilidade e de estabilidade ao imparável fluxo do tempo, que demanda a mudança perpétua do Direito e dos compromissos (no bojo do paradoxo "segurança versus necessidade de mudança")¹²⁶.

Em resumo, o princípio reflete a necessidade de segurança, fiabilidade e estabilidade em um mundo em mudança, mudança essa geradora de insegurança e

¹²⁴ Claus – Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 22.

¹²⁵ Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, pp. 231-232.

¹²⁶ Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime*, p. 1.

caracterizada pela dependência crescente dos indivíduos pelas prestações, decisões e regramentos estatais.¹²⁷

Como antes mencionado, a origem do princípio da proteção da confiança legítima é corriqueiramente atribuída ao julgado precursor do Superior Tribunal Administrativo de Berlim (*Oberverwaltungsgericht*), de 14 de novembro de 1956.

Sobre os fundamentos da mencionada decisão, Maurer esclarece:

“Ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade de atos administrativos beneficentes antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio de proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente. Como ambos os princípios requerem validade, mas também estão em conflito um com o outro, deve segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, ser ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse – ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo – é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, uma retratação limitada objetiva ou temporalmente”¹²⁸.

Todavia, até chegar ao precedente jurisprudencial, cumpre registrar que o princípio da proteção da confiança legítima já vinha ascendendo no âmbito do direito privado, a partir da evolução da teoria dos contratos, ocorrida no início do século XX, embora com ela não se confunda, como destaca Wald.

¹²⁷ Eugénie Prévédourou, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel, études 8, Droit et économie, P.N. Sakkoulas, Atenas, 1998 *apud* Anne-Laure Valembois, *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em droit français*, p. 234.

¹²⁸ Hartmut Maurer, *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 70-71, *apud* Ludiana Carla Braga Façanha Rocha; DINIZ, M. A. de V. A administração pública e o princípio da confiança legítima. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso*

O paralelo traçado pelo autor leva em conta o desenvolvimento da teoria da responsabilidade contratual, em oposição à ampla liberdade vigente no âmbito do direito privado no século XIX:

“Considerava-se, na época [início do século XIX], que o Estado não deveria interferir nas relações econômicas consubstanciadas no contrato. A doutrina vigente era a do liberalismo econômico, o que acarretava, de certa forma, um "liberalismo jurídico". Emanação da vontade das partes, o contrato presumia-se justo pelo fato de decorrer do consenso dos interessados. Nessa mesma linha, certos autores, até o início do século XX, não admitiam que o exercício abusivo de um direito - contratual ou não - pudesse ensejar responsabilidade. Após a Primeira Guerra Mundial e o advento da social-democracia, que passou a dominar vários países e, em particular, a Alemanha, com a chamada República de Weimar, ampliou-se o conceito de ordem pública e o dirigismo econômico levou o Estado a uma maior interferência no campo contratual. Elaborou-se, na época, a teoria dos contratos de adesão, nos quais o aderente deveria merecer uma proteção especial, além dos chamados contratos dirigidos e das convenções coletivas de trabalho, limitando-se gradativamente a liberdade das partes. (...) O contrato passou a atender, assim, não só ao interesse das partes, mas também ao da sociedade, predominando o que se denominou voluntarismo social. Continuava a prevalecer a vontade das partes, desde que o objeto do contrato e as cláusulas contratuais fossem compatíveis com a ordem pública, mas também com a justiça. (...) Reexaminou-se a conceituação do contrato, dele pretendendo-se fazer um instrumento de cooperação e de parceria, no qual as partes deveriam agir de boa fé, com lealdade, sendo solidárias uma da outra. (...) Utilizou-se, para essa construção, tanto teorias como a da aparência como o dever de se garantir a segurança dos produtos alienados. Há, evidentemente, porém, uma intenção de proteção da confiança do contratante em toda essa evolução. O

princípio da confiança nasceu, portanto, muito atrelado à necessidade de se assegurar uma proteção especial ao contratante economicamente mais fraco. Vamos ver, porém, que o seu papel, hoje, é muito mais amplo, abrangendo até as relações de direito público e constituindo verdadeiro princípio geral do direito. Nesse sentido, assim como ocorre em uma relação contratual entre particulares, no bojo da qual há deveres e responsabilidade mútuos, em que a promessa de um é tomada pelo outro como certeza do cumprimento do que fora acordado - sendo que eventual inadimplemento há de ser penalizado pela responsabilidade civil -, assim também deve ocorrer nas relações de Direito Público: no âmbito das relações Estado-cidadão, se presente a boa-fé do sujeito privado ante a certeza na estabilidade e perenidade manifestadas pelo Estado (e asseguradas pela própria Constituição), a denotar a existência de confiança legítima no bojo da relação, implicação necessária será a responsabilidade civil estatal em caso de mudança brusca em seu entendimento ou conduta, apta a gerar o dever de reparação, em respeito ao próprio Estado de Direito”.

Guardadas as devidas particularidades inerentes a cada situação (de Direito Privado ou de Direito Público), pode-se afirmar, com Wald, que existe uma patente relação entre os princípios da confiança e o antigo princípio fundamental de que os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Há, igualmente, uma relação entre a confiança e a garantia do equilíbrio contratual. "Com efeito, partindo-se da premissa de que o acordo de vontade tenha sido comutativo, considera-se que há uma expectativa - que deve ser garantida - de que essa comutatividade seja mantida e respeitada durante toda a sua execução"¹²⁹. Ressalta, contudo, que a confiança não se restringe ao âmbito dos contratos (e do direito privado como um todo), aplicando-se, indubitavelmente, às relações travadas com o Estado:

“Embora tenha se desenvolvido e ganhado destaque no âmbito do direito privado, não há nenhum motivo para supor que esses princípios não sejam aplicáveis também às ações e contratos celebrados pelo Poder Público. Muito ao revés, por sua própria natureza, o Estado tem uma obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao princípio da moralidade (art. 37, da Constituição)”¹³⁰.

Como preceituam Rocha e Diniz, para alguns autores o princípio da proteção da confiança não passa de uma decorrência lógica do (sobre)princípio da segurança jurídica, também sendo frequentemente ligado ao conceito de boa-fé, como será destacado mais adiante.

No entanto, o princípio da confiança legítima deve ser compreendido “como princípio de conteúdo autônomo, que, apesar de ter fundamentos inerentes aos dois institutos citados, com eles não se confunde”¹³¹.

Cumprindo repisar, desse modo, que a segurança jurídica, como princípio, decorre do “macro princípio” estruturante da ordem constitucional brasileira, o Estado de Direito, conforme já demonstrado no presente trabalho.

Nesse diapasão, afirma Maffini que a segurança jurídica possui, em termos precípuos, a função de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito, e, ao empreender tal tarefa, o subprincípio “segurança jurídica” transmuda-se em sobreprincípio, dele decorrendo, além da segurança jurídica objetiva (da qual deriva a irretroatividade e a proteção ao direito adquirido, consoante já debatido nesta dissertação), também a segurança jurídica subjetiva, ou proteção da confiança. “Impõe-se, assim, seja realizado o

¹²⁹ WALD, Arnaldo. *Princípio da Confiança* (verbete). In: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Takaoka, Flavio Galdino (org.), Silvia Faber Torres (superv.). *Dicionário de princípios jurídicos*, pp. 174-175.

¹³⁰ WALD, Arnaldo. *Princípio da Confiança* (verbete). In: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Takaoka, Flavio Galdino (org.), Silvia Faber Torres (superv.). *Dicionário de princípios jurídicos*, p. 176.

¹³¹ WALD, Arnaldo. *Princípio da Confiança* (verbete). In: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Takaoka, Flavio Galdino (org.), Silvia Faber Torres (superv.). *Dicionário de princípios jurídicos*, p. 178.

itinerário argumentativo pelo qual será possível deduzir do princípio da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança, perfazendo, em termos mais amplos, a dedução 'Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança'¹³².

Em outras palavras, o gênero "princípio da segurança jurídica" *latu sensu* (decorrente de forma direta do Estado de Direito) pode ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas acepções, em duas principais formas de incidência: (a) o sentido objetivo (segurança jurídica *strictu sensu*, a incidir sobre a ordem jurídica objetivamente colocada) e (b) o sentido subjetivo (proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas do Estado). Sobre o ponto, as palavras de Maffini são esclarecedoras:

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do Princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos¹³³.

Valembois, colaborando com a delimitação conceitual do princípio da proteção da confiança, como forma de definir as suas hipóteses de incidência, afirma que ele não se confunde com o princípio da irretroatividade ou com a proteção ao direito adquirido, que regram igualmente a aplicação das normas no tempo.

Isso porque tanto a irretroatividade quanto a proteção do direito adquirido têm como fundamentos aspectos eminentemente objetivos, contrariamente ao princípio da proteção da confiança legítima, que se caracteriza essencialmente por seu subjetivismo.

¹³² Ludiana Carla Braga Façanha Rocha; DINIZ, M. A. de V. A administração pública e o princípio da confiança legítima. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 182.

A jurista destaca que o princípio é mais amplo que a retroatividade e que o direito adquirido, protegendo situações que fogem ao escopo de atuação dos dois citados institutos: destaca-se, nesse viés, o aspecto subsidiário do princípio da proteção da confiança legítima, pois ele demanda ao juiz que averigue, antes de sua aplicação, se poderão ser aplicados a irretroatividade ou o direito adquirido; não sendo aplicáveis, então se investiga pela aplicabilidade da proteção da confiança¹³⁴ (tal investigação sucessiva, inclusive, é obrigatória no direito comunitário europeu, como noticia Fournol¹³⁵).

O princípio requer, outrossim, a confiança do particular em alguma manifestação (regular ou irregular) do Poder Público, razão pela qual a sua aplicação envolve, por definição, como assevera Ávila, uma tensão com outros princípios também integrantes do princípio da segurança jurídica, quais sejam:

(a) o princípio democrático, que confere ao Legislativo a liberdade de configuração do ordenamento jurídico, mediante a instituição de novas regras ou modificação das anteriores;

(b) o princípio da separação dos Poderes, que assegura a eles a prerrogativa de, dentro de sua área de competência, mediante critérios de conveniência e oportunidade, concretizar o interesse público, o que pode levar a uma interrupção, por anulação ou revogação, de uma norma anterior ou a edição de uma nova;

(c) outros princípios que, de um ou outro modo, habilitam o Estado a introduzir novas regras e a modificar as anteriores.

Ora, o particular não tem o poder de postular a manutenção da ordem jurídica como ela se configura no presente, dada a competência do Poder Legislativo de modificar a realidade normativa:

¹³³ Rafael Maffini, *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*, p. 49.

¹³⁴ Rafael Maffini, *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*, p. 55.

¹³⁵ Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, p. 232.

Em outras palavras, no âmbito de aplicação do princípio da proteção da confiança, apresenta-se, nas palavras de Couto e Silva, a luta entre o novo e o velho dentro do próprio Estado, ou, nos dizeres de Martins-Costa, a tensão entre permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que pode ser eterno e o que tende à perpétua mudança¹³⁶.

A proteção da confiança legítima é, assim, princípio geral que se situa no cruzamento da questão da mutação da ordem jurídica e da previsibilidade, revelando, portanto, uma dimensão temporal, no sentido de que pretende, ao mesmo tempo, confrontar a previsibilidade e a estabilidade do Direito com o passar do tempo, a exigir a mutação perpétua dos institutos e relações jurídicas.

O princípio pretende, a seu modo, realizar os objetivos considerados como próprios da exigência global de segurança jurídica: entre o ideal clássico de segurança jurídica a qualquer preço (de resto inviabilizada pela impossibilidade de aplicação de institutos clássicos, incabíveis diante de novéis situações jurídicas de cunho subjetivo) e o realismo extremo de se negar totalmente a ideia de segurança em prol da evolução social, existiria, pois, lugar para uma concepção gradualista, integrando diferentes seguranças jurídicas.

Como modo de arbitragem dessas duas ideias antagônicas de segurança individual e de progresso objetivo, que perpassa por todo o sistema do Direito, é que o princípio da proteção da confiança legítima aparece na jurisprudência de determinados sistemas contemporâneos, principalmente no alemão, no suíço e no belga, além do sistema comunitário europeu.

O princípio quer significar a possibilidade de evolução dos indivíduos dentro de um meio jurídico estável e previsível, no qual se pode ter confiança. Em outras palavras, a proteção da confiança enquanto princípio da ordem jurídica significa que certas expectativas suscitadas por um sujeito de direito em virtude de um comportamento

¹³⁶ Ingrid Fournol, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*. Tese de Doutoramento defendida perante a Universidade Panthéon-Assas, Paris II, em 29 de novembro de 1999, p. 262 *apud* Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, p. 232.

determinado em relação a outro sujeito de direito, ou da comunidade jurídica ao seu redor, produzem efeitos jurídicos.

O princípio, em suma, constitui um direito a uma estabilidade da situação individual da pessoa, isto é, a um direito à previsibilidade em relação às mudanças de linha de conduta pública.

Dá ao indivíduo o poder de exigir do Poder Público um determinado comportamento, tendo como objeto, em todo caso, a proteção dos interesses individuais do particular, sendo que tal proteção não visa garantir a salvaguarda dos “direitos subjetivos” que o direito objetivo confere aos indivíduos, mas simplesmente defender a sua confiança na estabilidade da situação e com base na qual eles agem.

O âmbito de aplicação do instituto, portanto, não abrange apenas os atos praticados com base em normas válidas que tenham sido alteradas sem que o particular possa ser protegido por meio das garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, como pontua Ávila: sua extensão engloba, também, os atos, concluídos ou iniciados, praticados com fulcro em normas que se revestiam de legalidade meramente aparente, ou sequer isso, e cuja anulação desde o início causaria frustração da expectativa individual sobre ele depositada¹³⁷.

Lembra-se de que, em termos amplos, o sobreprincípio da segurança jurídica é indiferente à natureza da situação em causa. Ele visa simplesmente garantir a confiabilidade no tempo da ordem jurídica ao seu redor, o que pode estar em favor ou contra os interesses em jogo.

Na dimensão da pessoa privada, surge a proteção da confiança no sentido da manutenção de uma situação jurídica favorável ao interessado, sendo que uma situação desfavorável não poderia ser objeto de demanda de proteção.

¹³⁷ Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p. 391.

O que interessa na proteção da confiança são as alterações que afetam a posição jurídica do sujeito. Tal ideia é extraída de jurisprudência constante da Corte Constitucional Federal alemã, na medida em que o cidadão deve poder prever as intervenções públicas na sua esfera de ação e tomar medidas apropriadas para se adaptar (em linha com o objetivo "previsibilidade" demandado pelo sobreprincípio da segurança jurídica).

A proteção só acontecerá quando uma pessoa estiver, de fato, sujeita às consequências desvantajosas da segurança jurídica, tendo a proteção da confiança por objetivo a segurança das situações pessoais e a confiabilidade do Direito, mas tão somente naquilo que afete diretamente àquele que a invoca, como frisa Calmes¹³⁸.

Assim, o princípio da proteção da confiança legítima é corolário do princípio da segurança jurídica, mas não um sinônimo, constituindo até uma limitação à segurança jurídica, na medida em que a aplicação de cada um pode levar a soluções diferentes e contraditórias em casos concretos (sobretudo no balanceamento entre o interesse subjetivo à estabilidade do cidadão e o interesse objetivo contrário do Estado – o interesse público).

Daí o motivo de Ávila apontar que não trata o princípio da proteção da confiança como mera decorrência, por dedução, do princípio da segurança jurídica, mas como uma limitação ou um corolário limitativo deste, sendo importante, por tal motivo, encontrar critérios de harmonização entre ambos, de forma "que a preservação da dimensão subjetiva individual da segurança jurídica não cobre o preço da perda da sua dimensão objetiva transindividual"¹³⁹.

Nesse viés, a diferenciação sistematizada entre os dois princípios é relevante, como destacada por Calmes¹⁴⁰ e Ávila¹⁴¹:

¹³⁸ Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime*, pp. 167-169.

¹³⁹ Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p. 394.

¹⁴⁰ Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime*, pp. 167-169.

(a) no âmbito normativo: enquanto o princípio da segurança jurídica concerne a todo o ordenamento jurídico, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, priorizando um âmbito microjurídico;

(b) no âmbito pessoal: enquanto o princípio da segurança jurídica equivale a uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima abarca o interesse de uma pessoa específica;

(c) no nível de concretização: enquanto o princípio da segurança jurídica se refere, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação;

(d) quanto ao nível de amplitude subjetiva de aplicação: enquanto o princípio da segurança jurídica se presta à defesa de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima vincula-se à salvaguarda de interesses individuais;

(e) quanto à protetividade individual: enquanto o princípio da segurança jurídica é neutro quanto aos interesses dos indivíduos, o princípio da proteção da confiança legítima apenas é utilizado com o fito de proteger os interesses das pessoas que se sentem prejudicadas pelo exercício passado da liberdade juridicamente ordenada.

Tal sistematização permite afirmar que o princípio da proteção da confiança legítima é uma aplicação "subjetivada" do princípio da segurança jurídica, coadunando-se com a divisão do sobreprincípio da segurança jurídica em duas partes, uma objetiva e outra subjetiva, já exposta no bojo do presente trabalho.

E, ao representar uma aplicação "subjetivada" do princípio da segurança jurídica, a proteção da confiança visa à proteção "de uma confiança" (e não "das confianças" ou do "conjunto de confianças" no ordenamento jurídico), vinculando-se, portanto, à justiça individual. Nesse diapasão, faz-se importante averiguar como pode dar-se a aplicação prática do princípio, permitindo detectar os requisitos essenciais à proteção da situação de confiança individual.

¹⁴¹ Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p. 394.

A ideia de segurança jurídica no âmbito do sistema jurídico brasileiro institui-se como uma referência de conteúdo essencialmente principiológico, assumindo, muitas vezes, a condição de paradigma na estrutura de regulação nacional.

Borges¹⁴² preleciona que, embora a segurança jurídica não esteja expressamente enunciada no texto constitucional, sua implicitude não lhe retira a eficácia, mas condiciona, como se expreso fosse, a interpretação de toda Constituição.

No plano jurídico, destacam-se as importantes ideias de Larenz¹⁴³. Esse autor definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabeleceu fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Abarcam, igualmente, alto grau de abstração, abrindo-se para a ponderação, uma consequência da dimensão axiológica que possuem. Significa dizer que a aplicabilidade dos princípios, segundo as razões e os fins aos quais se referem, determinará o peso de sua importância.

No ordenamento jurídico pátrio, assim, repousam assentados sobre sólidos pilares os princípios jurídicos. Diante disso, torna-se possível vislumbrar a segurança jurídica tomando por base sua posição como um desses pilares, pois recebe positividade por meio de vários princípios constitucionais.

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio, ou seja, um conjunto de princípios que operam para realizar um entrelaçamento de outros princípios, tais como legalidade, anterioridade, universalidade da jurisdição, irretroatividade, entre outros.

¹⁴² Souto Maior Borges, Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo, RDT n. 63. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁴³ Karl Larenz, Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica. pp. 90/98

Não haverá respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica sempre que as diretrizes que o realizem venham a ser concretamente desrespeitadas, e tais situações infringentes se perpetuem no tempo, consolidando-se. Seria, portanto, um conjunto de vários princípios que operam para realizar, além dos respectivos conteúdos axiológicos, princípios de maior hierarquia¹⁴⁴.

Reforçam os dizeres acima, as palavras de Tôrres¹⁴⁵. Para o justributarista, a segurança jurídica efetiva-se pela atuação de vários outros princípios: *“bastaria instituir valores que lhe servem de suporte, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídica-normativa que não ostente o princípio da segurança (...). Transportando-se a reflexão para o domínio dos sobreprincípios, em particular o da segurança jurídica, é possível dizermos que não existirá, efetivamente, aquele valor sempre que os princípios que o realizem forem violados”*.

São, pois, os sobreprincípios verdadeiros norteadores de todo o ordenamento jurídico, capazes de possibilitar a interpretação das normas constantes nos textos expressos, ampliando ou restringindo seus sentidos. Consoante Ávila¹⁴⁶, são eles que, por sua função rearticuladora, permitem a interação de vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.

Extraí-se, então, a ideia de que os sobreprincípios são normas amplas, cuja abrangência é descoberta quando unidos os respectivos princípios a eles ligados e aplicados às situações concretas.

144 Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p.78.

145 Heleno Taveira Torres, *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*, pp. 56-57.

146 Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p. 89.

Conforme Judith Martins-Costa¹⁴⁷, a permanência constitui uma das projeções da confiança legítima, garantindo o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público.

A efetivação do princípio da confiança dá-se no momento em que é visto como um desdobramento da segurança jurídica, trazendo a esta uma solidez ímpar, pois solidifica as ideias como: estabilidade jurídica, orientação adequada, clareza e previsibilidade.

A confiança legítima, portanto, assume a função de uma das projeções da segurança jurídica nas relações jurídicas. Esse entendimento foi referendado em recente decisão proferida pelo Pleno do STF no Mandado de Segurança n. 24.268, em acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do Direito Público. Nele entendeu-se o princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.

A Prof^a Judith Martins Costa, acerca do tema, concluiu que, sobre a relação entre segurança jurídica e confiança legítima, a *“lógica de confiança corresponde uma diferenciação no status normativo do “princípio da segurança jurídica”, ao qual fica reservado, antes de mais, o status de um fundamento, no sentido dicionarizado de “aquilo sobre que se apoia quer um dado domínio do ser, quer uma teoria ou um conjunto de conhecimentos (e então o fundamento é o conjunto de proposições das quais esses conhecimentos se deduzem)”*. O princípio da segurança jurídica possui tal caráter ou *“razão de ser” na medida que caracteriza um “elemento do Estado de Direito”*¹⁴⁸.

Tanto a boa-fé objetiva quanto a segurança jurídica no trato da Administração Pública com os cidadãos encontram expressão positiva na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei no 9.784/99), cujo art. 2o, caput e parágrafo único, IV e XIII, da Lei no 9.784/99 determina que:

¹⁴⁷ Judith Martins-Costa, A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança, 2004, pp. 109-110.

¹⁴⁸ Judith Martins-Costa, A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança, 2004, pp. 114-115.

Art. 2o. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

...

XII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.”

A importância da boa-fé e da segurança jurídica reside em proteger a legítima expectativa do Administrado, isto é, aquela que se origina de práticas passadas e dos precedentes da Administração Pública, que fazem nascer para o cidadão expectativa, à luz do princípio da isonomia, de que a Administração se comportará, naquela decisão específica, de forma consistente com comportamentos e decisões precedentes, seja naquele mesmo processo administrativo (os atos e decisões futuras têm de guardar coerência lógica com os atos e decisões anteriores), bem como com relação a outros atos e decisões anteriormente praticados relativamente a terceiros em situações equivalentes.

Assim, a boa-fé guarda relação direta com o princípio da confiança legítima, segundo o qual o Estado é instrumento da sociedade e sua existência só tem sentido se estiver a serviço de todos e de cada um. Por isso, justifica-se a confiança que legitimamente os membros da sociedade nele depositam, não se admitindo que os agentes públicos possam desempenhar suas funções traindo essa confiança 149.

À legítima expectativa conjuga-se o princípio da segurança jurídica na atuação da Administração Pública face aos cidadãos.

De fato, as garantias e direitos fundamentais não se tornam efetivos caso estejam fora do manto da segurança das relações jurídicas entre o Estado e cada membro da sociedade.

A segurança jurídica representa, assim, um conjunto de condições que tornam possível à sociedade o prévio conhecimento das consequências de seus atos à luz das normas pré-estabelecidas pelo sistema jurídico.

Essa ordem de pensamento não encontra dissenso doutrinário. Isto é, a segurança jurídica foi – e continua sendo – um dos principais pilares de sustentação do Estado de Direito, como indica John Locke na defesa intransigente do Poder Legislativo como poder supremo da comunidade.

Para Locke o objetivo primordial do homem seria formar a sociedade de modo que pudesse desfrutar da propriedade em paz e segurança¹⁵⁰.

Mesmo buscando conciliar interesses antagônicos, conquistados pelos revolucionários, e interesses defendidos pelo regime monárquico, Benjamin Constant¹⁵¹

¹⁴⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 285.

¹⁵⁰ “Assim, mesmo o que tem o direito de seu lado, não possui geralmente mais que a própria força individual, que não é suficiente para se defender de agressões ou punir delinquentes. Para evitar esses percalços que perturbam os homens no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que a somatória de suas forças reunidas lhes garanta e assegure a propriedade, e para desfrutarem de leis fixas que limitem, que esclareçam a todos o que lhes pertence. É essa finalidade dos homens transferirem todo poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se fi liam, sociedade que deposita o poder legislativo nas mãos que julga mais aptas para esse encargo, para que os homens sejam governados por leis explícitas; caso contrário, a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza. (...) Todo o poder que o governo tem destina-se apenas ao bem da sociedade, e da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas; e isso para que não só os cidadãos saibam qual o seu dever, achando garantia e *segurança* dentro dos limites das leis, como também para que os governantes, limitados pela lei, não sofram a tentação, pelo poder que têm nas mãos, de exercê-lo para fins e por meios que os homens não conheçam e nem aprovariam de boa vontade.” John Locke, *Segundo tratado sobre o governo*, pp. 98-102.

¹⁵¹ “Coloca-se em perigo a segurança pública quando os cidadãos vêm na autoridade uma ameaça em lugar de salvaguarda. A arbitrariedade é o verdadeiro inimigo da segurança pública. Somente há segurança pública quando há justiça, justiça nas leis, leis na ação. A liberdade de um único cidadão interessa tanto à comunidade social que as causas de qualquer delito devem ser apuradas com todo rigor necessário para submeterem-se aos juízes ordinários. Esse é o fim principal, o fim sagrado, de toda instituição política. Nenhuma Constituição pode legitimar-se de outra maneira e seria ilusão buscar outro fundamento de força e persuasão. (...) Nossa Constituição, ao tornar inamovíveis todos os juízes nomeados, lhes dá uma independência da qual precisam há muito tempo. Saberão que do julgamento de um ministro, acusado, como

também ressaltou a relevância da segurança e sua vinculação à justiça e às garantias individuais.

Nas conclusões apresentadas por William Simon¹⁵² “o ideal libertário exige que as pessoas tenham conhecimento dos seus direitos e obrigações antes de agir, para que possam planejar os seus negócios”. Por isso, e ao comentar os princípios da boa fé e da confiança legítima, ambos derivados da segurança jurídica, Jesús Gonzáles Pérez¹⁵³ denota que o princípio da segurança jurídica supõe garantia e certeza do direito nas relações com o poder público, certeza esta que se materializa na manutenção de determinadas situações, ainda que não sejam de todo conforme o Direito, mas exista confiança na sua legitimidade.

De igual pensamento e sob um viés formalista, José Afonso da Silva¹⁵⁴ assevera que os valores constitucionais esvanecem-se todos se não forem protegidos pela indeclinável couraça da segurança jurídica. Segurança jurídica, sob esse viés formal, é o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências de seus fatos à luz da liberdade reconhecida¹⁵⁵.

Nesse contexto, e sobre a importância da preservação da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵⁶:

O direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações.

qualquer outro, não lhes recairá nenhuma censura constitucional, que não se defrontam com nenhum perigo. da segurança dos juízes nascerá a imparcialidade, a moderação e a coragem.” Benjamin Constant, *Princípios políticos constitucionais*, pp. 141-142. Esta obra foi originalmente publicada em 1814 com a denominação de *Principes de Politique Applicables à tous les Gouvernements Représentatifs et Particulièrement à la Constitution Actuelle de la France*.

¹⁵² William H. Simon, *A prática da justiça*, p. 67.

¹⁵³ Jesús González Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, p. 53.

¹⁵⁴ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 412.

¹⁵⁵ No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello denota que o “princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida.” (*Reforma da previdência*. p. 67).

(...)

O princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgride, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica.

(...)

Trata-se, portanto, a segurança jurídica, de um megaprincípio do Direito, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência.¹⁵⁷

Portanto, consiste o princípio da boa-fé objetiva em elemento unificador do ordenamento jurídico¹⁵⁸. A partir de sua tríplice função¹⁵⁹, encontra aplicação igualmente criteriosa se transportada para o domínio publicista.

Os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva cumprem decisivo papel na proteção das expectativas legítimas dos particulares contra estas mudanças de orientação do Poder Público: (i) na hipótese de a expectativa ter sido criada por norma geral e abstrata, esta será protegida pelo princípio da proteção da confiança legítima; mas, (ii) na hipótese da expectativa ter sido produzida a partir de norma individual e concreta, entra em jogo o princípio da boa-fé objetiva¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 275.

¹⁵⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 79.

¹⁵⁸ Claus – Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 89.

¹⁵⁹ V., por todos, Gustavo José Mendes Tepedino, Os efeitos da constituição em relação à cláusula da boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, nº 23, 2003, pp. 139-151; FRADERA, Vera Maria Jacob de. A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 357-377.

¹⁶⁰ Deve-se aqui desde já afastar qualquer argumento no sentido de serem estes princípios estranhos entre si. Ambos os princípios, como será demonstrado, possuem os mesmos fundamentos – segurança jurídica e justiça material – e têm no estado de confiança um elemento comum, enquanto que a forma como este estado é originado serve para os diferenciar: (i) se o estado de confiança é criado por norma geral e

Para Humberto Ávila¹⁶¹, os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva “estabelecem o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público”, sendo “limitações implícitas, decorrentes dos sobre princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, sendo todas elas limitações materiais, na medida em que impõem ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de estabilidade e previsibilidade normativa”.

Por decorrência dos princípios da proteção da confiança legítima e da boa fé objetiva, deverá a Administração deixar de exercer certo direito se este exercício representar uma conduta contraditória com o seu anterior comportamento que, ao seu tempo, influenciou objetivamente nos atos do administrado (*nulli conceditur venire contra factum proprium*) ou se a omissão continuada quanto ao exercício deste direito tornar objetivamente previsível o seu não exercício posterior, a ponto de, inadvertidamente, o exercício atrasado representar um ato de intolerável deslealdade (*Verwirkung*).¹⁶²

O Mestre alemão Karl Larenz¹⁶³ adverte que o princípio da proteção da confiança legítima possui um elemento de Ética Jurídica e outro que se dirige à Segurança Jurídica, e estes elementos não podem se separar quando da atuação deste princípio, ou

abstrata, estamos diante de tutela jurídica pelo princípio da proteção da confiança legítima, mas se (ii) na hipótese do estado de confiança ser produzido por norma individual e concreta, entra em jogo o princípio da boa-fé objetiva, onde o estado de confiança é mais denso justamente por ser um estado individualmente produzido por meio de atos direcionados ao particular; sendo estes princípios, na verdade, dois lados da mesma moeda (Humberto Ávila, Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário, p. 311).

¹⁶¹ Humberto Ávila, Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário, p. 311

¹⁶² Sobre a aplicação da *Verwirkung* no Direito Privado (traduzida como *suppressio*), cf. Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, pp. 797 e ss.

¹⁶³ Karl Larenz, Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica, pp. 90/98; O Mestre alemão, deixando claro o papel constante de vínculo existente entre a segurança e a justiça que cumprem estes princípios, afirma que os mesmos têm um elemento componente de Ética jurídica e outro que se orienta em direção à segurança das relações, e que um e outro elementos não podem se separar. (Ibidem, p. 95).

seja, ele não realiza a Segurança Jurídica formal, mas a Segurança Jurídica como Valor Ético.

O princípio é assim entendido, portanto, como emanado da própria ideia daquele Direito reaproximado da Ética, pois concretiza a Segurança Jurídica como equivalente da própria Justiça Material – é a Segurança do Justo por meio da realização da Equidade, da Justiça do caso concreto.

Como dito antes, os atos estatais podem gerar expectativas para os indivíduos e estes, acreditando na validade e na estabilidade destes atos, pautam suas condutas no conteúdo destes atos; por razões ético-jurídicas, em um autêntico Estado de Direito, estas condutas, pautadas pelo estado de confiança, precisam estar imunes aos atos contraditórios supervenientes do Poder Público (*nulli conceditur venire contra factum proprium*); o papel dos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva é justamente conferir esta imunidade e, assim atuando, derivam do princípio do Estado de Direito.

Os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva exigem que o legislador atue com previsibilidade e clareza, a administração tributária e os contribuintes atuem com honestidade, lealdade e coerência e que as decisões judiciais tenham o mínimo de estabilidade; exigem também o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; enfim, concretizam a segurança jurídica em seu sentido formal, como realização da justiça.

Esta aplicação tem sido revelada em importantes julgados do Supremo Tribunal Federal, que tem afastado a incidência da legalidade estrita em favor da proteção da confiança legítima¹⁶⁴.

¹⁶⁴ STF – 2ª T., AgR em RE 217.141/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, INF. STF nº 431: a 2ª Turma do STF deu provimento a agravo regimental – e a recurso extraordinário – interposto por servidora estadual aposentada que tivera seus proventos reduzidos em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos ex tunc da LC paulista 317/83 que havia promovido transposição de cargos públicos, restabelecendo os proventos da mesma e realizando a equidade e a justiça Prospectiva, permitindo que a segurança jurídica e a justiça material sejam realizadas de modo pleno e eficaz, na mesma medida e ao mesmo tempo no caso concreto, aplicando o conteúdo do princípio

Nestes julgados, o STF diferencia – e isso é o essencial – os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no plano normativo dos efeitos no plano das relações individuais acobertadas pela boa-fé objetiva (equidade); com isso o STF demonstra toda a extensão do conteúdo ético-jurídico dos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, a sua realização em medida máxima e, portanto, a sua aptidão para afastar a legalidade estrita se esta importar em lesão à justiça material.

O princípio da proteção da confiança legítima, assegurando a justiça do caso concreto e a segurança como valor ético sobrejacente, acaba por legitimar determinada situação jurídica, mesmo em afronta à previsão legal aplicável, nas hipóteses de um comportamento precedente do Poder Público criar um estado de confiança que consubstancia esta específica situação digna de tutela jurídica.

Assim, estes princípios podem servir de fatores de relativização da legalidade estrita.¹⁶⁵

21 A tutela da confiança como responsabilidade por violação de deveres de agir

Como dito anteriormente, de acordo com a doutrina majoritária, pode se dispor que a boa-fé objetiva comporta uma tríplice função, quais sejam, interpretativa (constante do artigo 113 do Código Civil), integrativa ou criadora de deveres anexos (artigo 422) e controladora ou restritiva ao exercício de direitos (artigo 187).

da proteção da confiança legítima, em sua faceta de “boa-fé objetiva”, em sua medida máxima, afastando a legalidade estrita no caso concreto.

¹⁶⁵ Em sentido semelhante, referindo-se às expectativas causadas por uma resposta a processo de consulta, cf. STF – 2ª T., RE 131.741, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 09/04/1996, DJ 24/05/1996:TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta a consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se-lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque.⁶²DERZI, Misabel Abreu Machado. A imprevisibilidade das decisões judiciais e suas consequências. In *Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 961/992; BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo*

Se o princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*, realçam os juristas do Direito Privado as funções mais importantes da boa-fé na formação e execução das obrigações:

a) como fonte criadora de deveres especiais nos contratos, a saber, de informar, de colaborar, de avisar, de cuidar "do outro";

b) como limitação ao exercício dos direitos subjetivos, coibindo-se o abuso e a não razoabilidade da conduta de cada uma das partes;

c) como fonte de concreção das relações e de interpretação e reinterpretação dos contratos.

Há deveres que excedem do próprio e estrito dever de prestação, especialmente nas obrigações negociais, mas que são com ele necessariamente anexos, unidos ou correlacionados.

Trata-se dos "deveres de conduta", que resultam do que as partes estipularam, ou do princípio da boa-fé, ou das circunstâncias, ou, finalmente, das exigências do tráfico, que podem afetar a conduta que de qualquer modo esteja em relação com a execução da obrigação.

Embora tais deveres não possam ser demandados autonomamente, sua violação fundamenta obrigação de indenização ou, frente a determinadas circunstâncias, a resolução do negócio jurídico.

Esses deveres resultam naturalmente da relação jurídica obrigacional, mas se diferenciam por seu caráter secundário ou complementar do dever primário de adimplemento¹⁶⁶.

A doutrina jurídica portuguesa opta pela denominação "deveres acessórios de conduta", conforme se vê em Antunes Varella e em Menezes Cordeiro.

¹⁶⁶ Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, p. 22.

Antunes Varela distingue os deveres acessórios de conduta, assim entendidos os que estão dispersos no Código Civil e na legislação avulsa, a exemplo de não se vender coisa com vício, e o "dever geral de agir de boa-fé", que seria muito mais que um dever acessório.

A generalidade dos deveres acessórios de conduta não daria lugar à exigibilidade da prestação ou do adimplemento, mas sua violação poderia obrigar à indenização dos danos causados à outra parte ou dar mesmo origem à resolução do contrato ou à sanção análoga¹⁶⁷.

Para Menezes Cordeiro são deveres acessórios: a) os deveres *in contrahendo*, impostos aos contraentes durante as negociações que antecedem o contrato, revelados pelos deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade; b) deveres de eficácia protetora de terceiros; c) deveres *post pactum finitum*, que subsistiriam após a extinção da relação obrigacional; d) deveres que subsistem na nulidade¹⁶⁸. Esses deveres remetem, de um modo ou de outro, ao princípio ou dever geral de boa-fé.

Todavia, a evolução do direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter "caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento", referido por Larenz¹⁶⁹, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira.

Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento¹⁷⁰. A evolução do direito fê-los

¹⁶⁷ João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, p. 117.

¹⁶⁸ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, p. 603-31.

¹⁶⁹ Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, p. 22.

¹⁷⁰ Um dos maiores teóricos do neoliberalismo, Frederick Hayeck, entende que a justiça social é o principal obstáculo a ser removido. Em visão profundamente individualista, diz que "ao contrário do socialismo, deve ser dito que o liberalismo se dedica à justiça comutativa, porém não àquilo que se denomina justiça distributiva ou, mais recentemente, justiça 'social'". Para ele, em uma ordem econômica baseada no mercado, o conceito de justiça social não tem sentido, nem conteúdo. No jogo econômico, somente a conduta dos jogadores pode ser justa, não o resultado. Frederick Hayeck, *Liberalismo: palestras e trabalhos*, p. 51.

deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros.

Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos.

Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito.

Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implicam a dos outros.

Esses princípios engendram deveres gerais de conduta a qualquer obrigação e não apenas aos contratos, pois têm sede constitucional, como desdobramento dos princípios da solidariedade social e da justiça social (arts. 3º, I, e 170 da Constituição), que transformaram profundamente o paradigma individualista do Código Civil anterior.

Como já esclarecido na primeira parte deste trabalho, é corrente no Brasil a terminologia alemã de cláusula geral, ora com significado semelhante ao de princípio, ora com significado mais restrito de valor ou conjunto de valores, cujo conteúdo se concretiza na aplicação da norma que a contém.

Frequentemente, ambas utilizam conceitos indeterminados, o que amplia a função de aplicação do direito e, conseqüentemente, a responsabilidade do aplicador¹⁷¹.

¹⁷¹ A preferência por princípios é crescente no direito atual, como se vê na denominação adotada na União Europeia para o projeto de código unificado de direito contratual, da chamada Comissão Lando: "Princípios do Direito Contratual Europeu. Vide Arthur Hartkamp, *The principles of european contract law. Studia iuridica: colloquia* 8, pp. 53-58.

No Código Civil, os princípios assumem primazia, com enunciações frequentes no conteúdo de suas regras, às vezes ao lado de conceitos indeterminados. Os conceitos indeterminados (e. g.: "desproporção manifesta" e "valor real da prestação", do art. 317) complementam e explicitam o conteúdo das regras jurídicas, mas não têm autonomia normativa.

No art. 187, as expressões "fim econômico e social", "boa-fé" e "bons costumes" são princípios, pois o ato jurídico que exceder os limites por eles impostos será considerado ilícito e, conseqüentemente, nulo.

Relativamente ao contrato, o Código Civil faz menção expressa à "função social do contrato" (art. 421) e, nesse ponto, foi mais incisivo que o Código de Defesa do Consumidor.

Consagrou-se, definitivamente e pela primeira vez na legislação civil brasileira, a boa-fé objetiva, exigível tanto na conclusão quanto na execução do contrato (art. 422).

A referência feita ao princípio da probidade é abundante uma vez que se inclui no princípio da boa-fé.

Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação.

Essa é sua característica, razão porque são insuscetíveis ao processo tradicional de subsunção do fato à norma jurídica, porque esta determina a obrigatoriedade da incidência da norma de conduta (por exemplo, a boa-fé) sem dizer o que ela é ou sem defini-la.

A situação concreta fornecerá ao intérprete os elementos de sua concretização. Não se confunde com sentimentos ou juízos de valor subjetivos do intérprete, porque o conteúdo concreto é determinável em sentido objetivo, até com uso de catálogo de opiniões e lugares comuns (topo) consolidados na doutrina e na jurisprudência, em situações semelhantes ou equivalentes.

O lugar e o tempo são determinantes, pois o intérprete deve levar em conta os valores sociais dominantes na época e no espaço da concretização do conteúdo do dever de conduta.

Não deve surpreender que o mesmo texto legal, em que se insere o princípio tutelar do dever de conduta, sofra variações de sentido ao longo do tempo.

Dentre os vários deveres de conduta impostos às partes, alguns têm particular importância para o tema desta tese de doutoramento. São eles o dever de não agir contra ato próprio, cerne do princípio, o dever de informar e o dever de cooperação.

22 Dever de não agir contra o ato próprio

Entre tantas expressões derivadas do princípio da boa-fé pode ser destacado o dever de não agir contra o ato próprio. Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar.

Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito. Nas obrigações revela-se, em muitos casos, como aproveitamento da própria torpeza, mas a incidência do dever não exige o requisito de intencionalidade.

Essa teoria radica no desenvolvimento do aforismo já explorado anteriormente neste trabalho, qual seja, o *venire contra factum proprium nulli conceditur*, significando que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior

conduta, quando esta conduta interpretada objetivamente segunda a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé.

No mesmo sentido, no direito anglo-americano é longa a tradição do instituto do *estoppel*, em razão do qual "uma parte é impedida em virtude de seus próprios atos de exigir um direito em detrimento da outra parte que confiou em tal conduta e se comportou em conformidade com ela"¹⁷².

A teoria encontra-se consolidada na doutrina e na jurisprudência. Puig Brutau sustenta que quem deu lugar a uma situação enganosa, ainda que sem intenção, não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na aparência originada naquela situação; esta aparência, afirma-se, deu lugar à crença da "verdade" de uma situação jurídica determinada¹⁷³.

O conteúdo do aludido dever é também versado doutrinariamente sob a denominação de teoria dos atos próprios, "que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita mas objetivamente contraditória com respeito ao próprio comportamento anterior efetuado pelo mesmo sujeito".

O fundamento radica na confiança despertada no outro sujeito de boa-fé, em razão da primeira conduta realizada.

A boa-fé restaria vulnerada se fosse admissível aceitar e dar curso à pretensão posterior e contraditória.

O Código Civil de 2002, nos preceitos destinados ao lugar do adimplemento, introduziu norma (art. 330) cuja natureza corresponde ao dever de não contradizer o ato próprio: "O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato".

¹⁷² Henry Campbell Black, *Black's law dictionary*, verbete "*estoppel*".

¹⁷³ José Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*, p. 102.

Em outras palavras, o credor não pode fazer valer o estipulado no contrato contrariando a conduta que adotou, ao admitir que o adimplemento se fizesse em outro lugar, pois gerou a confiança do devedor que assim se manteria.

Outra norma que realiza esse dever é o parágrafo único do art. 619, relativamente ao contrato de empreitada, mediante o qual o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou; não pode prevalecer o contrato contrariando essa conduta assim consolidada.

A aplicação da teoria é ampla em situações variadas; no direito das obrigações podem ser referidas: a) quando uma parte, intencionalmente ou não, faz crer à outra que tal forma não é necessária, incorrendo em contradição com seus próprios atos quando, mais tarde, pretende amparar-se nesse defeito formal para não cumprir sua obrigação; b) quando, apesar da nulidade, uma parte considera válido o ato, dele se beneficiando, invocando a nulidade posteriormente por deixar de interessá-la; c) quando um fornecedor oferece bonificações nas prestações ajustadas, cancelando-as sem aviso prévio; d) quando uma parte aceita receber reiteradamente as prestações com alguns dias após o vencimento, sem cobrança de acréscimos convencionados para mora, passando a exigi-los posteriormente.

23 Dever de informar

O direito à informação e o correspectivo dever de informar têm raiz histórica na boa-fé, mas adquiriram autonomia própria, ante a tendência crescente do Estado Social de proteção ou tutela jurídica dos figurantes vulneráveis das relações jurídicas obrigacionais.

Indo além da equivalência jurídica meramente formal, o direito presume a vulnerabilidade jurídica daqueles que a experiência indicou como mais frequentemente

lesados pelo poder negocial dominante, tais como o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente.

Nessas situações de vulnerabilidade, torna-se mais exigente o dever de informar daquele que se encontra em situação favorável no domínio das informações, de modo a compensar a deficiência do outro.

O dever de informar é exigível antes, durante e após a relação jurídica obrigacional, tendo se desenvolvido especialmente no âmbito do direito do consumidor.

Em determinadas obrigações o dever de informar é particularizado para um dos figurantes ou participantes.

No Código Civil, por exemplo, o comprador, se o contrato contiver cláusula de preferência para o vendedor, tem o dever de a este informar do preço e das vantagens oferecidos por terceiro para adquirir a coisa, sob pena de responder por perdas e danos (art. 518); o locatário tem o dever de informar ao locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito (art. 569); o empreiteiro que se responsabilizar apenas pela mão-de-obra tem o dever de informar o dono da obra sobre a má qualidade ou quantidade do material, sob pena de perder a remuneração se a coisa perecer antes de entregue (art. 613); o mandante tem o dever de informar terceiros da revogação do mandato, sob pena de esta não produzir efeitos em relação àqueles (art. 686); o segurado tem o dever de informar à seguradora, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé (art. 769); o promitente na promessa de recompensa tem o dever de informar a revogação desta, utilizando a mesma publicidade, sob pena de cumprir o prometido (art. 856); o gestor de negócio tem o dever de informar o dono do negócio a gestão que assumiu, tanto que se possa fazê-lo, sob pena de responder até mesmo pelos casos fortuitos (art. 864). São todos deveres anexos à prestação, não se enquadrando no conceito de deveres gerais de conduta.

24 Dever de cooperação

Tradicionalmente, a obrigação, especialmente o contrato, foi considerada composição de interesses antagônicos, do credor de um lado, do devedor de outro. Por exemplo, o interesse do comprador seria antagônico ao interesse do vendedor.

Tal esquema era adequado ao individualismo liberal, mas é inteiramente inapropriado à realização do princípio constitucional da solidariedade, sob o qual a obrigação é tomada como um todo dinâmico, processual, e não apenas como estrutura relacional de interesses individuais.

O antagonismo foi substituído pela cooperação, tido como dever de ambos os participantes e que se impõe aos terceiros, como vimos na tutela externa do crédito.

Revela-se a importância não apenas da abstenção de condutas impeditivas ou inibitórias, mas das condutas positivas que facilitem a prestação do devedor. O dever de cooperação é mais exigente nas hipóteses de relações obrigacionais duradouras.

Perlingieri ressalta que "a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação".

Isso implica mudança radical de perspectiva: a obrigação deixa de ser considerada estatuto do credor, pois "a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor"¹⁷⁴.

Ainda que não distinga os deveres gerais de conduta (salvo quando se refere à boa-fé) dos que denomina deveres acessórios de conduta, reconhece Antunes Varela que estes tanto recaem sobre o devedor como afetam o credor, "a quem incumbe evitar que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e

proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida"¹⁷⁵.

Entendemos, porém, que a cooperação não é efeito secundário dos deveres acessórios, mas ela própria dever geral de conduta que transcende a prestação devida para determinar a obrigação como um todo.

O dever de cooperação resulta em questionamento da estrutura da obrigação, uma vez que, sem alterar a relação de crédito e débito, impõe prestações ao credor enquanto tal.

Assim, há dever de cooperação tanto do credor quanto do devedor, para o fim comum. Há prestações positivas, no sentido de agirem os participantes de modo solidário para a consecução do fim obrigacional, e há prestações negativas, de abstenção de atos que dificultem ou impeçam esse fim.

Em certas obrigações o dever de cooperação é mais ressaltado, especialmente quanto ao credor.

Orlando Gomes, referindo-se a Von Tuhr, demonstra que em algumas "é indispensável a prática de atos preparatórios, sem os quais o devedor ficaria impedido de cumprir a obrigação" citando o exemplo clássico da escolha do credor nas obrigações alternativas. Se o credor se nega a praticar o ato preparatório, torna-se responsável pelo retardamento no cumprimento da obrigação¹⁷⁶.

25 Dever de lealdade

A lealdade consiste em atuar de acordo com uma conduta correta e previsível. A lealdade apresenta-se como o contraponto da confiança, uma vez que a

¹⁷⁴ Pietro Perlingieri, *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 212.

¹⁷⁵ João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, p. 119.

¹⁷⁶ Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 102.

lealdade pressupõe uma relação de confiança na qual, o pólo ativo — que suscita a confiança — é, precisamente, o indivíduo leal.

A lealdade representa o alicerce dos acordos, já que, sem ela, não há mercado. A capacidade do ser humano de se comprometer e de se conservar fiel ao compromisso está na base de qualquer organização social.

Na Roma antiga, a lealdade foi objetivada na deusa *fides*, sendo que na sua mão direita estava representado o aperto ritual que exprimia o compromisso mútuo. A *fides* traduzia a necessidade ético jurídica de respeitar a palavra dada¹⁷⁷.

Após um período de estagnação durante o liberalismo, a lealdade voltaria a surgir no plano jurídico: com uma eficácia precisa e, em última análise, dogmatizada. No entanto, tal dogmatização ocorreu, em um primeiro momento, setorialmente, de forma que apenas recentemente se tornaria possível uma reconstrução sistemática, de modo a formular uma concepção dogmaticamente operacional.

A sua origem típica só muito mais tarde permitiria uma integração sistemática. É neste sentido que devemos entender a lealdade — melhor: as manifestações de lealdade — no direito das sociedades.

A *societas* foi, na origem, um *bonae fidei iudicium*. A boa fé e a lealdade teriam, *ab initio*, um papel na sua gênese. Verifica-se, ainda, que o contrato de sociedade ocorre *intuitu personae*, uma vez que as partes o celebram na medida em que tenham especial confiança nas qualidades uma da outra.

No âmago da sociedade ocorrem interações que objetivam o fim comum¹⁷⁸. É neste diapasão que a lealdade exerce papel multifacetado e preponderante,

¹⁷⁷ Menezes Cordeiro, Da boa fé no Direito civil, p. 54.

¹⁷⁸ Stefan Habermeier, Gesellschaft und Verein, no Staudinger BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts (2005), 711 745 (712).

próprio das relações duradouras¹⁷⁹. Esta lealdade é própria das sociedades civis ou das sociedades comerciais de estrutura pessoal. Ela decresce na sociedade por quotas e, mais ainda, nas sociedades anônimas¹⁸⁰.

À época das companhias coloniais, as sociedades eram dominadas por relações de força e pelo respeito inspirado pelo soberano: a este era devida lealdade¹⁸¹. Mais tarde, a sua constituição foi passando, sucessivamente, pela outorga, pela concessão e pelo reconhecimento específico. A intervenção conformativa do Estado estava na base da respeitabilidade do novo ente coletivo.

Em sua origem, pressupunha-se que as pessoas que aderissem à uma sociedade anônima, pretendendo lucros, não deixariam de agir nesse sentido¹⁸². Apenas em um segundo momento se detectou que a lealdade, enquanto construção dogmática, poderia ser de grande valia para regulamentar as situações do dia a dia do instituto.

A lealdade, no campo das sociedades, toma diversas configurações¹⁸³. Dentre elas, pode-se citar a lealdade dos acionistas entre si, da maioria para com a minoria e vice versa, a lealdade dos acionistas para com a sociedade, a lealdade dos administradores para com a sociedade, e, por fim, a lealdade dos administradores para com os acionistas.

¹⁷⁹ Stefan Habermeier, Staudingers Kommentar zum BGB, 2, §§ 705 740 (2003), § 705, Nr. 13, 50 53, 67 e passim (63, 83 84 e 67).

¹⁸⁰ Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 9, Nr. 60 (164).

¹⁸¹ Peter Stelzig, Zur Treuepflicht des Aktionärs unter besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung, pp. 3 e ss.; na Inglaterra do século XVI, os privilégios comedidos eram acompanhados por uma “cláusula de lealdade”.

¹⁸² Ulrich Wastl, Aktienrechtliche Treuepflicht und Kapitalmarkt / Ein Plädoyer für eine juristisch interdisziplinäre Betrachtungsweise, pp. 18 e 19, com elementos.

¹⁸³ Peter Stelzig, Zur Treuepflicht des Aktionärs unter besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung, pp. 9 e ss.: desapareceram as “cláusulas de lealdade”.

A referência específica a uma lealdade no campo societário surgiu, muito lentamente, na jurisprudência alemã¹⁸⁴. Num primeiro momento, a jurisprudência do *Reichsoberhandelsgericht* e, depois, a do *Reichsgericht*¹⁸⁵, vieram optar pela total não vinculação dos sócios, fora do que a própria lei ou os estatutos determinassem¹⁸⁶.

Paralelamente, a literatura era omissa quanto a um dever de lealdade, no âmbito societário. Apenas Hachenburg veio afirmar, em 1907, que também o exercício do voto se deveria subordinar à boa fé¹⁸⁷.

O dever de lealdade surgiria de forma mais consistente na jurisprudência¹⁸⁸ e na doutrina do período da Constituição de Weimar¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Quanto à evolução histórica da lealdade, confira-se Martin Weber, *Vormitgliedschaftliche Treubindungen / Begründung, Reichweite und Vorauswirkung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten* (1999), 26 ss.

¹⁸⁵ Unificados em 1879; cf. Arno Buschmann, *Das Reichsgericht / Ein Höchstgericht im Wandel der Zeiten*, em BERND RÜDIGER KERN/ADRIAN SCHMIDT RECLA (org.), *125 Jahre Reichsgericht* (2006), 41 75 (41 ss.).

¹⁸⁶ Neste sentido: ROHG 20 Out. 1877: seria irrelevante, para efeitos de restrições não previstas de modo expresse, o tipo de interesses em jogo; RG 25 Set. 1901 (caso *Deutsche Tageszeitung*): decidiu-se que não era possível a exclusão de um sócio, por ser contrária à essência da sociedade anônima; RG 8 Abr. 1908 (caso *Hibernia*): não seria contrária aos bons costumes uma exclusão da preferência dos acionistas, fora de quaisquer interesses atendíveis; RG 17 Nov. 1922: mantém essa mesma orientação, ainda com referência à exclusão da preferência dos acionistas; RG 19 Jun. 1923: retoma a opção em causa, explicitando que apenas a assembleia geral pode dizer qual é o interesse da sociedade; RG 24 Jun. 1924: incumbe a administração da prática de determinados atos não é contrário à boa fé (ROHG 20 Out. 1877, ROHGE 23 (1878), 273 280 (278). (30) RG 25 Set. 1901, RGZ 49 (1902), 77 81 (81). (31) RG 8 Abr. 1908, RGZ 68 (1908), 235 247 (246). (32) RG 17 Nov. 1922, RGZ 105 (1923), 373 376 (375). (33) RG 19 Jun. 1923, RGZ 107 (1924), 67 72 (71). (34) RG 24 Jun. 1924, RGZ 108 (1924), 322 329 (327)).

¹⁸⁷ Hachenburg, *Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, LZ 1907, 460 471 (465), a propósito de conflitos de interesses. Cf. Stelzig, *Zur Treuepflicht des Aktionärs*, pp. 29-34.

¹⁸⁸ RG 20 Out. 1923: surge contrária aos bons costumes a exclusão, fora do interesse social, da preferência dos acionistas; RG 23 Out. 1925: será contrário aos bons costumes a atuação da maioria de voto ohne Rücksicht auf das Wohl der Gesellschaft [sem consideração pelo bem da sociedade]; RG 30 Mar. 1926: usa essa mesma expressão; RG 31 Mar. 1931: seria contrário aos bons costumes usar o voto apenas para explorar a minoria; RG 8-Jan.-1932: é contrário contra os bons costumes prever compensações para os membros do conselho de vigilância que não compareçam; RG 4 Dez. 1934: sem usar “lealdade”, reporta proibições de voto por conflito de interesses. Ainda nesta linha evolutiva, deve frisar-se que a jurisprudência societária passou a referir a boa fé. Assim: RG 6-Fev.-1932: no tocante à repetição de deliberações de

Com base na proliferação de casos concretos, surgiu uma pressão para o desenvolvimento de soluções jurídicas justas, que fossem adequadas aos valores fundamentais do sistema.

Assim é que, com fundamento em farta evolução doutrinária¹⁹⁰, através do RG 22 Jan. 1935, denota-se a referência à boa fé como limite ao exercício dos direitos também no domínio das sociedades¹⁹¹. Nos termos do julgado RG 21 Set. 1938,

modo a sanar vícios, deve haver limites temporais induzidos pela boa fé (RG 20 Out. 1923, RGZ 107 (1924), 202 207 (206). RG 23 Out. 1925, RGZ 112 (1926), 14 19 (19). RG 30 Mar. 1926, RGZ 113 (1926), 188 197 (193). RG 31 Mar. 1931, RGZ 132 (1931), 149 166 (160). RG 8-Jan.-1932, JW 1932, 720 722. RG 4-Dez.-1934, RGZ 146 (1935), 71 78 (76-77). RG 8-Fev.-1932, JW 1932, 1647 1648 (1648/I).

189 Stelzig, Zur Treuepflicht des Aktionärs, pp. 36 e ss.

¹⁹⁰ Em 1928, Pinner ainda considera que a introdução da boa fé no Direito das sociedades anônimas seria fonte de incertezas; — mas nesse mesmo ano, Hachenburg, na linha de posições anteriores, afirma que o voto não pode contrariar a interpretação de boa fé do contrato; Em 1929, Alfred Hueck, num estudo decisivo, sistematiza a jurisprudência do *Reichsgericht* determinando três situações essenciais de contrariedade aos bons costumes, por parte das deliberações: oposição ao objetivo em jogo, abuso da maioria e uso da maioria simples, quando se exigiria a qualificada; Ainda em 1929, Degen sublinhou a possibilidade de se estabelecerem relações específicas entre os sócios, seja de sociedades por quotas, seja de sociedades anônimas; quando isso sucedesse, teríamos relações de lealdade, fontes, designadamente, de deveres de informar, cuja violação poderia conduzir a uma responsabilidade aquiliana; Também em 1929, Netter, contrariando anteriores tendências doutrinárias, manifesta se no sentido de uma cláusula geral limitativa do direito de voto, sublinhando a existência de um dever de lealdade a cargo do accionista. Em 1930, Homburger retoma essa mesma posição; Em 1932, Hachenburg, em anotação ao RG 6 Fev. 1932, sublinha a importância da boa fé no direito das sociedades anônimas; Em 1934, Ritter apela para o leal tratamento entre os accionistas; Em 1935, Siebert aplaude a jurisprudência relativa à boa fé e à lealdade, nas sociedades anônimas. (Albert Pinner, Der Bericht der Aktiensrechtskommission, JW 1928, 2593 2596 (2595/II), Max Homburger, Zur Reform des Aktienrechts, DJZ 1928, 1372 1378 (1375), Alfred Hueck, Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, FS RG 1929, IV, 167 189 (171 ss.), Degen, Gegenseitiges Treuverhältnis zwischen Gesellschaftern einer GmbH oder Aktionären einer AG, JW 1929, 1346 1347 (1346/II e 1347/I), Oskar Netter, Die Fragebogen des Reichsjustizministeriums zur Reform des Aktienrechts, ZHB 1929, 161 171 (169/I), Max Homburger, Die Anwaltschaft zur Aktienrechtsreform, ZHB 1930, 172 177 (176/I e 176/II), Max Homburger, anot. a RG 6 Fev. 1932, JW 1932, 1647/II, C. Ritter, Gleichmässige Behandlung der Aktionäre, JW 1934, 3025 3029 (3029/II) e Wolfgang Siebert, anot. a RG 22 Jan. 1935, JW 1935, 1553/I).

¹⁹¹ RG 22 Jan. 1935, RGZ 146 (1935), 385 397 (396).

determinou-se, ainda, que existe um dever de lealdade, tanto dos acionistas entre si, quanto destes para com a sociedade¹⁹².

Dentre os nomes de destaque neste período, ressalta-se Fechner, que procedeu a uma construção básica para o manuseio jurídico científico da lealdade¹⁹³. Segundo esclarece este Autor, a lealdade representaria um ganho, permitindo dogmatizar, nas relações específicas que se estabelecerem dentro do universo societário, as exigências do sistema.

Nesta primeira fase, ao mesmo tempo em que a ideia de lealdade se aproximava das concepções de um interesse autônomo da empresa, que ao Direito caberia proteger¹⁹⁴, denota-se uma série de dificuldades (de ordem dogmática) que impediram a fixação do “interesse da empresa” como instrumento dogmaticamente operacional.

Ocorre que, após 1945, com base nas consequências idealistas do pós-guerra, houve um claro abandono da doutrina da lealdade, aplicada às sociedades comerciais. Tanto é assim que apenas cerca de trinta anos mais tarde, o *Bundesgerichtshof* retomou as aplicações do seu antecessor¹⁹⁵.

¹⁹² RG 21 Set. 1938, RGZ 158 (1939), 248 256 (254).

¹⁹³ Erich Fechner, *Die Treubindungen des Aktionärs / Zugleich eine Untersuchung über das Verhältnis von Sittlichkeit, Recht und Treue* (1942).

¹⁹⁴ Oskar Netter, *Zur aktienrechtlichen Theorie des “Unternehmens an sich”*, FS Albert Pinner (1932), 507 612 (545 ss.).

¹⁹⁵ BGH 5 Jan. 1975 (caso ITT): o sócio tem uma ação contra um gerente da sociedade, baseada num dever de lealdade que, a este, incumbiria; BGH 16 Fev. 1976 (caso NSU): a VW comprou, a uma pessoa e por preço elevado, ações da NSU; essa pessoa não avisou as restantes; o Tribunal derivou, do § 242 do BGB, um dever de lealdade; BGH 25 Fev. 1982 (caso Holzmüller): numa situação de especial significado, em que estava em causa a alienação do estabelecimento da sociedade, a direção deve convocar a assembleia geral; BGH 13 Mai. 1985: o sócio comanditário pode mover uma ação contra o sócio comanditado e gerente, por estes não dedicarem, à sociedade, toda a sua força de trabalho; BGH 1 Fev. 1988 (caso Linotype): entendeu-se que a decisão majoritária de elevação do capital social, contra um dever de lealdade, é impugnável; BGH 20 Mar. 1995 (caso Girmes): atenta contra a lealdade a minoria que impeça a adoção das medidas necessárias para o saneamento da empresa da sociedade em jogo (BGH 5 Jan. 1975, BGHZ 65 (1976), 15 21 (18 e 21) = WM 1975, 1152 1154 = BB 1975, 1450 1451 = NJW 1976, 191 192 = JZ 1976, 408 409 = AG 1976, 16 19; BGH 16 Fev. 1976, BB 1976, 721 722; BGH 25 Fev. 1982, BGHZ 83 (1982), 123 144 = BB 1982, 827 832 = DB 1982, 795 799 = NJW 1982, 1703 1708 = WM 1982, 388 394 = AG 1982, 158 164

Esta jurisprudência concretizou a ideia de que a intervenção deve ocorrer *in casu*, com base nos valores básicos do sistema jurídico. Não se verifica um dever genérico de “lealdade”, mas situações relacionais concretas em que esta se manifesta.

Nenhum destes vetores pode ser generalizado. Assinale-se ainda que a responsabilidade dos administradores na base de deveres de lealdade veio a conhecer uma derivação própria autônoma, abaixo referida.

Mais recentemente, Wiedemann¹⁹⁶ aponta, quanto aos deveres de lealdade, as suas breves aparições no BGB e no HGB, bem como a impossibilidade de, com referência a eles, operar qualquer subsunção. Distingue, ainda, três áreas de aplicação da lealdade: a lealdade dos sócios¹⁹⁷, a dos órgãos¹⁹⁸ e a da maioria¹⁹⁹.

A lealdade exigível aos sócios inscreve-se no seu próprio status enquanto sócios²⁰⁰. Tal status exprime uma série de direitos e de deveres, ínsitos na própria ideia de participação social.

= JZ 1982, 602 608; BGH 13 Mai. 1985, NJW 1985, 2839 2831; BGH 1 Fev. 1988, BGHZ 103 (1988), 184 193 = NJW 1988, 1579 1582 = JR 1988, 505 509; BGH 20 Mar. 1995, NJW 1995, 1739 1749). Depreende-se, assim, uma multiplicação de direcionamentos da lealdade: lealdade entre acionistas (caso NSU e caso da *actio pro socio*), lealdade do gerente para com o sócio (caso ITT); lealdade da maioria para com a minoria (caso Holz Müller e caso Linotype) e lealdade da minoria para com a sociedade (caso Girmes).

¹⁹⁶ Herbert Wiedemann, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht*, pp. 949-966.

¹⁹⁷ Herbert Wiedemann, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht*, p. 953.

¹⁹⁸ Herbert Wiedemann, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht*, p. 957.

¹⁹⁹ Herbert Wiedemann, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht*, p. 960.

²⁰⁰ Vê-se que a *bona fide societatis* é criadora de obrigações adicionais para as partes envolvidas. Sobre a relação da boa-fé com a *affectio*: “(...) Ora, essa exigência de perseverança em certo e determinado acordo social – único e infungível – acarreta, por via de consequência, a exigência de acendrada boa-fé. Característica de *actio pro socio* é que se deixa condenar pelo inadimplemento de uma de suas obrigações contratuais por insignificante que seja, comete um ato de grave malícia (*dolus malus*) e incorre na infâmia. A *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo dos direitos e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de

Há peculiaridades no que concerne à natureza do contrato social, uma vez que, como elementos e requisitos para a sua existência, inclui-se o fim comum, que deve ser patrimonial, a ser alcançado com a cooperação dos sócios, a contribuição destes e a *affectio societatis*.

De outro lado, é certo que a interpretação do contrato social deverá, tanto quanto qualquer outro contrato, obedecer aos princípios e às regras gerais aplicáveis à generalidade das relações contratuais.

Desta forma, uma vez constituída a sociedade, a interpretação das cláusulas contratuais dar-se-á sempre no sentido de beneficiar a sociedade e de acordo com os princípios da boa-fé, aplicando-se, para tanto, não só as regras gerais de contratos, como também aquelas consideradas particulares do direito societário.

Além disso, o próprio contrato social, principal ato jurídico gerador de direitos e obrigações na sociedade, o qual é subordinado à lei e aos princípios legais, atuará também como instituto que estabelece limites e rege as relações societárias.

Não obstante, a boa-fé (seja por aplicação direta de acordo com a letra da lei – vide regras supracitadas do Código Civil – ou quando, de acordo com o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, houver lacunas da lei e do contrato) se aplicará, na

ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bonae fidei*. Em especial, o sócio que descumpre disposição estatutária e, sobretudo, contratual (pois a relação convencional é mais pessoal e concreta que a submissão a normas estatutárias), como é o caso de acordos de acionistas numa sociedade anônima, pratica falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*). Há, assim, dois elementos componentes da *affectio* ou *bona fides societatis*, representativos do duplo aspecto dessa relação: a fidelidade e a confiança. A fidelidade é o escrupuloso respeito à palavra dada e ao entendimento recíproco que presidiu à constituição da sociedade, ainda que o quadro social se haja alterado, mesmo completamente. Por outro lado, a confiança é também um dever do sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum” (Fabio Konder Comparato, *Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera”*, pp. 67-71).

medida em que será ela que conferirá o balanço entre as regras existentes e o padrão comum, tudo com vistas a alcançar uma decisão equilibrada para as partes.

Dentre os deveres anexos à boa-fé no campo das sociedades incluem-se, precisamente, os da lealdade. Trata-se de uma ideia antiga²⁰¹, depois retomada e aprofundada²⁰².

Atualmente, neste domínio, pode-se incluir o exercício das posições sociais de acordo com a boa fé, seguindo-se as vias de concretização deste instituto: tutela da confiança (p. ex., *proibição de venire contra factum proprium*) e primazia da materialidade subjacente (p. ex., proibição de atos emulativos). Como exemplos de deslealdade tem-se o abuso no pedido de informações, que contraria a materialidade subjacente, isto é: os valores que levaram o legislador a conferir as inerentes pretensões²⁰³.

Toda esta dogmática avançou de forma a pressupor a construção da participação societária não como um direito subjetivo, mas como uma posição complexa (status) que envolve uma relação complexa, com direitos e deveres²⁰⁴.

A lealdade da sociedade para com os sócios implica em um alargamento *ex bona fide* da competência da assembleia geral e a adoção, nesta, de certas deliberações por maioria qualificada. Bom exemplo de sua concretização se deu no caso Holz Müller, já citado anteriormente (vide nota 195).

²⁰¹ Na origem, ainda que com terminologia incipiente: ROBERT FISCHER, *Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftliche Mitgliedschaftslehre*, NJW 1954, 777 780.

²⁰² Marcus Luther, *Theorie der Mitgliedschaft / Prolegomena zu einem Allgemeiner Teil des Korporationsrechts*, AcP 180 (1980), 84 159 (103) e THOMAS ZWISSLER, *Treuegebot – Treuepflicht – Treuebindung / Die Lehre von den Anwendungsfelder im Recht der Aktiengesellschaft* (2002), especialmente 45 ss. e 117 ss.. No plano dos grandes comentários, é essa a sistematização hoje adotada; cf. Georg Wiesner, no *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4 – Aktiengesellschaft, 2.^a ed. (1999), § 17 (145 ss.), especialmente Nr. 14 ss. (150 ss.).

²⁰³ Marcus Geissler, *Der aktienrechtliche Auskunftsanspruch im Grenzbereich des Missbrauchs*, NZG 2001, 539 545 (542 e 545/II).

²⁰⁴ Volker Beuthien, *Zur Mitgliedschaft als Grundbegriff des Gesellschaftsrechts – Subjektiven Recht oder Stellung im pflichthaltigen Rechtsverhältnis?*, FS Wiedemann 2002, 755 768 (767).

No que se refere à lealdade requerida aos próprios órgãos societários, com natural relevo para a administração, ressalte-se que a situação jurídica dos administradores foi, inicialmente, enquadrada por referência à figura do mandato. Mais tarde, ela evoluiu para explicações mais complexas, tendo sempre como pano de fundo uma prestação de serviço que iria desembocar no regime do mandato.

É fato que, no exercício dos seus poderes de administração, o administrador (ou o membro da direção, no sistema dualista alemão) está ligado por vínculos específicos à sociedade.

Tais vínculos implicam deveres acessórios, entre os quais, por mera lógica obrigacional, pode-se inserir a boa fé. Todavia e como ocorreu com a lealdade, os deveres dos administradores surgiram como resultado de problemas concretos, surgidos no dia a dia das empresas.

Num primeiro momento, a jurisprudência veio explicitar os deveres dos administradores com recurso aos do mandatário, a complementar pela boa fé. Mais tarde, sublinhou-se o fato de, na administração, estarmos em face da gestão de bens alheios, fonte de deveres específicos.

A jurisprudência e a literatura permitem apontar diversas situações em que, por referência à lealdade, surgem atuações proibidas aos administradores. Incluem-se, aqui, proibições legais que, por razões sistemáticas e valorativas, fazem naturalmente parte desta constelação problemática. As duas proibições mais óbvias, muitas vezes sancionadas, de modo expresso, pelas leis são a proibição de concorrência e a proibição de divulgar segredos societários.

Além disso, denota-se, ainda, a proibição (ou severa restrição) de aceitar crédito da própria sociedade, a proibição de aproveitamento das oportunidades de negócio

(*corporate opportunities* ou *Geschäftschancen*)²⁰⁵, a proibição de tomar decisões ou de colaborar nelas quando se verificarem situações de conflito de interesses, a proibição ou a forte restrição no tocante a negócios a celebrar com a própria sociedade e a proibição de discriminação de acionistas (o qual, pelo aspecto positivo, implica em um dever de neutralidade).

De forma geral, pode-se dizer que estas proibições encontram uma base jurídico-positiva, seja nas regras correspondentes disponíveis nos diversos diplomas seja no princípio geral da boa fé.

Consequentemente, a lealdade, na qualidade de dever, pode ser definida como o dever dos administradores terem em vista os interesses da sociedade e em contrapartida absterem-se da prossecução de interesses próprios ou alheios. Nesse sentido, a melhor doutrina indica duas concretizações do dever de lealdade: (i) o dever de não concorrência; e, (ii) o dever de não se apropriar de oportunidades de negócios da sociedade.

O dever de não concorrência é definido como o dever dos administradores não exercerem, por conta própria ou alheia, uma atividade concorrente com a sociedade, salvo a existência de consentimento. Isto quer dizer que, para se definir se uma atividade é concorrente ou não concorrente, deve-se ter em conta o objeto contratual da sociedade.

Portanto, se a atividade externa que o administrador se propõe exercer ou exerce estiver abrangida no objeto da sociedade, então, trata-se de uma atividade concorrente, a qual pode ser exercida por conta própria (o administrador atua em nome

²⁰⁵ Friedrich Kübler, *Erwerbschancen und Organpflichten / Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den "corporate opportunities"*, FS Werner 1984, 437 448 (referindo, 442, também o Direito norte americano), Maximilian Schiessl, *Die Wahrnehmung von Geschäftschancen der GmbH durch ihren Geschäftsführen*, GmbHR 1988, 53 56 (53/II); a proibição da concorrência, no Direito alemão, decorre legalmente para as sociedades em nome colectivo (§ 112 HGB) e para as sociedades anónimas (§ 88 AktG).

próprio ou por representante, e no próprio interesse); ou por conta alheia (o administrador exerce atividade concorrente, mas no interesse de outra pessoa).

Sobre a definição da proteção do objeto contratual no que concerne à prática do ato concorrente, parte da doutrina entende que não há concorrência quando a atividade pode ser exercida pela sociedade, mas de fato esta ainda não o exerce, ou os sócios ainda não o deliberaram.

De outro lado, há também quem defenda que, se o administrador tem conhecimento que a sociedade pretende inserir determinada atividade no objeto da sociedade, e, mesmo assim, pratica essa atividade desejada, ele incorre na violação do dever de lealdade, na modalidade do dever de não concorrência.

Ainda como manifestação do dever de lealdade, encontra-se a obrigação de não apropriação das oportunidades de negócios. Tendo em conta que a função do administrador é zelar pelo interesse da sociedade, a regra básica é de que todas as oportunidades de negócios devem ser concretizadas em benefício da sociedade, e não em seu próprio benefício, salvo o consentimento da sociedade. Trata-se de uma decorrência lógica do princípio da boa fé.

É necessário distinguir a prática de um ato não concorrente com a prática de um ato de apropriação de negócio da sociedade. A diferença reside especificamente na atividade concorrente, ou seja, o administrador que pretende numa outra sociedade desenvolver uma atividade compreendida com o mesmo objeto social da primeira estará em posição de concorrência, conseqüentemente, inobservando o dever de lealdade.

Por outro lado, a oportunidade de negócio está relacionada com o desvio do exercício da função a que ele estava adstrito, aproveitando-se de informações privilegiadas que dispunha em virtude do cargo ocupado.

Uma vez expostos os atos limitativos do dever de lealdade, procede-se ao estudo do instituto da responsabilidade civil, pelo menos de modo objetivo, decorrente da infração destes atos.

A questão principal que se coloca é se o dever de lealdade não imporá, aos administradores, a observância, pela via positiva, de deveres de conduta.

A resposta é positiva na medida em que tais regras de conduta podem ser inferidas do elenco de proibições acima mencionado. Ter-se-ia, assim, os deveres de não aceitar crédito, de não apropriação das *corporate opportunities*, de não agir em conflito de interesses, de não contratar com a própria sociedade, de respeitar a igualdade entre os acionistas, etc.

A lealdade ganha conteúdo positivo até mesmo em virtude da aproximação à boa fé. Na atuação dos administradores, está em causa uma gestão de bens alheios, que pressupõe uma específica lealdade, à qual podemos conferir uma natureza fiduciária, na medida em que todos os poderes que lhes sejam concedidos devem ser exercidos não no seu próprio interesse, mas por conta da sociedade.

Cumpre ressaltar- todavia, que o dever de lealdade não se confunde com o dever de diligência, já que este traduz a medida de esforço exigível aos administradores, no cumprimento dos deveres que lhes incumbem²⁰⁶, nem com o dever de cuidado, pois este implica concretizações do dever geral de respeito, de modo a evitar situações de responsabilidade aquiliana.

É reconhecida a obrigação de lealdade entre os sócios e destes para com a companhia. Esse entendimento se depreende da noção geral de colaboração para o sucesso do empreendimento comum, e da *affectio societatis*, que acima de tudo representa a abstenção do sócio de praticar atos prejudiciais aos interesses comuns, podendo, inclusive, gerar responsabilidade.

A deslealdade do sócio se configura quando o seu comportamento prejudica o pleno desenvolvimento da sociedade.

O descumprimento do dever de lealdade acarreta, na maioria das vezes, problemas internos à sociedade, os quais causam a aplicação da lei, podendo vir a acarretar até mesmo a expulsão do sócio desleal.

Entretanto, quando a deslealdade tratar de competição do sócio com a sociedade, o descumprimento do dever pode ser tipificado como conduta criminosa, como veremos adiante.

Para analisar o dever de lealdade e a configuração do crime - semelhantemente à doutrina francesa²⁰⁷ e à italiana²⁰⁸ que diferenciam as espécies de sócios para configurar o grau de lealdade exigido deles -, Fábio Ulhoa²⁰⁹ considera ser preciso distinguir o empreendedor do sócio investidor.

²⁰⁶ Menezes Cordeiro, Da boa fé no Direito Civil, p. 832 e ss.

²⁰⁷ Yvan Auguet, *Concurrence et Clientèle Contribution à l'Étude Critique due Role des Limitations de Concurrence pour la Protection de la Clientèle*. p. 29.

²⁰⁸ Túllio Ascarelli, Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, pp. 66-76. “El Artículo 2.301, recogiendo una norma tradicional del derecho mercantil, que tiene su fundamento en el vínculo fiduciario entre el socio ilimitadamente responsable y la colectividad de los socios, esto es de la sociedad, sanciona que el socio ilimitadamente responsable (por lo tanto no el socio limitadamente responsable) no puede, sin el consentimiento de los demás socios ejercer, por cuenta propia o ajena, una actividad concurrente con la de la sociedad, ni participar como socio ilimitadamente responsable en otra sociedad concurrente. La norma tiende así a tutelar a todos los socios frente a cada uno de éstos. La valoración de la concurrencia debe ser hecha, me parece, con referencia al objeto de la sociedad, reconociendo la concurrencia, que supone la prohibición del ejercicio de la actividad o de la participación como socio ilimitadamente responsable, cuando la actividad desarrollada por el socio (o por la sociedad a la que participa) entre en el objeto estatutario de la sociedad. Es esta identidad la que implica la (próxima) concurrencia que la disposición toma en consideración, por lo que no me parece se pueda tener en cuenta una actividad análoga a la de la sociedad”.

²⁰⁹ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, p. 441.

Logicamente, ambos têm interesse no desenvolvimento da sociedade, mas, como tais interesses não se expressam do mesmo modo, o doutrinador entende que as obrigações destes em face da sociedade não podem ser equiparadas.

Já no caso de um investidor ser empreendedor de outra sociedade, sem a obtenção de anuência por escrito dos seus demais sócios, poderá estar descumprindo o dever de lealdade, pois a condição de empreendedor implica um vínculo mais estreito.

Há, então, graus de dever de lealdade. No caso descrito no parágrafo acima, é possível tratar-se somente de infração societária, encerrando-se na eventual expulsão do investidor e na possível indenização dos danos.

A situação mais grave de deslealdade é a circunstância de o sócio ser empreendedor em duas sociedades concorrentes, já que pode haver, por exemplo, a utilização de informações de uma em proveito da outra ou o uso da fama da primeira em benefício da segunda, desviando clientela irregularmente.

Se as informações não forem confidenciais ou não sejam aproveitadas, a deslealdade é um problema exclusivo dos sócios. Porém, se as informações forem sigilosas e se verificar o mau uso destas e/ou a conduta ficar tipificada como crime de concorrência desleal²¹⁰, esta extrapolará o direito societário²¹¹.

²¹⁰ Lei nº 9.279/96, Artigo 195, XI (BRASIL. Lei de Propriedade Industrial. Brasília: DF, 1996. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 03.04.11).

²¹¹ Arnoldo Wald entende que em sociedade limitada, a existência de um concorrente desejando adquirir quotas é justa causa para bloqueio, havendo esta possibilidade no acordo de acionistas. Entende ainda que poderia ser violação da Lei 8.884/94, devendo ser aplicada o Artigo 422 do Código Civil. (BRASIL. Código Civil (2002). Brasília, DF: 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 03.04.05 e WALD, Arnold. Sociedade Limitada. Necessidade de Aprovação de Quotista na Transferência de Quotas. Direito de Bloqueio. Direito do Sócio Remanescente de não Subscrever o Acordo de Quotistas com o Adquirente de Quotas do Outro Sócio. (Quebra da *Affectio Societatis* e Conflito de Interesses. Cabimento de Medida Cautelar Preparatória perante o Poder Judiciário antes de Instaurado o Juízo Arbitral. Foro Competente *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, São Paulo: v. 8 n. 27, p. 144-145, 2005).

Contudo, há jurisprudência no sentido de que se sócios anuem com atos de outro quotista que busca a associação com empresa concorrente, estes não podem, posteriormente, alegar que tais atos eram desleais tendo em vista a concordância prévia com os mesmos²¹².

Vê-se, portanto, que aceitação de diferentes níveis de intensidade do princípio da boa-fé e do dever de lealdade induz a que se exija um grau de lealdade menor quando o sócio tenha menos relação com a sociedade, intensificando-se esse dever, de outro lado, quando maior for esse envolvimento.

Havendo dever de lealdade e verificando-se que os atos do sócio ocorreram em prejuízo para a sociedade ou em benefício de terceiros sem justificativa (conforme veremos adiante), há diversos remédios jurídicos para a sociedade prejudicada.

No que se refere aos interesses dos sócios versus o interesse da sociedade, independente da posição em relação aos interesses sociais e dos sócios, (se estes são iguais, convergentes ou divergentes), constata-se que existe a possibilidade de os sócios terem interesses conflitantes com a sociedade em determinado momento. Quando há tal conflito, a lei protege os interesses da sociedade²¹³.

Disciplinando as sociedades limitadas, o Parágrafo 2º do artigo 1.074 do Código Civil dispõe que nenhum sócio - por si ou na condição de mandatário - pode votar

²¹² “(...) A concorrência desleal de fato traz a ideia e surpresa da parte contrária, consistente em conduta dissimulada do agente causador do dano, que leva segredo da empresa antiga para a nova. No caso concreto como já se afirmou não se pode reconhecer terem os apelantes sido surpreendidos com a saída do apelado da sociedade, nem a atividade de agenciamento de modelos para desfiles e outras promoções constituem atividades que tragam consigo segredos industrial que exija sigilo, tratando-se de mera prestação de serviço (agenciamento de *mão* de obra) que não se enquadra dentro das possibilidades de concorrência desleal conforme se sustentou (fls. 938) (...)” (BRASIL. TJSP. Apelação 064.422-4/9 Des. Julio Vidal 7ª. Câmara Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 03.06.05).

²¹³ Tanto é assim que a lei prevendo a possibilidade de conflitos e contempla o direito de recesso para garantir ao sócio que se veja prejudicado a possibilidade de se retirar da sociedade, na forma do Artigo 1.077 do Código Civil

matéria que lhe diga respeito diretamente. Desta forma, verifica-se vedação de voto em determinados casos em que o sócio tem interesse.

Em relação à responsabilidade do sócio pelo voto, há previsão expressa da Lei das S.A.s. que cria obrigação de indenização pelo voto conflituoso independente deste prevalecer.

Já o artigo 1.010 do Código Civil, cujo § 3º, referente às sociedades simples estabelece que “responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.” Assim, poder-se-ia interpretar que, conforme a lei subsidiariamente aplicável, o voto prevalece e o ato gera danos.

Analisando a doutrina a respeito, é clara a distinção de casos de impedimento ou obrigação de abstenção de voto, que são hipóteses em que a lei presume o conflito e proíbe o voto, no tocante ao resultado de tais atos, e outras em que a existência ou não de conflito será avaliada *in casu*²¹⁴. Há também discussão de quando há responsabilidade, se há necessidade de dano²¹⁵.

Visando padronizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das limitadas, o Enunciado Aprovado nº 217 da III Jornada de Direito Civil assim conclui:

“Artigos 1.010 e 1.053: Com a regência supletiva da sociedade limitada, pela lei das sociedades por ações, ao sócio que participar de deliberação na qual tenha

²¹⁴ O Artigo 1.078 do Código Civil que trata de impedimento formal na apreciação de contas de administradores “Artigo 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; (...) § 2º Instalada a assembleia, proceder-se-á à leitura dos documentos referidos no parágrafo antecedente, os quais serão submetidos, pelo presidente, a discussão e votação, nesta não podendo tomar parte os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.”

²¹⁵ Sobre o tema, Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*, v. 3, p. 129.

interesse contrário ao da sociedade aplicar-se-á o disposto no Artigo 115, § 3º, da Lei n. 6.404/76. Nos demais casos, aplica-se o disposto no Artigo 1.010, § 3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o Artigo 187 (abuso do direito), se o voto não tiver prevalecido.”

Não obstante, o Artigo 1.074 do Código Civil, que se encontra no capítulo específico de sociedades limitadas, em seu Parágrafo Segundo, parece impedir a participação de sócio em votação quando a matéria for de seu interesse.

26 Requisitos de aplicação

A grande dificuldade de trabalhar com o princípio da confiança legítima, entretanto, não são as discussões sobre a sua importância, fato pouco controverso. Os problemas que permeiam sua aceitação pela jurisprudência e pela doutrina envolvem quase sempre estabelecer os contornos do princípio.

Tal fato decorre, principalmente, de a confiança ser um estado subjetivo, logo, de difícil perquirição e que pode manifestar-se através de múltiplas formas.

De outro lado, uma proteção jurídica demanda – ou, pelo menos, recomenda – a presença de determinados elementos objetivos, que permitam aferir não só a existência da confiança como delinear a responsabilidade pela sua quebra.

Diante da dificuldade inicial, cada doutrinador parece ter seu critério para tentar “objetivar” a confiança – problema que, diga-se, não é exclusivo desse princípio.

Tendo em vista a confusão doutrinária, adotar-se-ão os critérios apontados por José de Oliveira Ascensão, que tem encontrado algum consenso na doutrina e na jurisprudência lusitanas.

Segundo o aludido jurista, para que a confiança violada mereça proteção do ordenamento jurídico, é necessária a presença de quatro elementos concomitantes:

- i) a confiança deve fundar-se na conduta de outrem;
- ii) ela deve ser justificada;
- iii) o agente deve ter realizado o chamado ‘investimento de confiança’; e,
- iv) deve haver um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas²¹⁶.

Com relação à conduta justificada de outrem, também denominada de “conduta vinculante”, esta deve traduzir-se na tomada de posição de quem a pratica, em relação a determinada situação jurídica.

Em outras palavras, a conduta deve ser uma exteriorização inequívoca da intenção do agente de criar, definir, fixar, modificar, reafirmar, extinguir ou esclarecer uma dada situação jurídica. Após determinado período de tempo, o comportamento se altera, dirigindo-se a orientação diferente daquela mostrada em um primeiro momento²¹⁷.

Existe, assim, um comportamento inicial que gera uma vinculação do indivíduo no sentido de continuar a atuar no mesmo sentido outrora apontado. Por conta deste comportamento, ocorre um investimento por parte de outrem, investimento este que não precisa, necessariamente ter um caráter econômico, mas que tem por fundamento a continuidade da orientação outrora adotada.

É conveniente ressaltar a discussão doutrinária existente acerca da necessidade de um lapso temporal entre os dois comportamentos. Num primeiro turno, deve se firmar a premissa de que a quantidade de tempo, ou seja, a extensão temporal entre os dois comportamentos é irrelevante. Num segundo momento, é imprescindível se atentar que, os comportamentos contraditórios podem ser simultâneos, e, ainda assim, possibilitar

²¹⁶ José de Oliveira Ascensão, Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002, p. 34.

²¹⁷ Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil” In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume comemorativo, 2003, p. 270.

a aplicação do “*nemo potest venire contra factum proprium*”, isto porque, ainda que simultâneos, é possível que o ato inicial desperte a legítima confiança e que a repercussão sobre aquele que invoca a o “*nemo potest venire contra factum proprium*” tenha se dado em momentos distintos.

Segundo Paulo Mota Pinto, o principal efeito do *venire* “será o da inibição do exercício de poderes jurídicos ou direitos, em contradição com o comportamento anterior”²¹⁸.

Convém, mais uma vez, repisar que o princípio de vedação ao comportamento contraditório deve ser entendido como expressão da cláusula geral da boa-fé objetiva, em todas as relações jurídicas a que esta pode ser aplicável.

O *venire contra factum proprium* é um verdadeiro modelo de contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva. O instituto aparece, ao lado de outras figuras, como um verdadeiro modelo concreto de comportamento contrário à boa-fé, específico na sua própria generalidade.

Todavia, o fato deste se configurar como um modelo de conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva não implica que a cláusula geral boa-fé esteja presa a um rol taxativo de comportamentos típicos, simplesmente pela razão de que toda cláusula geral tem um conteúdo indeterminado capaz de incidir sobre uma série não delimitada de situações, devendo sempre ser avaliado o caso concreto.

Persiste o mesmo autor (2005, p. 121-122):

Não se pretende, [...] reduzir a cláusula geral da boa-fé a um rol taxativo de comportamentos típicos, mas apenas fornecer alguns parâmetros razoavelmente seguros para a inadmissão de comportamentos a princípio

²¹⁸ Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil” In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume comemorativo, 2003, p. 304.

lícitos. Como se sabe, toda cláusula geral tem, por definição, um conteúdo indeterminado capaz de incidir sobre uma série não-delimitada de situações e moldar-se às exigências particulares de cada caso concreto. Deve-se, todavia, evitar o risco de cair em generalizações demasiado retóricas e vazias de conceito, afastando qualquer chance de tratamento científico do tema e transformando um instrumento jurídico-positivo em uma noção puramente argumentativa, sujeita à invocação de todas as partes, e, portanto, ineficaz ao alcance de qualquer solução para os conflitos concretos.

É conveniente apenas ressaltar, diante das lições de Menezes Cordeiro (1984, p. 759) que tais requisitos são necessários, mas não imprescindíveis, sendo que “a falta de algum deles pode ser suprida pela intensidade especial que assumam os restantes”.

O “factum proprium” é o comportamento, a conduta inicial do indivíduo. Assim conceitua Anderson Schreiber²¹⁹:

O factum proprium é, por definição, uma conduta não-vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. O factum proprium não consiste em ato jurídico no sentido tradicional; passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada em outrem. Em síntese, não é jurídico, torna-se jurídico. Ora, trata-se de uma conduta não vinculante, que apenas se torna vinculante em razão de despertar uma expectativa legítima na outra parte, por decorrência lógica dos ditames de lealdade e confiança que devem nortear todas as relações jurídicas existentes.

²¹⁹ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 127.

Não é necessário que “factum proprium” seja juridicamente relevante, isto porque somente por força da incidência do “venire contra factum proprium” é que este comportamento terá consequências no mundo jurídico. Apenas é preciso que repercuta na esfera alheia (da contraparte ou de terceiro, conforme o caso analisado), gerando uma legítima confiança.

Dos ensinamentos de Anderson Schreiber²²⁰, pode se extrair que se trata, inicialmente, de uma matéria fática e não jurídica:

Como o nemo potest venire contra factum proprium se funda na confiança e na solidariedade social, não se pode aceitar como factum proprium aquela conduta que não seja capaz de repercutir sobre outras pessoas. [...] Se um comportamento transcendeu a esfera de seu praticante e atingiu outras pessoas é uma questão que não pertence à ciência do direito, mas ao conhecimento dos fatos por si só. Não se trata de uma análise jurídica, mas de uma análise fática.

E, segundo Menezes Cordeiro²²¹, é responsável pelo “critério de imputação da confiança gerada e de suas consequências”.

Na vedação ao comportamento contraditório existem dois comportamentos lícitos, diferidos no tempo²²², os quais se contradizem de modo direto e não negocial, não podendo a situação, portanto, ser solucionada pelos remédios obrigacionais gerais^{223.224}.

²²⁰ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 130.

²²¹ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 758.

²²² Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 745.

²²³ “o indivíduo é obrigado a honrar as expectativas que criou, através da correspondência à confiança que despertou – designadamente, casos em que a pessoa não pode justamente *venire contra factum proprium*. Estamos, pois, no campo da proibição do comportamento contraditório, ainda fora da dogmática do negócio jurídico, ou se, se quiser, partindo desta, como forma normal de vinculação no direito civil, para lá dos confins da declaração negocial e da consequente vinculação em autonomia privada” (Paulo Mota Pinto,

Nas fontes romanas, encontra-se, por exemplo, o fragmento “*adversus factum suum (...) movere contraversias prohibetur*”²²⁵, a propósito de uma situação concreta.

A existência de uma situação justificada de confiança a ser protegida, ou seja, os fatos concretos verificados devem ter o condão de objetivar e efetivamente incutir no agente uma determinada expectativa. Afasta-se o atendimento ao requisito quando houver torpeza ou excessiva credulidade deste.

Não existe qualquer necessidade de que este comportamento seja ilícito, mas, pelo contrário, este comportamento é lícito. Apenas se caracteriza como uma conduta contrária àquela anteriormente praticada. O problema se funda, basicamente, na incoerência.

Consoante Anderson Schreiber²²⁶:

“(...) Há o aspecto aparentemente lícito do comportamento contraditório. Isto porque se a contradição à conduta inicial se dá por meio de um ato que o ordenamento jurídico já considera lícito, as sanções a este ato decorrerão de uma eventual proteção à confiança e à solidariedade nas relações sociais. (...) Havendo ilicitude não se faz necessária a aplicação

“Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil” In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume comemorativo, 2003, p. 277).

²²⁴ No mesmo sentido, identifica quatro pressupostos de aplicação do *venire*: “À luz destas considerações, pode-se indicar quatro pressupostos para aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição” (Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 124).

²²⁵ D. 1, 7, 25.

²²⁶ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, pp. 138 e 141.

do princípio de proibição ao comportamento contraditório, por se tratar de ato combatido, com maior propriedade, pelas normas específicas que o sancionam. O venire contra factum proprium consiste em uma conduta aparentemente lícita, que se torna abusiva ou, na dicção do artigo 187 do Código Civil, ilícita, apenas no sentido em que violam por força da própria contradição, a confiança legítima de outrem e a boa-fé objetiva.

(...)

Em síntese, portanto, quando se fala em um comportamento contraditório ao factum proprium o que se está a exigir é o exercício de uma conduta, aparentemente lícita, em contrariedade com uma conduta adotada anteriormente. Não é necessário que se trate tecnicamente de uma pretensão, nem que seja o comportamento contraditório deduzido em juízo ou praticado no âmbito processual. O que se exige, em síntese, são apenas dois comportamentos entre os quais se verifique contradição. Ora, tal qual já se dispôs em momento oportuno, trata-se de um comportamento lícito, mas que viola a tutela da confiança. Em toda e qualquer relação jurídica que houver o rompimento da confiança pela prática de uma conduta posterior, seja um contrato ou mesmo em sede de processo, privada ou pública, haverá a incidência do princípio da boa-fé objetiva, através da vedação do comportamento contraditório”.

A contradição deve ser entendida como a incompatibilidade existente entre os objetos dos dois comportamentos praticados.

Essa exteriorização, ou, como aponta Judith Martins-Costa²²⁷, esse sistema de referências extracontratual, pode assumir qualquer manifestação, independentemente da forma, contanto que ligadas a eventos anteriores, paralelos ou similares; ou a pessoa ou a conduta do contraente; ou a afirmações por ele produzidas ou suscitadas por sua conduta; ou nas condições de inteligibilidade plena e adequada.

²²⁷ Judith Martins-Costa, A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança, p. 100.

A inexistência desta “conduta vinculante” não implica, por certo, que não tenha havido confiança de uma das partes em determinada situação jurídica.

O que falta é um elemento essencial para a aplicação da proteção jurídica da confiança, que é a auto responsabilização daquele que deu ensejo à confiança de outrem, pela sua própria conduta.

Sem esse elemento por parte daquele que foi objeto de confiança, esta não possui os elementos necessários para receber uma proteção jurídica, uma vez que não se pode afirmar que houve uma “expectativa legítima” da outra parte.

Daí decorre que não haverá violação do princípio quando se estiver diante de situações em que a intenção do agente não está clara ou quando a suposta violação decorrer de uma percepção errônea por parte de quem confia.

Além da prática do “factum proprium”, é indispensável que este desperte na contraparte ou em terceiro uma legítima confiança na conservação de seu sentido objetivo.

Quanto a esta confiança, ensina Anderson Schreiber, ressaltando a relevância da análise do caso concreto para a sua constatação²²⁸:

A confiança que se perquire aí não é um estado psicológico, subjetivo, daquele sobre quem repercute o comportamento inicial. Trata-se, antes, de uma adesão ao sentido objetivamente extraído do factum proprium. Somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não cumulativos: (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo factum proprium, (ii) a divulgação pública das expectativas motivadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no

²²⁸ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 134.

comportamento inicial, (iv) o grau elevado de repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante.

E, no mesmo diapasão Menezes Cordeiro²²⁹, relacionando os dois pressupostos já explanados, leciona que é preciso “a actuação de um fato gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica” e “a adesão do confiante a este fato”, “um determinado investimento de confiança”.

A existência de um prejuízo sugere a caracterização da confiança. É preciso, contudo, que esta confiança seja legítima, ou seja, derive diretamente do comportamento inicialmente praticado.

O “factum proprium” deve ser passível de despertar uma legítima confiança em uma pessoa normal, colocada na posição de confiante e que este adira ao fato gerador desta confiança.

Menezes Cordeiro²³⁰ preceitua que são exigidos, simultaneamente, um elemento objetivo, qual seja, a realização de um fato gerador de legítima confiança e um elemento subjetivo, consubstanciado na adesão do confiante a este fato. E complementa que, ainda que exista o elemento objetivo, se aquele que confia não aderiu, por qualquer razão ao fato gerador, não é cabível qualquer proteção jurídica.

A “conduta vinculante” também precisa estar inserida na mesma situação jurídica em que ocorrer a conduta contrária à confiança, independentemente de uma pluralidade de sujeitos. Não é necessário que a relação jurídica seja criada pela “conduta vinculante”, mas esta deve ser relevante para a situação jurídica em que se insere.

²²⁹ Da boa fé no direito civil, p. 758.

²³⁰ Da boa fé no direito civil, p. 780.

Deve estar-se diante, portanto, de uma imputação ou responsabilidade pela situação de confiança, ou seja, o sujeito que infundiu a confiança deverá responder por ela. Não se admite, por exemplo, que A inspire a confiança e B venha a ser responsabilizado pela situação.

Desta forma, foge do âmbito de aplicação do princípio aquele sujeito que confia em outro, com base no comportamento que este teve em outra situação jurídica, ainda que, neste caso, aquele que confia esteja ou possa vir a estar protegido pela boa-fé.

Por igual motivo, é necessário que a confiança seja justificada, ou seja, ela deve ter uma relação estreita com a “conduta vinculante”. Assim, a conduta do agente que confia (e pratica o abaixo referido “investimento de confiança”) deve encontrar sua justificativa, principalmente, na “conduta vinculante”.

Deve haver, portanto, a essencialidade da situação de confiança, tendo em vista que a confiança criada deve ter sido determinante na atividade jurídica do sujeito, sem a qual o indivíduo não teria agido.

Não é necessário, contudo, que o “investimento de confiança” esteja fundamentado, exclusivamente, na conduta vinculante, mas esta deve ser relevante o suficiente para justificar aquela.

O penúltimo elemento é o denominado “investimento de confiança”, ou seja, deve ter sido realizada uma ação por parte daquele que confiou, com base na conduta alheia, ação esta que não teria sido perpetrada não fosse a legítima confiança depositada em outrem. Ou seja, deve haver um benefício prático efetivo ao sujeito para que se reclame a proteção da confiança, de forma que a situação deve trazer uma vantagem ou evitar um prejuízo ao agente.

O que se pretende com a aplicação do “*nemo potest venire contra factum proprium*” é evitar a ocorrência de um dano àquele que legitimamente confiou num

comportamento de outrem. Por derradeiro, não se pode perder de vista que é deveras importante a existência de um dano ou da ameaça de um dano (efetivo ou potencial).

Conforme reza Anderson Schreiber²³¹, o que se pretende com o “*nemo potest venire contra factum proprium*” é “prevenir ou reparar danos, protegendo aquele que legitimamente confiou na coerência alheia”.

Mas deve se atentar que basta o dano potencial. Também não é necessário que sejam sempre danos patrimoniais. Os danos morais podem ser perfeitamente decorrentes da ruptura da legítima confiança.

Deve se atentar que, muito mais hábil é prevenir, impedir a ocorrência da conduta contraditória em qualquer que seja a relação jurídica do que impor o ressarcimento dos prejuízos causados em momento posterior.

Nas palavras de Anderson Schreiber²³²:

E, de fato, é mais eficiente, sob o ponto de vista da composição de conflitos de interesses e da tutela da confiança, impedir, com anterioridade, o venire contra factum proprium, que impor o posterior ressarcimento dos prejuízos resultantes da conduta incoerente.

A norma de proibição do comportamento contraditório possuiria, por derradeiro, um caráter muito mais preventivo do que repressivo, atuando no contexto da legislação moderna, em que se visa, cada vez mais a criação de instrumentos de prevenção dos danos, tais como a execução específica, a tutela antecipada, entre outros.

Neste sentido, continua o referido autor²³³:

²³¹ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 145

²³² Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, pp. 155-156.

A norma de proibição do comportamento contraditório tem assim um caráter primordialmente preventivo, que se confraterniza com as mais festejadas teorias do direito contemporâneo. Com efeito, a complexificação da vida social, sem reformas profundas da estrutura do direito processual e do próprio Poder Judiciário, tem gerado, por toda parte, vicissitudes relacionadas à lentidão das soluções jurisprudenciais e à dificuldade de acesso à justiça. É como reação a tais vicissitudes que a legislação processual mais recente vem ampliar as hipóteses de antecipação de tutela, as possibilidades de execução específica e monitória, e os meios alternativos de solução de conflitos, em especial a arbitragem. No âmbito do direito civil, entre outras medidas, tem se atribuído uma importância cada vez maior aos instrumentos de prevenção de danos, e o nemo potest venire contra factum proprium sintoniza-se com esta tendência.

27 A confiança e a responsabilidade civil pré-contratual

A teoria de proteção à confiança foi aprofundada por Hans Dölle que introduziu as ideias da confiança e da necessidade da sua proteção como estando na base da responsabilidade pré-contratual ou da culpa *in contrahendo*.

O essencial da construção de Dölle para a culpa *in contrahendo* foi o seu amparo na confiança. A ideia não era nova na altura. A especialidade esteve em dar, da confiança, uma ideia mais clara, fazendo dela, um conceito jurídico eficaz e não uma simples referência de apoio linguístico. Faltou, porém, preencher, em termos dogmáticos precisos, a passagem da situação de confiança criada para os deveres manifestados *in contrahendo*. Disso encarregar-se-ia Ballerstedt. Para este autor, a criação, por uma das partes, de uma situação de confiança e o aproveitamento, pela outra, da situação criada, corresponderiam a uma segunda forma de constituir negócios jurídicos, sistematicamente

²³³ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 156.

correta. Ficaria assim clara a caracterização contratual que, desde sempre, fora reconhecida nos deveres pré-contratuais²³⁴.

Na atual doutrina portuguesa, vários autores reconduzem a responsabilidade pré-contratual à tutela da confiança.

Menezes Cordeiro observa que —a culpa *in contrahendo* funciona, assim, quando a violação dos deveres de proteção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela atividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo que, em termos de normalidade, as partes lhe atribuem²³⁵.

Segundo Almeida Costa, —através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração²³⁶.

Depreende-se das suas lições de Direito das Obrigações que Menezes Leitão²³⁷ aborda a questão no mesmo sentido. Diz este autor que a — complexidade da formação do contrato vai criando sucessivas situações de confiança nas partes, que seria inaceitável que não viessem a ser juridicamente protegidas através da responsabilidade

²³⁴ António Menezes Cordeiro, Da boa fé no direito civil, p. 561; Manuel Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, p. 101.

²³⁵ António Menezes Cordeiro, Da boa fé no direito civil, p. 584. A culpa *in contrahendo* portuguesa consagra um subsistema misto: não protege, em exclusivo, a confiança ou a materialidade subjacente, uma vez que, para se efetivar, exige sempre a culpa do responsável. Embora em termos objetivos, ela entra sempre em linha de conta com as características das pessoas envolvidas.

²³⁶ Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das obrigações, p. 303. Convém salientar, todavia, que o alicerce teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico.

²³⁷ Luís Menezes Leitão, Direito das obrigações, vol. I, p. 359.

civil. É essa a função da responsabilidade pré-contratual, consagrada no art. 227.º(...)93/94II.

O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça português não é diverso, e em vários acórdãos, consagrou na sua jurisprudência a doutrina acima referida²³⁸. A título exemplificativo, citamos o Acórdão de 22-05-1996²³⁹, o Acórdão de 11-09-2007²⁴⁰, o Acórdão de 10-12-2009²⁴¹, o Acórdão de 16-12-2010²⁴², etc.

Um recente Acórdão de 03-03-2010, do Tribunal da Relação de Évora, afirma que —a base essencial deste instituto (culpa *in contrahendo*) assenta na tutela da confiança depositada por um dos negociadores na boa fé do outro e consequentes expectativas que este lhe cria durante as negociações em relação à correta condução das mesmas com vista à futura celebração de um contrato válido e eficaz, impondo desta forma uma obrigação mútua e recíproca de condução das negociações com lealdade, seriedade e probidade²⁴³.

Oliveira Ascensão sustenta uma posição oposta a que se acaba de expor. Citando Mário Bessone e Francesco Benatti, considera improfícuas as tentativas de outorgar um lugar cimeiro à confiança na ordem jurídica portuguesa. O artigo 227.º do Código Civil, sustenta o mesmo autor, dá uma base, que dispensa o ancorar mais arriscado em vastas ponderações doutrinárias.

Por outro lado, só tem sentido pesquisar um princípio da confiança, prossegue, se estiver em causa a confiança individual, realmente posta por uma parte na atuação da outra.

²³⁸ <http://www.dgsi.pt>

²³⁹ Proc. n.º 004386

²⁴⁰ Proc. n.º 07A2402

²⁴¹ Proc. n.º 3795/04.9TVLSB.S1

²⁴² Proc. n.º 1212/06.9TBCHV.P1.S1

²⁴³ <http://www.dgsi.pt>

Na realidade, continua, a doutrina transita, sem tal se aperceber, de uma busca do investimento subjetivo da confiança para uma ponderação objetiva da racionalidade dos comportamentos.

Pergunta-se assim se são justificadas as despesas feitas por uma parte no desenrolar das negociações, quando elas vieram a ficar inutilizadas por consequente comportamento alheio.

Esta análise objetiva não ganha, segundo ele, em ser conduzida sob o rótulo da confiança. Trata-se de encontrar a justificação do comportamento da parte à luz de um juízo de normalidade e não pela razão individual de ter confiado na celebração do negócio pela outra parte²⁴⁴.

Conclui, então, Oliveira Ascensão que —nada adianta falar em dano de confiança, que se contraporia ao dano do não cumprimento. É claro que este dano é alheio ao dano do não cumprimento, (...) mas não recebe esclarecimento nenhum pelo facto de ser designado dano de confiança. (...) as indicações que se lucram, pelo apelo à noção de confiança, são tão ténues que mais vale dispensar essa noção.

Bastará o comando geral da boa fé e os deveres específicos em que este se traduz. A confiança só releva quando a lei para ela apelar numa situação típica²⁴⁵.

Carneiro da Frada contesta os entendimentos da confiança que não se reconduzam à tutela das expectativas, mas considera irreduzíveis à violação de deveres específicos as verdadeiras situações geradoras de confiança.

Essas originariam um novo tipo de responsabilidade pela confiança; que, não se fundando em violação de dever, não suporia a prática dum ilícito; e que deste modo

²⁴⁴ José de Oliveira Ascensão, *Direito civil – teoria geral*, vol. II, p. 447.

²⁴⁵ José de Oliveira Ascensão, *Direito civil – teoria geral*, vol.II, p. 448.

poderia responsabilizar objetivamente outrem, independentemente de qualquer reprovação da conduta deste. Isso resultaria de imperativo ético, contido na ideia do Direito²⁴⁶.

Existe responsabilidade pela confiança, escreve o referido autor, —quando a criação-defraudação da confiança constitua o vero fundamento da obrigação de indenizar.

Na sua extrema singeleza, esta percepção permite traçar com rigor o âmbito possível e legítimo da responsabilidade pela confiança.

Defende-a principalmente das extensões indevidas que a mesclam com o reconhecimento de que a criação ou promoção da confiança representa um escopo, ora precípua, ora secundário, mas sempre presente, de inúmeras soluções jurídicas: fundamento e fim não se confundem²⁴⁷. Trata-se no dizer do autor da teoria pura da confiança²⁴⁸.

28 Inalegabilidade das nulidades formais

Outro aspecto comentado como exemplo de aplicação do *venire contra factum proprium* consiste na inalegabilidade das nulidades formais.

Trata-se da hipótese em que, devido a especiais circunstâncias, impede-se a alegação da nulidade pela parte a quem esta aproveitaria, quer por ter dado causa a esta, quer por se tratar de nulidade de forma, não de conteúdo.

²⁴⁶ Comentário de José Oliveira Ascensão (José de Oliveira Ascensão, Direito civil – teoria geral, vol.II, p. 308).

²⁴⁷ Manuel Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, pp. 902 e ss.

²⁴⁸ Manuel Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, pp. 904 e ss.

Neste caso, o fato próprio é um ato nulo, sendo esta nulidade, entretanto, de caráter meramente formal²⁴⁹. É uma das reduções teleológicas a que se deve necessariamente chegar para se ter uma compreensão adequada do que seja a nulidade e sua relação com a boa-fé objetiva.²⁵⁰

Trata-se de um imperativo de justiça material, que leva ao cumprimento dos contratos, ainda que nulos, entre as partes, quando isto for possível.

Assim, pela inalegabilidade das nulidades formais, não se pode, em juízo, postular a nulidade de atos jurídicos, quer bilaterais ou unilaterais, a que o postulante deu causa à nulidade, quando esta for de caráter formal.

Por caráter formal se entende a nulidade por vício de forma pública e também toda e qualquer nulidade que não diga respeito à substância do ato.

²⁴⁹ Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior. (Resp n. 95539-SP Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR). Restou consignado pelo então relator Min. RUY ROSADO que o sistema jurídico nacional deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema. De outra feita, consignou-se que o terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado por erro próprio da administração, sob a "aplicação dos princípios de que *nemo potest venire contra factum proprium* e de que *nemo creditur turpitudinem suam allegans*" (Resp. n. 47.015(94.011462-1) – SP Relator Ministro ADHEMAR MACIEL).

A Corte portuguesa “Supremo Tribunal de Justiça”, adota este conceito de forma ampla:

Nº Convencional:JSTJ00042324 Relator:AZEVEDO RAMOS

Nº do Documento:SJ200201240040666

Data do Acórdão:24/01/2002

Sumário : I - Usurpa poderes próprios e da competência exclusiva da Assembleia da República - uma Câmara Municipal que delibera aprovar um loteamento condicionando-o ao pagamento de "contribuição para maior despesa" ou "tributo especial", pois este deve ser tratado como imposto. II - Tal deliberação está ferida de nulidade, invocável a todo o tempo por qualquer interessado, e podendo sê-la declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal. III - Age com abuso de direito, na modalidade de "*venire contra factum proprium*", o autor que invoca a nulidade e pede a restituição do "tributo especial" quando antes adoptou conduta pela qual criou a Câmara Municipal confiança na correcção da contribuição e não arguição de qualquer nulidade (perguntado pelo réu se aceitava a proposta de contribuição de X, aceitou-a, prestou garantia hipotecária ao seu pagamento e, mais tarde, quando pretendeu a anulação do alvará, reafirmou a sua intenção de a pagar). g.n.

²⁵⁰ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Da boa-fé no direito civil, p. 790.

29 Efeitos da aplicação do instituto

A sanção primordial ao comportamento contraditório seria a inadmissão ou o impedimento do exercício de determinada situação jurídica subjetiva em violação à boa-fé e à legítima confiança.

Mas a paralisação da conduta contraditória, embora recomendável, muitas vezes não seria possível, por uma série de motivos: primeiro porque a tutela jurisdicional nem sempre chega a tempo de obstar o exercício da conduta incoerente; segundo, porque ainda que chegue a tempo a referida tutela, pode ser que o órgão julgador opte por admitir a conduta contraditória, ainda que ilegítima, em atenção a outros valores protegidos em maior grau pelo ordenamento civil-constitucional; e, por último, tem-se a situação que, ainda que seja reconhecida a conduta contraditória, pode ocorrer, na prática, a violação deste comando jurisdicional.

Neste sentido, todas as vezes em que não se puder impedir a ocorrência do comportamento contraditório, e se encontrar caracterizada a violação à tutela da boa-fé e confiança, surgirá, para a vítima, o direito à indenização pelos prejuízos causados.

Trata-se da sanção secundária ou supletiva, decorrente dos ditames genéricos de nosso ordenamento jurídico.

Nas palavras de Anderson Schreiber²⁵¹:

“É certo que o dano eventualmente causado por um venire contra factum proprium deve ser ressarcido. Alguns autores sustentam, todavia, que tal conclusão não deriva de qualquer elemento ou característica do venire contra factum proprium, mas da “regra geral” de que todo dano injustificadamente causado merece ressarcimento. (...) De fato, sendo o comportamento contraditório violador da confiança tomado como um

²⁵¹ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, pp. 158-159.

comportamento abusivo, a vítima está, exatamente por esta razão, habilitada a obter indenização. Basta que sejam provados todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil (ação ou omissão do agente, nexo de causalidade e dano) para que haja o dever de indenizar. Em outras palavras, provando-se que o prejuízo da vítima é consequência direta de uma conduta contraditória de outrem, e que houve a lesão à tutela da confiança, haverá o direito ao ressarcimento dos danos”.

Não é preciso que se demonstre a culpa ou qualquer estado subjetivo daquele que praticou o “venire contra factum proprium”.

Poder-se-ia enfrentar a questão como uma forma de abuso de direito, por violação à boa-fé objetiva, nos termos do disposto no artigo 187 do Código Civil.

Também é importante ressaltar que muito se discute na doutrina acerca da possibilidade de ser pleiteado o desfazimento da conduta contraditória. Ora, ante todo o exposto, não é difícil se concluir que o desfazimento do comportamento pode ser tomado como uma verdadeira modalidade de reparação do prejuízo causado à vítima e deve ser possibilitado ante a tendência do direito contemporâneo de privilegiar a real satisfação dos interesses em conflito e a execução específica.

Importa, a esta altura, registrar que a invalidade do negócio muitas vezes acarreta violação aos direitos de terceiros, e mesmo do contratante de boa-fé, que têm razões para crer na regularidade do negócio e na produção de seus efeitos.

Tal conflito remete ao princípio da confiança. Ou seja, à confiança depositada na validade e na eficácia de determinado negócio.

Forte em Karl Larenz e Juan Carlos Rezónico, Cláudia Lima Marques observa que a confiança é “um princípio imanente de todo o direito, é uma diretriz das

relações contratuais”, uma “fonte autônoma (Vertrauenstatbestand) de responsabilidade (Vertrauenshaftung)”²⁵².

Ao tomar uma decisão responsável, prossegue a autora, uma pessoa deve poder confiar na atuação alheia e nas condições criadas pelos outros, para poder determinar o resultado de sua ação, de modo que as condutas na sociedade devem fazer nascer expectativas legítimas nos que nelas confiam²⁵³.

Para Arruda Alvim²⁵⁴:

“O que está implicado no negócio jurídico, inclusive, senão principalmente, como opção do legislador, é a ponderação dos valores da vontade e da sua declaração, no sentido de ser imaginável pender-se para uma outra. Se se atribuisse valor e significação à vontade, em detrimento da declaração que a albergasse, descartando-se em escala apreciável a declaração para concluir que a vontade (= vontade íntima, estritamente subjetiva e não objetivada) é diferente da declarada, haver-se-á de questionar como ficaria a confiança daquele que na declaração confiou, que, ademais, terá confiado de boa-fé. Aquele que quer e que declara o que quis, não tem uma responsabilidade em relação àquele a quem a declaração se endereça? São estes valores que gravitam em torno do negócio jurídico, quais sejam: vontade, declaração, confiança (que deve ser atribuída à declaração), em função da responsabilidade do que declara, em relação ao outro. Estas realidades é que impende sopesar e equacioná-las em texto – tais como estavam no art. 85 do CC de 1916 e estão no art. 112 do CC. Este último, curialmente, disciplinou melhor o assunto.”

²⁵² Cláudia Lima Marques, Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, pp. 18-19.

²⁵³ Cláudia Lima Marques, Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, p. 19.

²⁵⁴ Arruda Alvim, A função social dos contratos no novo Código Civil, p. 15.

Cláudia Lima Marques²⁵⁵ enfrenta o tema do princípio da confiança com afirmações que merecem transcrição:

“Para Larenz, o princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo (Selbstbestimmung), responderá pelos seus atos (Selbstverantwortung) e respeitará a dignidade das outras pessoas (Achtung der Personwürde), criando maior harmonia nas relações jurídicas. Como ensina Luhman, a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (geordneten Handelns) do indivíduo. A confiança é, portanto, um elemento básico comum ou suporte fático da vida em sociedade (ein elementare Tatbestand des sozialen Leben). Ela nos faz atuar, sair de nossa passividade. Como ensina Lotufo, ‘etimologicamente, negócio jurídico não significa um ato, mas um conjunto de atividades: nec + otium, que se pode traduzir em não-ócio’.”

A mesma autora pondera que a confiança “é um padrão mais visual e menos valorativo ou ético, atuando como verdadeiro paradigma mais vinculado a percepções coletivas e ao resultado fático”²⁵⁶.

Alberto Trabucchi²⁵⁷ cuida especificamente do princípio da confiança para as hipóteses em que a vontade do contratante não coincide com a que foi declarada, apontando, então, a divergência entre a vontade e o negócio aparente, e concluindo que ela deve ser solucionada à luz do princípio que tutela o tráfico.

²⁵⁵ Cláudia Lima Marques, Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, pp. 19-20.

²⁵⁶ Cláudia Lima Marques, Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, p. 31.

²⁵⁷ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, p. 158.

Segundo o autor, o princípio da confiança não significa consagrar o valor absoluto da aparência, mas proteção à boa-fé²⁵⁸. E acrescenta que as exigências da vida impõem aplicação mais humana e menos rígida dos princípios, observando que a confiança será protegida a partir da aparência do que seja digno de credibilidade, procedendo-se a uma valoração objetiva da situação²⁵⁹.

Celia Weingarten²⁶⁰, na tentativa de definir a confiança, assinala:

“Segundo o define o dicionário da Real Academia Espanhola, a palavra confiança indica que é a esperança firme que se tem de uma pessoa, instituição, organização ou situação concreta e definida. O sociólogo e economista Francis Fukuyama a define como a ‘expectativa que surge dentro de uma comunidade de comportamento normal honesto e cooperativo, baseada em normas comuns compartilhadas por todos os membros dessa comunidade’, e se conforma em um consenso social estruturado sobre pautas culturais e valores morais transmissíveis genericamente em um âmbito de normalidade ou de indução; é aí, então, que a confiança se objetiva e se acumula como um capital social intangível.”

Em seguida, centrada no pensamento de Niklas Luhmann, afirma que a confiança emerge de expectativas de continuidade que formam princípios seguros pelos quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas²⁶¹.

Alberto Trabucchi observa que é possível recorrer ao conceito de risco para reconhecer a responsabilidade daquele que, sem culpa, desperta a confiança alheia: “Por isso, em lugar de se pensar em atribuir à responsabilidade o mesmo valor da vontade,

²⁵⁸ Sobre a boa-fé objetiva, como a presença da ética nos contratos, ver: Álvaro Villaza Azevedo, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*: curso de direito civil, p. 28-31.

²⁵⁹ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, pp. 158-159.

²⁶⁰ Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, p. 45.

²⁶¹ Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, p. 46.

é preferível recorrer ao conceito de risco ao qual se expõe o que desperta sem culpa confiança em outro”²⁶².

O autor italiano alerta para a necessidade de se estabelecerem limites à tutela da confiança e da aparência e invoca exemplo de nulidade fundada em violência ou falsidade em que não se justifica a prevalência do interesse do terceiro em prejuízo do interesse da vítima do negócio inválido²⁶³.

A observação é relevante. De fato, a tutela da confiança, assim como a dos interesses dos envolvidos nos contratos eivados de vício ou ilegalidade, só pode ser assegurada se houver um valor soberano que a justifique.

Não se pode, antecipadamente e em caráter absoluto, consagrar a invalidade ou a validade do contrato ou negócio, sem confrontar os valores a proteger: validar ou invalidar o negócio, ou prestigiar seus efeitos são questões a serem solucionadas sempre tendo em conta os valores e princípios envolvidos no conflito.

Alberto Trabucchi²⁶⁴, tratando do direito italiano, pondera que a anulação não atingirá interesses de terceiros quando eles agirem de boa-fé e houverem adquirido direitos a título oneroso, mas a proteção não terá a mesma intensidade nos casos de negócios nulos.

Contudo, recorda que a transcrição da demanda destinada a decretar a anulação ou a nulidade do negócio no Cartório de Registro de Imóveis após cinco anos da celebração não poderá prejudicar interesses de terceiros que tenham realizado negócios

²⁶² No original: “*Per questo, anziché pensare di attribuire alla responsabilità lo stesso valore della volontà, si preferisce ricorrere al concetto di rischio al quale si espone chi há causato l'altrui affidamento non colposo.*” (Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, p. 159).

²⁶³ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, pp. 159-160.

²⁶⁴ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, p. 160.

com amparo no pacto nulo ou anulável, se tiverem agido de boa-fé e transcrito o novo negócio antes da averbação da demanda²⁶⁵.

No exemplo oferecido pelo autor, Tizio aliena um bem a Caio por negócio nulo em 30 de abril de 2000. Em seguida, doa o bem a Sempronio, que o recebe de boa-fé e registra a doação em 2002. Posteriormente, Tizio ajuíza ação para declaração de nulidade do negócio. Se a averbação da ação ocorrer após cinco anos da realização do contrato (abril de 2005), a sentença de procedência não poderá atingir os direitos de Semprônio, o que será possível se a transcrição ocorrer antes da referida data.

No direito italiano, pois, é possível identificar a hipótese como de negócio nulo que produz efeitos válidos e eficazes em relação a terceiros, por expressa previsão legal.

Cuida-se de reconhecer, portanto, que a aparência de validade do negócio nulo – que, portanto, não poderia produzir efeito algum, segundo a clássica doutrina –, acaba por ter efeitos regulares, como se válido fosse, exclusivamente porque desperta a confiança dos terceiros, que merecem, por opção do legislador, proteção superior à que se pretendia conferir ao interesse público consagrado como causa de nulidade.

Ainda que estabelecendo um prazo limite para a incidência do efeito protetivo, o dispositivo é exceção à regra geral de que negócios nulos não produzem efeito. Reconhece, nessa passagem, que há hipóteses em que valores superiores à proteção de interesses públicos que geram a nulidade justificam a preservação de sua eficácia.

Celia Weingarten aduz que a confiança é um centro de atribuição de efeitos negociais – o que se opõe, segundo a autora, à dogmática tradicional, para quem a autonomia da vontade, exclusivamente, é criadora de efeitos jurídicos.

²⁶⁵ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, p. 227.

De todo modo, prossegue, o contrato não esgota as possibilidades de criação de obrigações, pois ele não contempla todas os fenômenos sociais. Assim sendo, “a socialização do direito contratual” mitiga a afirmativa de que a autonomia da vontade é o principal centro de constituição de obrigações.

Para a autora, portanto:

“Hoje se admite a existência de vínculos contratuais válidos em casos em que a estrutura do ato jurídico – base da conformação contratual (discernimento, intenção e vontade) – está irremediavelmente afetada; pois apesar da nulidade do contrato, considerações sociais e econômicas fazem que o ordenamento jurídico se veja obrigado a recorrer à ‘ficção’, aceitando-os como válidos.”²⁶⁶

Tal afirmação, indica que as obrigações estão se amparando cada vez mais em critérios objetivos, mais distantes da obediência ao acordo de vontades.

O princípio da confiança desempenha então importante papel, ao contribuir para a compreensão das razões pelas quais o negócio nulo pode produzir efeitos, apesar da invalidade.

Em trecho de grande interesse para o enfrentamento do tema dos efeitos válidos do negócio nulo, a autora afirma:

“Não é, então, a vontade que fundamenta o contrato, como o postula a teoria clássica, mas a confiança juridicamente protegida. A vontade é apenas um dos centros de imputação de efeitos negociais, mas se encontra enormemente reduzida na atualidade, sendo hoje o contrato de negociação individual a exceção, sendo o modelo prevalente o de adesão. Existem efeitos jurídicos que não estão conectados a uma declaração de vontade, mas sim a uma situação objetiva à qual o ordenamento atribui efeitos

²⁶⁶ Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, p. 124.

jurídicos. Do ponto de vista da empresa, ela se obriga em função da aparência e da expectativa jurídica criada, e do ponto de vista do consumidor implica uma aceitação da aparência que decorre da confiança.”²⁶⁷

Em função da confiança depositada na outra parte, surgem legítimas expectativas que o contratante tem direito de ver protegidas.

A confiança como princípio merecedor de proteção nas relações jurídicas se relaciona à aparência que, muitas vezes, haverá de prevalecer em relação à realidade e atuará como fonte de direito.

Aquele que contribui para a aparência de determinada situação fica obrigado a assegurá-la, uma vez que terá produzido na outra parte uma sensação de confiança naquilo que aparenta ser.

Os elementos identificadores da aparência merecedora de proteção pelo ordenamento jurídico são: “a) um elemento objetivo ou material que alude a uma situação de direito representado por um conjunto de signos exteriores que por sua semelhança ou reiteração no tempo permite albergar expectativas jurídicas; b) um elemento subjetivo ou psicológico que alude à situação concreta de quem invoca a aparência em seu favor”.

Celia Weingarten afirma que o contratante atua com amparo na aparência e é necessário que não tenha podido conhecer a verdadeira realidade, o que distingue o instituto e outros “modelos normativos abstratos que valoram a conduta dos indivíduos de forma uniforme”.

E o elemento objetivo que caracteriza a aparência é a intensidade ou a potencialidade de induzir um comportamento, que deve ser conjugado com o elemento subjetivo, para que se verifiquem as condições da pessoa de se convencer daquela falsa realidade.

²⁶⁷ Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, pp. 125-126.

Claudia Lima Marques sustenta que “quando uma pessoa toma uma decisão responsabilmente deve poder razoavelmente determinar seu resultado, mas, em última análise, deve poder confiar na atuação de outros e nas condições e relações criadas por outros para também poder atuar”.²⁶⁸

E prossegue:

“Para Larenz, o princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo (Selbstbestimmung), responderá pelos seus atos (Selbstverantwortung) e respeitará a dignidade das outras pessoas (Achtung der Personwürde), criando maior harmonia nas relações jurídicas.

*Como ensina Luhmann, a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (geordneten Handelns) do indivíduo. A confiança, é, portanto, um elemento básico comum ou suporte fático da vida em sociedade.”*²⁶⁹

Após relacionar a confiança à aparência, a autora registra:

“Em 2004, na França; aparece a tese premiada de Danis-Fatôme, que reconhece que a aparência é um mecanismo em expansão (mécanisme en expansion) no direito privado com reflexos profundos nos contratos bilaterais, uma nova espécie de triunfo dos fatos sobre o direito (au triomphe du fait sur le droit). Chega ele mesmo a afirmar que hoje a aparência de um ato ou relação se substitui ao próprio contrato ou por vezes é a verdadeira base do contrato. A autora recomenda que a aparência seja reconhecida, em norma positiva, como criando direitos em casos de expectativa legítima (que a autora denomina ‘croyance

²⁶⁸ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 188.

²⁶⁹ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 189.

legitime’), considerando a boa-fé subjetiva (conne-foi-croyance) como uma condição prévia (conditio sine qua non) para que a aparência afaste as outras normas. Concluindo, preconiza a criação de um novo efeito obrigatório da informação, mesmo que falsa e na publicidade, se a aparência cria expectativas legítimas) em pessoas de boa-fé, preconiza também a ineficácia de cláusulas escondidas (clauses ‘cachées’), enfim, uma juridicização maior da aparência no direito civil dos contratos.”²⁷⁰

Zeno Veloso²⁷¹ faz coro a tais conclusões, observando que o desfazimento de situações constituídas com amparo na aparência de legitimidade pode prejudicar enormemente pessoas de boa-fé “que confiaram no que era confiável para o comum dos homens, agride e conturba, também os postulados da certeza e segurança do direito”. E prossegue: “A segurança é um princípio tão necessário e importante quanto o da legalidade”.

Em suas reflexões sobre o tema, Claudia Lima Marques nota que na nova teoria contratual predominará a declaração da vontade e sua aparência, em detrimento da vontade interna, prestigiada pela doutrina tradicional.

E critica os que valorizam o dogma da vontade em detrimento da segurança das relações jurídicas. Arremata, afirmando:

“Enquanto a Willenstheorie de Savigny valoriza o dogma da vontade, como criadora e única legitimadora do vínculo, peca por desconsiderar a necessidade de segurança das relações jurídicas. Assim, propõe a anulação do contrato mesmo tendo em vista a dificuldade de prova da vontade interna da pessoa, e uma eventual boa-fé do outro contraente ou de terceiro que adquiriu o bem. A teoria da confiança (Vertrauensstheorie), abrandamento da antiga declaração, valoriza-se mais a vontade declarada do que a vontade interna, tudo como o fim de dar maior certeza e

²⁷⁰ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, pp. 193-194.

*segurança às relações contratuais. É o elemento social, representando pela confiança ganhando força em significação. De modo que, pela teoria da confiança, hoje majoritária admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações”.*²⁷²

É adequado, pois, invocar o pensamento de Claudia Lima Marques para sustentar que, nas hipóteses de negócios nulos, pode haver justificativa para, em nome da proteção da confiança, das legítimas expectativas, da segurança das relações jurídicas, prestigiar sua eficácia sempre que a contrariedade à norma que decreta sua invalidade for desproporcional ao efeito sancionatório previsto.

No que tange à confiança, Paulo Mota Pinto²⁷³ pondera que sua incidência vai desde a mera proteção indenizatória até o reconhecimento da eficácia definitiva do negócio.

E acrescenta que esse princípio é frequentemente associado ao da proteção do tráfico jurídico, ou seja, no “interesse geral na certeza das transações, de suma importância para a realidade econômica”²⁷⁴.

Hélio Borghi²⁷⁵ afirma que o fundamento da teoria da aparência é “justamente a imperiosidade de ordem social e, portanto, política, de se garantir a estabilidade aos negócios jurídicos, dando, assim, integral validade aos interesses legítimos que procedem de modo correto em seus atos”.

²⁷¹ Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*, pp. 363-364.

²⁷² Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 212.

²⁷³ Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento contudente no negócio jurídico*, p. 429.

²⁷⁴ Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento contudente no negócio jurídico*, pg. 430.

²⁷⁵ Hélio Borghi, *Teoria da aparência no direito brasileiro*, p. 45.

Na lição desse autor:

“A aparência do direito produzirá efeitos semelhantes à realidade de direito, não sendo de se levar em grande consideração a afirmação, já aludida, de que tais efeitos prejudicarão os interesses do verdadeiro titular do direito, pois este dispõe, normalmente, de meios legais para impedir que alguém ilegitimado possa usurpar seus direitos; mas, se porventura não usar ou não puder dispor de tais meios deve, então, respeitar a situação do terceiro que agiu com correção no negócio jurídico ultimado, levando em conta a consideração da aparência de direito em relação ao outro agente do negócio (o não titular do verdadeiro direito). Nesta hipótese, resta ao titular do direito a possibilidade de pleitear a reparação dos prejuízos sofridos, em face ao titular aparente.”²⁷⁶

Mais uma vez, pois, é correto extrair das lições referidas que o que se tem em vista no campo das invalidades são os valores a tutelar. Prestigiam-se os que forem mais dignos de proteção, mais relevantes do ponto de vista do equilíbrio das relações sociais e mais úteis à preservação de uma organização solidária no campo das relações jurídicas.

Se tais valores forem prestigiados pela manutenção do contrato que o ordenamento relaciona entre os passíveis de nulidade, não se haverá de declarar a invalidade que, como sanção, deve ser justificada pela violação às mesmas finalidades indicadas.

Menezes Cordeiro aponta o *venire contra factum proprium* “numa de 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 estritamente adstrita, declare pretender avançar com certa atuação e, depois, se negue”.

No caso específico das nulidades, o autor português afirma o seguinte:

“A pessoa que manifeste a intenção de praticar um acto e, a isso, não fique vinculada, integra, normalmente, a previsão de um negócio inexistente ou inválido. A hipótese mais corrente é a da nulidade. Considerar-se que essa pessoa, caso se retrate, incorre em venire contra factum proprium, representa uma limitação à própria estatuição de nulidade, em termos de ponderação delicada. O agrupamento de facta propria opera, neste campo, com base no tipo de nulidade, podendo ser antecedido de classificação prévia que atenda à natureza do negócio ferido.”

Entre as hipóteses específicas a que se refere Menezes Cordeiro, estão alguns de nulidade que, por sua natureza, não poderiam se sujeitar à regra do *venire contra factum proprium*: a hipótese de um advogado que contrata honorários muito inferiores ao mínimo legal, o que contraria norma imperativa; aquela em que um filho postula a declaração de nulidade por ausência de anuência formal com doação a outro filho; e a situação de nulidade fundada na ocorrência de vício por aprovação de negócio aprovado em assembleia de sócios de que todos participaram, quando o ato legalmente previsto seria a aprovação pelo conselho fiscal.

Vale recordar ainda a afirmação de Fernando Noronha, no sentido de que nulidades resultantes de descumprimento de solenidade exclusivamente probatória não podem ser invocadas por quem estiver cumprindo normalmente o contrato, a despeito de suas nulidades, em decorrência do princípio que veda comportamentos contraditórios.

Embora afirme que o princípio da boa-fé objetiva não basta para justificar a vedação da proibição do comportamento contraditório, Menezes Cordeiro afirma que esse último é concretização daquele²⁷⁷.

²⁷⁶ Hélio Borghi, *Teoria da aparência no direito brasileiro*, p. 45.

²⁷⁷ Da boa fé no direito civil, p. 289.

Na opinião do autor, a teoria da confiança acrescenta um fundamento ao tema: não se pode alterar o comportamento anterior se ele suscitou confiança nas pessoas. Não se trata de vincular eternamente as pessoas a certo comportamento, mas simplesmente de não frustrar a confiança livremente despertada.

Menezes Cordeiro, com percuciência, observa que não são todas as situações que impedirão comportamento contraditório, o que permite a oportunidade de aplicar ou não o princípio, conforme a situação concreta em exame.

O *venire contra factum proprium* é princípio meramente objetivo, que independe de culpa ou de discernimento, segundo parte da doutrina a que se reporta Menezes Cordeiro, que, porém, adverte para a necessidade de não se perder de vista que também o negócio jurídico – e o autor se refere aqui aos seus elementos essenciais e à capacidade de quem declara – é digno de proteção como valor essencial ao ordenamento.

Ao examinar a proibição do comportamento contraditório em face dos principais sistemas jurídicos, Anderson Schreiber esclarece:

*“O venire contra factum proprium – o ir contra os próprios atos – encontrava-se, assim, inserido no âmbito da autonomia privada do indivíduo, que era livre para contrariar o seu próprio comportamento, para alterar suas posições e dar o curso que bem entendesse à sua vontade, independentemente das expectativas eventualmente despertadas pela sua conduta. Além disto, um dever de manutenção de comportamento coerente pareceria retrógrado, desconforme mesmo ao espírito de revolução e rompimento com as instituições pretéritas. Tudo que se pretendia era negar o passado, e a história demonstra que, em momentos assim, a coerência não costuma ser um imperativo”.*²⁷⁸

²⁷⁸ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 187.

As modificações sofridas pela teoria do contrato, porém, acarretaram uma “releitura do direito privado, que, menos obcecada por proteger a autonomia privada como espaço exclusivo de liberdade individual, se empenhe em remodelar o núcleo interno desta mesma autonomia, e de verificar, em cada caso concreto, a sua legitimidade à luz dos valores da sociedade contemporânea, em especial à noção de solidariedade, como respeito à condição humana de todas as pessoas”.

Nesse novo contexto, a autonomia privada se condiciona aos valores ditados pela Constituição, com destaque para a dignidade da pessoa humana e a solidariedade:

“Na perspectiva liberal, o direito atentava tão-somente para a vontade do praticante da conduta, na perspectiva solidarista, o enfoque se estende também, e com especial importância, sobre o destinatário do ato, ou aqueles que sofram seus reflexos”²⁷⁹.

A circunstância de o negócio ser nulo por infringir norma imperativa não poderia, em princípio, ser superada pelo comportamento da parte que, prevalecendo-se de conhecer a causa da invalidade – enquanto a outra parte a ignora – tira proveito desse fato.

No entanto, se o conteúdo da reprovação da lei não significa reprovação do ordenamento, mas apenas se relaciona à atuação negocial e ao negócio em si, “é adequado limitar a nulidade entendida como não vigência do negócio jurídico no sentido de negar a um dos contratantes a reclamação da nulidade em consideração a seu comportamento, isto é, valha em relação a ele se o outro postula a invalidez”.

Tal posição implica, portanto, no reconhecimento de que há hipóteses de nulidade cujo fundamento não prevalece em relação à boa-fé e a valores que superam a causa determinada pela lei para acarretar a nulidade.

²⁷⁹ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 188.

No Código Civil, pode-se citar o artigo 175 como exemplo de codificação do princípio que veda o comportamento contraditório: a confirmação expressa ou a execução voluntária do negócio anulável importa extinção de todas as ações, ou exceções, de que o devedor dispuser em relação a ele.

O autor identifica em nosso sistema a mesma contradição que se identificava nos sistemas europeus de oito séculos atrás, qual seja, a convivência de disposições que proíbem com outras que autorizam o comportamento contraditório. E registra que as “disposições permissivas não correspondem a situações iníquas, abusivas ou ilegítimas, mas situações em que parece razoável admitir o comportamento contraditório”²⁸⁰.

Para superar tal incoerência, a doutrina passou a buscar o verdadeiro fundamento da proibição do comportamento contraditório: a boa-fé objetiva.

Segundo Andersom Schreiber, uma das funções da boa-fé objetiva é a de “impedir exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas”.

Cuida-se da incidência da boa-fé em sentido negativo, que implica vedação de comportamentos contratualmente estabelecidos, mas que não atendem à cláusula geral de boa-fé. Mesmo que aparentemente lícito, o exercício do direito correspondente torna-se inadmissível, por contrariar a boa-fé.

Contudo, “a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhe prejuízos”.

²⁸⁰ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 190.

Do contrário, sem que tenham sido violadas tais expectativas, “não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior”.

Teresa Negreiros adverte que não são todas as expectativas que justificam a incidência do princípio que veda o comportamento contraditório.

É necessário que “à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada.

Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída”.

Em abordagem de grande interesse ao tema específico do presente trabalho, Anderson Schreiber²⁸¹ registra que nem sempre a vedação ao comportamento contraditório visa à manutenção do comportamento anterior em si, pois ele, em alguns casos, pode ser “antijurídico e o interesse normal do direito seria promover a sua contradição”.

Tais ponderações são adequadas às situações em que o negócio nulo pode ter sua validade ou seus efeitos prestigiados por conta de um comportamento contraditório do contratante a quem beneficiaria a declaração de nulidade.

Anderson Schreiber nota que nas hipóteses em que o Código Civil autoriza o comportamento contraditório, inexistente a confiança ou ela é “desprestigiada

²⁸¹ Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 231.

diante de outros elementos que o legislador presume mais relevantes na situação fática contemplada”²⁸².

A proibição do comportamento contraditório tutela a confiança e “aplica-se primordialmente àqueles atos que não são originalmente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não se tenha manifestado expressamente. Sua aplicação é, por esta razão, dita muitas vezes subsidiária, porque restrita àquele campo em que há não há a incidência direta de norma específica autorizando ou proibindo o comportamento incoerente”.

Segundo Anderson Schreiber, a tutela da confiança atribuiu novos contornos ao *venire*, de maneira que ele não representa mera proibição à incoerência, mas sim “um princípio de proibição à ruptura da confiança, por *meio* da incoerência”.

Assim sendo, prossegue, “a incompatibilidade ou contradição deixa de ser vista como objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial”.

Em geral, é da cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil que se extrai o fundamento normativo do *nemo potest venire contra factum proprium*. E o mesmo se verifica em outros sistemas normativos.

O *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral”; afasta-se do sentido clássico de princípio como mero meio subsidiário, para atuar com um “significado de um comando de conteúdo não-casuístico, genérico, abrangente de uma série relativamente ampla de situações.

²⁸² Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 232.

O princípio em exame tem fundamento constitucional na solidariedade social consagrada pelo artigo 3º da Constituição Federal, o que não exclui a utilidade da adoção da boa-fé objetiva do artigo 422 do Código Civil para facilitação de sua incidência.

Parte da doutrina busca o fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* no abuso de direito. Contudo, o abuso de direito e a boa-fé objetiva não se excluem para fins de fundamentar a vedação do comportamento contraditório. O abuso de direito resulta de uma das funções da boa-fé objetiva, consistente em impedir ações contrárias ao resultado socioeconômico do exercício desse mesmo direito, com lesão a direitos alheios.

Na leitura do artigo 187 do Código Civil, o abuso resulta não apenas da contrariedade à boa-fé, mas também de sua finalidade econômico-social e aos bons costumes e, nesse aspecto, tem conceito mais amplo que o da boa-fé. Nos casos em que a boa-fé impõe comportamentos e serve de critério de interpretação e integração, ela tem abrangência maior que o abuso.

Desse modo: “O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé.”

Para identificação dos pressupostos da aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório, não se deve perder de vista que sua função é proteger a confiança.

Quanto aos negócios nulos, Alejandro Borda considera que, se após a sua realização, o contratante o confirma ou ratifica, expressa ou tacitamente, não poderá ajuizar a ação de invalidação, incidindo no caso a teoria dos atos próprios.

Mais adiante, ao identificar situações em que a teoria incide, pondera ser contrário aos próprios atos alegar a nulidade de contrato, se o considerou válido por anos e dele se beneficiou.

Contudo, Alejandro Borda conclui pela inaplicabilidade da teoria, quando se cuida de nulidade absoluta, referindo-se apenas à exceção decorrente do início da execução.

Marcelo J. López Mesa e Carlos Rogel Vide recomendam cuidado, quando se trata de aplicar a doutrina dos atos próprios aos contratos nulos. Dizem que não se pode aplicá-la quando a primeira conduta é inválida, mas isso não significa que não incida em relação a atos confirmatórios de uma nulidade.

Os autores mencionados advertem ainda que, na jurisprudência argentina há tendência de se recusar a incidência do princípio aos negócios nulos, embora existam decisões que a admitam.

A aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* aos contratos nulos deve ser admitida em conjunto com os demais elementos que se pretende estabelecer como norteadores das hipóteses de admissibilidade dos efeitos próprios do contrato nulo.

Assim sendo, se o contratante atua ciente da nulidade e se comporta depois contrariamente à conduta de reconhecimento do negócio como válido, será preciso verificar se essa conduta que despertou confiança e aparência merece proteção maior do que a razão que justifica a nulidade. Se a conclusão é afirmativa, o negócio nulo há que ser prestigiado, em nome dos diversos valores que preponderam – inclusive a vedação ao comportamento contraditório.

Assim sendo, pela proibição de comportamento contraditório torna-se ilegítima a conduta posterior, podendo assim, se realizada a conduta, surgir o dever de indenizar em virtude da violação de uma obrigação (no caso, por exemplo, de o comportamento posterior contraditório visar a cessação dos efeitos de um contrato). Pode

acontecer, contudo, que a consequência seja a eventual constituição de uma obrigação do agente.”²⁸³

Isto poderia ocorrer, por exemplo, no caso da inalterabilidade da condição para a aquisição de um direito. Trata-se, aqui, da acepção do termo condição de forma mais ampla que o de cláusula acessória de negócio jurídico, ou seja, condição como evento subordinativo, qualquer que seja ele.

Diante deste cenário, o *venire* pode implicar responsabilidade civil, transformando-se em fonte autônoma de criação de direitos e deveres, a ponto de poder implicar mesmo a sua consequente tutela específica pelas regras e princípios próprios da legislação processual civil.

O Código Civil de 1916, em seu art. 74, parágrafo único, estabelecia que “chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito, não deferido quando se subordina a fatos ou condições fálieis”.

Neste sentido, a expectativa poderia ser considerada como um direito futuro não deferido, quando depender de outros elementos externos ao patrimônio de seu titular para se tornar direito adquirido.

Nesta hipótese, a frustração da expectativa seria uma obstacularização maliciosa do fato ou condição subordinante, o que pode implicar *venire contra factum proprium*, nos casos em que a criação da expectativa dependa da atuação de um sujeito de direito que depois viola a regra da boa-fé obstando a conversão da expectativa em direito adquirido.

Estas ponderações se reforçam ao se considerar o sentido do termo “condição” no LICC 6º § 2º. Afirma o dispositivo que: “consideram-se adquiridos assim

²⁸³ Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil” In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume comemorativo, p. 305.

os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Assim sendo, aquele que obsta a condição pode incorrer também em violação da boa-fé objetiva pela frustração da expectativa, incorrendo-se no *venire contra factum proprium* quando a base da expectativa tenha por pressuposto o comportamento daquele que frustra a sua consolidação.

Ou seja, as consequências advenientes da proteção da confiança podem consistir ou na preservação da posição nela alicerçada, ou num dever de indenizar. Em regra, o Direito português exprime a tutela da confiança através da manutenção das vantagens que assistiriam ao confiante, caso a sua posição fosse real²⁸⁴.

Chama-nos, desde logo, a atenção o Prof. Moura Vicente, sobre a designação imprópria do interesse negativo por interesse ou dano de confiança, porque se extrai da lição de Canaris que a responsabilidade pela confiança possui um carácter bifrontal, uma vez que o interesse positivo também se funda na lesão da confiança, sendo por isso configurável um dano de confiança positivo e um dano de confiança negativo²⁸⁵.

Para esta primeira corrente doutrinal, a obrigação de indenizar consagrada no art. 227.º, n.º 1 do Código Civil visa essencialmente o ressarcimento do interesse negativo. No interesse negativo incluir-se-á tanto o dano emergente (as despesas efetuadas por causa das negociações) como o lucro cessante (os benefícios que o lesado teria auferido em virtude de oportunidades negociais falhadas se não se tivessem iniciado as negociações) resultantes da imperfeição ou da ineficácia do contrato^{286 287}.

²⁸⁴ Da boa fé no direito civil, pp. 1249 e ss.

²⁸⁵ Dário Moura Vicente, Da responsabilidade pré contratual, p. 318.

²⁸⁶ Dário Moura Vicente, Da responsabilidade pré contratual, p. 322.

²⁸⁷ Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das obrigações, p. 310. A defesa do ressarcimento dos danos pré-contratuais por ruptura injustificada das negociações pelo interesse negativo é muito presente nas decisões judiciais portuguesas (tanto os mais antigos como os mais recentes).

Posto isto, esta corrente segue duas orientações distintas:

a) A primeira orientação sustenta que a indenização do dano negativo seria em todo o caso limitada pelo interesse positivo, pois que a equidade imporá que não se coloque o lesado em posição mais favorável do que a que ocuparia se o contrato projetado fosse cumprido e bem assim a uma vinculação menor não corresponda uma responsabilidade mais extensa.

b) A segunda orientação preconiza a concessão de uma indenização em princípio correspondente ao interesse negativo, podendo todavia excedê-lo, e mesmo ultrapassar o interesse positivo, quando a culpa causar danos diferentes (v.g. nos casos em que o lesado teria concluído outro contrato mais favorável), pois que de outro modo não seria reparado um dano que, por culpa da outra parte, foi causado ao lesado.

Uma segunda corrente admite a indenização do interesse positivo, ou de cumprimento, nos casos em que, não fora a culpa in contrahendo, o contrato se teria aperfeiçoado, assim como naqueles em que a conduta culposa consista na violação de um dever de conclusão do negócio, por analogia com o art. 275.º, n.º 2.

Relativamente à questão da ressarcibilidade do interesse positivo, em caso de ruptura das negociações, Soares do Nascimento sublinha o facto de que a indenização do interesse positivo implicaria conhecer de todo o conteúdo prestacional do contrato. O lesado teria direito à indenização correspondente ao interesse do cumprimento, menos a prestação que ele próprio teria de realizar. Ora, como não é possível conhecer as prestações a que as partes se vinculariam, não é igualmente possível conhecer o interesse positivo. Logo, a limitação destes casos – ruptura das negociações – ao interesse negativo impõe-se, também (mas não só) por estes motivos pragmáticos.

Esta posição não é sempre seguida pelos tribunais. O Supremo Tribunal de Justiça português, no seu Acórdão de 11-01-2007143, decidiu que:

- 1. Na responsabilidade pré-contratual, em princípio, cabem apenas os danos cobertos pelo interesse contratual negativo.*
- 2. Excepcionalmente, cabe também na responsabilidade pré-contratual, a indemnização pelo interesse positivo, como nos casos em que ocorre uma clara violação da conclusão do contrato (...)*²⁸⁸
- 3.º A reparação dos danos causados, incluindo o interesse positivo*

Na linha de Ruy de Albuquerque, Menezes Cordeiro sustenta a inexistência de qualquer motivo para limitar a responsabilidade do prevaricador ao interesse negativo ou de confiança: ele deve responder, como manda o art. 227.º/1, por todos os danos causados, nos termos gerais, tendo em conta, segundo a causalidade adequada, os lucros cessantes, embora descontando, sempre de acordo com os princípios da responsabilidade, as vantagens advenientes da violação para o prejudicado e, designadamente, não havendo contrato válido, o facto de ele não ter de o cumprir e de não correr os riscos inerentes às vicissitudes contratuais²⁸⁸.

Conforme o Prof. Moura Vicente, esta posição encontra, no Direito vigente, apoio no princípio da reparação natural, que rege a obrigação de indenizar segundo o art. 562.º do Código Civil, e na circunstância de o art. 227.º do mesmo Código não estabelecer qualquer restrição quanto ao dano indemnizável²⁸⁹.

Este foi o posicionamento do Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão, de 09-07-2003, em que afirma que:

—A ideia de que o interesse em causa só poderá corresponder ao interesse negativo funda-se na concepção contratual, mas há que atender ao interesse efectivamente ofendido, o qual poderá situar-se a vários âmbitos (...)

²⁸⁸ ALBUQUERQUE, Ruy de, Da Culpa in Contrahendo, 82 ss, (84); *Apud Menezes Cordeiro*, Da boa fé no direito civil, p. 585.

²⁸⁹ Dário Moura Vicente, Da responsabilidade pré contratual, p. 324.

A autora, na tese por nós supra defendida, no que tange aos danos indenizáveis, teria direito não só aos decorrentes do interesse negativo, mas também do positivo, isto é, o do cumprimento (...)²⁹⁰.

Por fim, no que se refere à violação da lealdade no âmbito das sociedades, a violação do dever de não concorrência e da não apropriação de oportunidades de negócios gera duas consequências para o gerente ou administrador: a) obrigação de indenizar a sociedade pelos prejuízos sofridos decorrente do ato praticado - nos termos da responsabilidade contratual; e, b) destituição do gerente ou administrador por justa causa.

A lealdade está estritamente relacionada ao conflito de interesses²⁹¹. O administrador deverá comunicar a quem competir a existência de tal conflito, bem como se abster de participar da aprovação da operação e todos os contratos deverão ser firmados em condições equivalentes às oferecidas no mercado. No caso de não cumprimento de tais obrigações, o ato será anulável e o administrador poderá ser obrigado a ressarcir a sociedade.

Quaisquer benefícios a si próprio ou a terceiros, inclusive a distribuição de lucros fictícios ou em prejuízo à sociedade e seus bens, bem como quaisquer atos praticados com culpa ou dolo, gerarão responsabilidade e a possibilidade de ajuizamento de ação pertinente.

²⁹⁰ Proc. n.º 4577/2003-2; www.dgsi.pt

²⁹¹ Modesto Carvalhosa considera conflito de interesses uma situação de contraste do interesse do administrador e da companhia que se dá quando o administrador é parte em negócio que a sociedade está pra concluir com ele ou com outros juntamente com ele; em negócio no qual tenha vantagens ou interesse. (Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, p. 3132). Sobre os interesses conflitantes, independentemente do discutido abaixo, cabe esclarecer que se trata de interesse negocial conflitante com o da sociedade seja na intermediação ou contratação de negócios com a mesma. Para que se delibere pela dispensa do impedimento, que deve ser fundamentada, deve-se avaliar cada caso, ou seja, o interesse conflitante em questão que o administrador deve expor e abster da votação que trate sobre esse fato (conflito formal).

Assim, quando o administrador da limitada descumpra seus deveres e a sociedade sofra prejuízos por isso, ele será responsável pelo ressarcimento dos danos e poderá ser afastado de suas funções. O sócio administrador será obrigado ao mais exíguo cumprimento da boa fé objetiva em sua atuação. Ele será responsável, ainda, conforme adiante relatado, se aproveitar indevidamente de bens da sociedade.

Normalmente, quando o administrador incurso em ato de má administração não é o sócio majoritário, este provavelmente será destituído, e responderá à ação indenizatória proposta pela sociedade ou pelos sócios, nos termos da lei.

O problema surge quando o sócio majoritário é o administrador. Isso porque a destituição pelos minoritários é impraticável sem o apelo ao judiciário, pois o ato referente não poderá ser arquivado sem assinatura dele, o que por vezes gera abusos. Ainda, notemos que a ação judicial será objeto de requisitos formais para seu ajuizamento, como veremos a seguir.

Não obstante, verifica-se crescente proteção aos minoritários não só na legislação aplicável às sociedades anônimas, como na doutrina e jurisprudência empresarial em geral.

Tal posição também foi verificada em decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, provada a má atuação, afastou o sócio gerente temporariamente, apesar de este ser o único sócio à época (os outros interessados eram herdeiros do ex-sócio)²⁹².

30 A tutela da confiança nos contratos empresariais: análise de julgados

²⁹² “MEDIDA CAUTELAR INOMINADA Mantém-se o afastamento temporário do sócio remanescente, pela recusa em gerenciar a empresa compartilhadamente, aportar numerários, prestar contas e facultar aos sucessores do sócio falecido os documentos do Posto. Complexo de ações e ausência de affectio societatis, a aconselhar solução rápida do conflito, mesclado de abusos e pretensas infrações penais.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Des. SEVERIANO IGNACIO ARAGAO 2002.002.20024 17Câmara Cível Disponível em <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 03.05.05).

Com relação a situações de violação da confiança, cabe trazer à discussão dois julgados, relativos ao mesmo processo, de lavra do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que analisaram a aplicação da boa-fé objetiva versus a vedação de cláusula que, no Contrato de Locação, atrelou prestações devidas pelo locatário a um montante fixado em dólares norte-americanos.

No primeiro julgamento²⁹³, - que comportou apelações relativas a três processos, uma ação declaratória de nulidade de cláusula de contrato de locação, uma ação de despejo por falta de pagamento e uma ação de execução objetivando o recebimento de diferenças de aluguéis não pagos pela locatária -, o Tribunal entendeu que o ponto fulcral da matéria sob controvérsia, consistia em responder a uma única questão: se seria lícita e juridicamente aceitável a desconstituição de uma cláusula de contrato de locação que estabelece como referência para revisão do valor do aluguel, a cada 18 meses, o dólar norte-americano, de forma que, apurado o novo valor, acerte-se a diferença, a maior ou a menor, entre as partes.

No julgamento das apelações, por unanimidade (vencido o relator), entendeu-se que a resposta à pergunta acerca da licitude da desconstituição desta Cláusula,

293 Segue a ementa desta primeira decisão: "APELAÇÕES CÍVEIS - Locação. Imóvel Comercial. Despejo por falta de pagamento, Declaratória de nulidade de cláusula contratual e embargos à execução. Ações reunidas e julgadas simultaneamente. Em 1º grau, procedência da ação declaratória, procedência parcial dos embargos à execução e improcedência da ação de despejo por falta de pagamento. Agravos retidos não conhecidos. Preliminar de ausência das condições da ação afastada. Cláusula contratual prevendo o reajuste das prestações mensais por variação de moeda estrangeira. Validade da avença. Inexistência de nulidade. Princípio da autonomia de vontades e boa-fé contratual. Necessidade de que haja alteração superveniente, imprevista e imprevisível. Aumento da moeda norte-americana que era perfeitamente previsível. Simples onerosidade excessiva, por fato superveniente, que não enseja a revisão de cláusula contratual, a ponto de se comprometer o equilíbrio contratual. Alegações de trânsito em julgado das ações de despejo e embargos contidas nas contra-razões de apelo da TV Globo afastadas. Recurso provido. Recurso da locatária, postulando a condenação da locadora nas sanções do art. 1.531, do Código Civil de 1.916 (art. 940 do Código Civil atual) e por litigância de má fé. Litigância de má-fé da locadora não configurada. Recurso improvido. Recurso da locadora. Interposição de três apelações à mesma sentença, aplicação do princípio da unicidade do recurso. Conhecimento da primeira apelação, torna redundante a análise das demais, considerando-se o julgamento concomitante dos feitos e o uníssono âmagos dos apelos. Feitos que guardam indissolúvel ligação de prejudicialidade. Julgamento interdependente. Arguição de insuficiência de preparo afastada, diante da ausência de prejudicialidade. Carência da ação. Não reconhecimento. Contrato de locação. Termo aditivo. Aluguel. Reajuste. Moeda estrangeira. Contrato firmado em 1997, quando da vigência da Lei nº 8.880/94. Viabilidade. Contrato firmado conscientemente pelas partes. Verba honorária. Invertido o ônus da sucumbência, cujas verbas estão no limite previsto no artigo do Código de Processo Civil. Recurso provido. Apelação da GD do Brasil Máquinas do Brasil Ltda. provida. Apelação da TV Globo Ltda. improvida". (TJ/SP, 32ª Câmara de Direito Privado, apelação sem revisão nº 741711-0/0, j. 23/03/2006, por maioria).

cujas pretensões a apelada logrou obter êxito em primeira instância, seria negativa por dois principais fundamentos:

Em primeiro lugar, segundo o acórdão que julgou as apelações, a decretação da nulidade dessa Cláusula ofenderia os princípios da boa-fé negocial e contratual.

De fato, o contrato de locação sob discussão, teve início no ano de 1.987 – ou seja, quase 20 anos antes do julgamento das apelações. Segundo constou no aludido acórdão, desde aquela época e no decorrer de todo o período contratual e aditamentos que se sucederam, a moeda norte-americana foi utilizada como referência para as revisões contratuais e tratativas entre as partes. Nesse sentido, as diversas correspondências anexadas ao processo.

A locatária, segundo salientado no acórdão das apelações, após no contrato o carimbo do seu departamento jurídico.

Em outras palavras; pelo fato de a locatária não ter se insurgido contra a referência ao dólar, o Tribunal, em um primeiro momento, afastou a invalidade da cláusula com base no princípio, positivado no Código Civil de 2002, da boa-fé objetiva.

Segundo o aludido julgado, já na vigência do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850, a boa-fé era um dos critérios para a interpretação dos contratos. No entanto, a partir do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé soergueu-se como um dos pilares para nortear a atividade negocial e contratual das partes, exigindo que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação do contrato e quando de seu cumprimento.

O princípio da boa-fé, como confirmado pelo E. Tribunal, aponta deveres recíprocos aos negociadores e aos contratantes e o principal deles é o de não adotar, durante as tratativas, uma posição de concordância em face de cláusula que a parte tem por nula e o de se abster de propor demandas contrárias ao que conscientemente se

defendeu durante a formalização do contrato. A boa-fé reflete, enfim, o direito de que se tenha protegida a confiança depositada por cada um dos contratantes durante as negociações, especialmente no tocante à validade e eficácia do negócio celebrado.

Portanto, com fundamento no fato de que a cláusula foi longamente e amplamente negociada, na presença dos advogados e representantes das partes, o TJSP afastou a invalidade do dispositivo, entendendo que, agir de forma diversa, seria jogar desprezar a boa-fé e a máxima de que a ninguém é permitido extrair benefícios da própria torpeza.

Opostos embargos infringentes pela locatária²⁹⁴, reverteu-se o entendimento antes dado, sob o fundamento de que a diferença a ser paga como aluguel estava expressamente atrelada à variação cambial e consistiria, portanto, em manifesta ofensa ao artigo 17 da Lei nº 8.245/91.

294 Segue a ementa do acórdão relativo aos embargos infringentes: "Locação. Imóvel não residencial. Fixação de aluguel mensal e com reajuste anual pelos índices do IGPM, mas estabelecimento de cláusula adicional em que, no 18º mês de locação, far-se-ia acerto dos valores pagos de modo a que cada mês fosse correspondente a US\$ 100,000 (cem mil dólares norte-americanos), pagando a locatária a diferença em dois dias. Discussão sobre a validade da cláusula. Despejo por falta de pagamento, declaratória de nulidade de cláusula contratual e embargos à execução. Procedência da declaratória e improcedência das demais ações. Recurso da locadora provido e improvido aquele da locatária, por maioria de votos, vencido o Relator Sorteado e que negou provimento a todos os recursos. Oferta de embargos infringentes em relação à parte em que houve divergência. Rejeição da preliminar argüida em relação aos efeitos e extensão da apelação da embargada admitida pela Turma Julgadora. Princípio da unicidade do recurso e da sentença, cuidando-se de matéria comum a todos os processos e com soluções interligadas. Consideração da diferença a ser paga como aluguel atrelado à variação cambial. Ostensiva ofensa ao artigo 17 da Lei nº 8.245/91. Irrelevância da subscrição das partes em face da prevalência da norma de ordem pública. Nulidade reconhecida. Embargos infringentes acolhidos, acolhido o voto vencido na apelação. O princípio da unirecorribilidade restou observado e, nada obstante afastados os dois outros recursos interpostos pela locadora, não há como cindir a sentença quando julgados todos os processos e com discussão da mesma matéria, ou seja, a validade ou não da cláusula de atrelamento do aluguel à variação cambial. De mais a mais, o primeiro recurso enfrenta todos os fundamentos da sentença e pede sua reforma total, sendo, assim, observados os requisitos e pressupostos para devolução integral do julgamento ao Tribunal. O fato das partes firmarem a estimativa do aluguel em moeda corrente nacional, com reajuste anual pela variação dos índices do IGPM, não significa que a cláusula adicional em que se estipula que, depois do 18º mês, far-se-ia ajuste para que cada mês pago fosse correspondente a US\$ 100,000,00 seja mera garantia adicional ou vantagem distinta do fruto da locação. Enquadra-se a cobrança como sendo contraprestação pelo uso do bem imóvel, ou seja, de aluguel. A vinculação do aluguel mensal ao equivalente a US\$ 100,000,00 importa em atrelamento do valor locativo à variação cambial, o que é vedado pelo artigo 11 da Lei nº 8.245/91. O princípio da autonomia da vontade verga-se às normas de ordem pública e não prevalece frente aos objetivos do legislador, pouco importando as condições das partes, consideradas como empresas de grande porte e assessoradas por advogados de nomeada. A nulidade é absoluta" (TJ/SP, 34ª Câmara Cível, embargos infringentes nº 741711- 2/3, j. 08/11/2007, por maioria).

Entendeu o Tribunal, em sede de embargos infringentes que, as partes terem firmado a estimativa do aluguel em moeda corrente nacional, com reajuste anual pela variação dos índices do IGPM, não significaria que a cláusula adicional em que se estipula que, depois do 18º mês, far-se-ia ajuste para que cada mês pago fosse correspondente a US\$ 100,000,00 tivesse qualquer natureza jurídica que não a de aluguel.

Portanto, segundo o julgado, a cobrança seria contraprestação pelo uso do bem imóvel, ou seja, aluguel e o atrelamento do valor locativo à variação cambial é expressamente vedado pelo artigo 11 da Lei nº 8.245/91 e o princípio da autonomia da vontade teria que se submeter às normas de ordem pública, sendo irrelevante a subscrição do documento das partes e reconhecendo-se a nulidade da cláusula combatida.

CONCLUSÕES

Antes mesmo de adentrar à análise do que se concluiria por futuro da tutela da confiança no direito empresarial, cabe tecer algumas considerações sobre o Projeto de Lei 1572/11, do deputado Vicente Candido (PT-SP), que institui um novo Código Comercial, o qual teria por objetivo sistematizar e atualizar a legislação acerca da matéria.

A proposta do novo código trata, entre outros assuntos, da denominação empresarial, de títulos eletrônicos e do comércio na internet. O texto conta com 670 artigos, divididos em cinco livros. O primeiro é uma parte geral sobre a empresa; o segundo trata das sociedades empresariais; o terceiro regula as obrigações dos empresários; o quarto aborda a crise da empresa; e o quinto trata das disposições transitórias.

No que pertine ao tema da presente tese, alguns dispositivos do Projeto possuem especial importância, a saber, os arts. 303²⁹⁵ e 311²⁹⁶ a 318.

²⁹⁵ Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial: I - autonomia da vontade; II - plena vinculação dos contratantes ao contrato; III - proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; e, IV - reconhecimento dos usos e costumes do comércio.

²⁹⁶ Art. 311. Os contratantes devem sempre agir com boa fé, na negociação, celebração e execução do contrato empresarial.

Art. 312. O empresário está sujeito ao dever de estrita boa fé: I - quando celebra contrato de seguro; II - quando atua em segmento de mercado caracterizado pela informalidade na constituição ou execução de obrigações; e, III - nas demais hipóteses da lei.

Parágrafo único. O empresário, quando sujeito ao dever de estrita boa fé, deve ter consideração mais acentuada com os interesses legítimos da pessoa com quem contrata.

Art. 313. Se uma das partes for microempresário ou empresário de pequeno porte, e a outra não, esta, se perceber que, no curso das negociações, a carência de informações está comprometendo a qualidade das decisões daquela, deverá fazer alertas esclarecedores que contribuam para a neutralização da assimetria.

Com relação ao art. 303, caberia questionar no que consistiria o impacto da proteção principiológica do mais fraco nas relações contratuais assimétricas entre empresários. Já foi exposto anteriormente que a base fundamental do direito de empresa é o fato de o empresário agir com profissionalidade.

Art. 314. Não descumpe o dever geral de boa fé o empresário que, durante as negociações, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade, preserva segredo de empresa ou administra a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas.

Art. 315. Em caso de descumprimento do dever de boa fé, o outro contratante terá direito à indenização por perdas e danos.

Parágrafo único. A revisão das cláusulas ou a anulação do contrato empresarial somente poderá ser requerida no caso de dolo, provado pelo demandante, ou de descumprimento do dever de estrita boa fé.

Art. 316. O contrato empresarial deve cumprir sua função social.

Parágrafo único. O contrato empresarial não cumpre a função social quando, embora atendendo aos interesses das partes, prejudica ou pode prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo.

Art. 317. O Ministério Público e os demais legitimados podem pleitear a anulação do negócio jurídico, provando o descumprimento da função social.

§ 1º Os contratantes podem, em sua resposta, apresentar ao juiz proposta de alteração do contrato, que assegure, reforce ou reestabeleça o cumprimento da função social. Caso a proposta seja aceita pelo juiz, a ação será extinta sem julgamento de mérito e sem condenação sucumbencial.

§ 2º O juiz poderá rejeitar o pedido de anulação, se considerar que o contrato empresarial implicou, ou pode implicar, benefícios para algum interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, superiores ao prejuízo apontado.

§ 3º Se acolher pedido de indenização, o juiz distribuirá a obrigação entre os contratantes, proporcionalmente ao proveito que cada um deles obteria do contrato anulado.

Art. 318. O contrato empresarial deve ser interpretado de acordo com as seguintes regras:

I - A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé e aos objetivos e natureza do contrato, deve sempre prevalecer sobre o sentido literal da linguagem; II - As cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o cumprimento da função econômica do contrato; III - Cada cláusula deve ser interpretada como se compusesse com as demais um conjunto lógico e ordenado de disposições de vontade; IV - O modo como o contratante se comportou após a assinatura do contrato, relativamente à sua execução, será a melhor explicação da vontade por ele expressa no ato da celebração; V - os usos e costumes praticados no segmento da atividade econômica relativa ao objeto do contrato servem de critério para a interpretação das cláusulas contratadas, prevalecendo sobre os demais; e, VI - em caso de dúvida não solucionável de acordo com as regras antecedentes, prevalecerá a interpretação mais favorável ao devedor da obrigação.

Naturalmente que se colocam bases fundamentais nas quais o contrato deve se fundamentar, tais como a boa-fé, etc., no entanto, a análise do que consistiria o “economicamente mais fraco” poderia levar a um desequilíbrio.

Por exemplo, um conglomerado de empresas do ramo de agricultura contratando um seguro. O economicamente mais fraco não é, necessariamente, aquele mais experiente naquele negócio específico.

O Projeto de Código, tal como faz o Código Civil, protege a boa fé. No entanto, ao contrário do Diploma Civil, não especifica a boa fé objetiva. Não bastasse, não faz sentido fazer uma gradação na legislação da boa-fé, ora tratando da “boa fé” e noutra fazendo remissão ao “dever de estrita boa-fé” a depender do contrato celebrado ou do segmento de mercado.

A boa-fé objetiva, na qualidade de cláusula geral, é uma janela aberta pelo legislador para que o julgador possa encontrar a regra concreta do caso, determinando, a depender das circunstâncias, se os contratantes atuaram de acordo com a lealdade e retidão que eram exigíveis.

Além disso, a técnica de redação nos remete à ideia de um rol exaustivo (embora pela lógica do direito civil, obviamente não seja); em outras palavras, a boa fé só deve ser respeitada nas formas dos incisos I e II ou quando mais a lei o previr.

Diante do exposto, embora muito pudesse ser feito através de um novo Código Comercial; especialmente em relação aos contratos entre empresas e à repressão ao abuso da dependência econômica, bem como ao desfazimento da confusão perpetrada no âmbito das sociedades limitadas pelo Código de 2002, no que pertine ao atual projeto, tal como lançado, há problemas sérios na proposta que está no Congresso, problemas estes que não podem ser supridos por emendas. A aprovação do projeto será prejudicial ao desenvolvimento do direito comercial e ao bom fluxo de relações econômicas.

Assim sendo, o Código Civil, tal como disciplinado atualmente, confere os dispositivos necessários à proteção da confiança, à proibição do comportamento contraditório e demais institutos mencionados neste trabalho, de forma que a “inovação” contida no Projeto de Código Comercial, no que pertine a este tema, além de não se mostrar útil no trato da matéria, pode levar a um retrocesso e à insegurança jurídica, ainda que transitórios, sobre o assunto.

Por derradeiro, e em breve síntese, constata-se que o direito brasileiro adotou a técnica legislativa da cláusula geral para introduzir em sua normatividade a ética como regra de conduta exigida das partes, cabendo ao Juiz a função integrativa para determinar qual é a conduta adequada em cada caso concreto.

Os deveres anexos ou laterais, consagrados pela função criadora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, impõem aos contratantes o cumprimento de obrigações acessórias para que a obrigação principal seja adimplida.

A vedação do comportamento contraditório, seu conteúdo, forma de caracterização e aplicação consiste na proteção à confiança e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e boa-fé objetiva, que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

Ponderou-se que, ao mesmo tempo em que se é correto afirmar que a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, também o é com relação à vedação da conduta contraditória.

E que, por tal motivo, a aplicação de suas noções não se restringiria ao âmbito contratual ou obrigacional, mas, pelo contrário, estender-se-ia a todas as relações jurídicas, fossem elas públicas ou privadas.

Vislumbra-se, ainda, a possibilidade de redução dos custos de transação. Ao negociar, sabedora das limitações de informações das partes – contratos incompletos –

uma empresa certamente colocará na formação de preços uma parcela que corresponda aos custos da incerteza (riscos) gerados durante as negociações.

Ao repensar a situação, e percebendo a oportunidade de eventualmente encontrar o equilíbrio, poderá a empresa optar por reduzir a parcela de preço decorrente do risco inerente à assimetria de informações, sendo, portanto, mais competitiva ao identificar que eventuais falhas, ainda que inconscientes, poder vir a ser sanadas por meio do provimento judicial.

A lealdade que deve presidir as relações entre as partes faz com que os contratos empresariais, dentre outros, residam em ambiente probo, permitindo, assim, o equilíbrio da relação por ocasião das negociações preliminares (*culpa in contrahendo*), durante a execução do contrato (*teoria dos atos próprios - venire contra factum proprium e tu quoque*), e após a execução contratual, como ocorre na hipótese da responsabilidade *post pactum finitum*. Dentro deste ambiente, pode-se chegar mais próximo da eficiência das relações dentro do mercado.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almeida, 12^a Ed., 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro : (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)*. 2. ed. Aum. São Paulo : Saraiva, 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano : Giuffrè, 1952, pp. 55-78.

_____. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado*. Tradução de Fábio Konder Comparato. "In" *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo : 114:237-252.

_____. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1959.

ALVIM, Arruda. *A função social dos contratos no novo Código Civil*, in *Simpósio sobre o novo Código Civil Brasileiro*, Coordenadores: Nelson Pasini, Antonio Valdir Úbeda Lamera e Glauber Moreno Talavera, Banco Real, São Paulo, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, n. 28, out-dez, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2003.

ASQUINI, Alberto. *Profilli dell' Impresa*. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, 41 (1):1-20, 1943.

AUGUET, Yvan. *Concurrence et Clientèle Contribution à l'Étude Critique due Role des Limitations de Concurrence pour la Protection de la Clientèle*. Paris : Bibliothèque de Droit Prive, tome 315, LGDJ. 2000.

AULETTA, Giuseppe. *Attività*, 'in' *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano : Giuffrè, pp. 981-987

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário, São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. In: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, vol. 36, n. 57, 1992, PP. 5-16.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão de boa-fé objetiva nos contratos. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 1, 2000, PP 3-12.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. In: Revista Forense, vol. 351, 200, p. 275-283.

AZEVEDO, Álvaro Villaza de. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Reforma da previdência. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004.

BARROS CARVALHO, Paulo de. Curso de Direito Tributário. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BERNAL, José Manuel Martín, El abuso Del Derecho. Madrid: Editorial Montecorvo, 1982.

BESSONE, Darcy. Do Contrato. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BETTI, Emilio. Interpretazione della legge e degli atti giuridici - Teoria generale e dogmatica. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1971.

BEUTHIEN, Volker. Zur Mitgliedschaft als Grundbegriff des Gesellschaftsrechts – Subjektiven Recht oder Stellung im pflichthaltigen Rechtsverhältnis?, FS Wiedemann 2002.

BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. In : Rivista di diritto civile, anno XXIX, 1983, parte prima.

BLACK, Henry Campbell. Black's law dictionary. St. Paul: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed., Brasília: EdUnB, 1997.

BORDA, Alejandro. La teoria de los actos propios. 3. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, “in” RDT n. 63. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 203-249.

BORGHI, Hélio. Teoria da aparência no direito brasileiro, São Paulo: Lejus, 1999.

BRECCIA, Umberto. Diligenza e buona fede nell’attuazione Del rapporto obbligatorio. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1968.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1986.

BURDESE, Alberto. Exceptio doli (dirito romano). In: Novíssimo digesto italiano, vol. VI Torino: UTET, 1957, PP. 1072-1074

BUSCHMANN, Arno. Das Reichsgericht / Ein Höchstgericht im Wandel der Zeiten, em BERND RÜDIGER KERN/ADRIAN SCHMIDT RECLA (org.), 125 Jahre Reichsgericht (2006).

CALMES, Sylvia. Du principe de protection de La confiance legitime em droits allemande, communautaire ET français. Paris: Dalloz, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNELUTTI, Francesco, *La certezza del diritto*, “in” OÑATE, *La certezza del diritto*. Milano : Giuffrè, 1968, pp. 191-206.

CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: Gustavo Tepedino (coord.). A parte geral do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 377-396.

CALMES, Sylvia. Du principe de protection de la confiance legitime em droit allemand, communautaire et français. Paris: Dalloz, 2001.

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil: parte especial : do Direito da Empresa*. São Paulo : Saraiva, 2003. v.13.

_____. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO NEVES, José Roberto de. Boa fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectiva de sua aplicação nas relações contratuais. In: Revista Forense, vol. 351, 2000, pp. 161-178.

CATTANEO, Giovanni. *Buona fede obbiettiva e Abuso del Diritto*. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XXV, 1971, pp. 641-659

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*, The University of Chicago Press : Chicago, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. RJ: Forense, 1983.

_____. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: “nova et vetera” *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, nº 36/65, p. 67-71. 1979.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*. Trad. De Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2003, pp. 31-59.

COVIELLO, Pedro José Jorge. *La Protección de la Confianza del Administrado: Derecho Argentino y Derecho Comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, 1973.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 4ª edição.

DEGEN, Gegenseitiges Treuverhältnis zwischen Gesellschaftern einer GmbH oder Aktionären einer AG, JW 1929.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos – Um estudo crítico sobre La jurisprudência Del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963.

FACHIN, Luiz Edson. *O aggiornamento do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

FECHNER, Eric. Die Treubindungen des Aktionärs / Zugleich eine Untersuchung über das Verhältnis von Sittlichkeit, Recht und Treue, 1942.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. A boa fé e a violação punitiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRARA, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, 2ª edição, Milano : Giuffré, 1946.

FERRER CORREIA, A. *Lições de direito comercial* Coimbra : Lex, 1994 (reprint).

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 8ª ed. Torino : UTET, 1992.

FISCHER, Robert. Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftliche Mitgliedschaftslehre, NJW, 1954.

FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Lisboa : Almedina, Coleção Teses, 1ª reimpressão, 2007.

GALGANO, Francesco. *Derecho comercial*, vol. I: *El empresario*. Colombia : Temis, 1999.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. 4. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GAROFALO, Luigi. Per un' applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia. In: Rivista di Diritto civile, anno XLII, 1996, parte prima, pp. 629-661

GEISLER, Marcus. Der aktienrechtliche Auskunftsanspruch im Grenzbereich des Missbrauchs, NZG 2001.

GOLDSCHMIDT. Storia universale del diritto commerciale. Turim : UTET, 1913.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. 3.ed. Madrid:Civitas, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre facticidade e validade. vol. 1. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMEIER, Stefan. Gesellschaft und Verein, no Staudinger BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts (2005), 711 745 (712).

_____. Staudingers Kommentar zum BGB, 2, §§ 705 740 (2003), § 705, Nr. 13, 50 53, 67 e passim (63, 83 84 e 67).

HACHENBURG, Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, LZ, 1907.

HAYECK, Frederick. Liberalismo: Palestras e Trabalhos. Trad. Karin Strauss, São Paulo: Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1994.

HARTKAMP, Arthur. The principles of european contract law. *Stvdia ivridica: colloquia* 8. Coimbra, n. 64, 2002.

HOMBURGER, Max. Zur Reform des Aktienrechts, DJZ, 1928.

_____. Die Anwaltschaft zur Aktienrechtsreform, ZHB 1930,

HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português – teoria geral do direito civil*. Coimbra : Almedina, 1992.

HUECK, Alfred. Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, FS RG, 1929.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano : Giuffré, 1989.

JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KÜBLER, Friedrich. Erwerbschancen und Organpflichten / Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den “corporate opportunities”, FS Werner 1984.

LAMBRINI, Paola. Contratto autônomo di garanzia ed exceptio doli generalis. In: *Rivista di Diritto Civile*, anno XLIV, 1998, pp. 443-449.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

_____. *Derecho de obligaciones*, . Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: ERDP, 1958.

LARENZ, Karl, WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed. (2004), § 9, Nr. 60 (164).

LEVI, Giulio, *L'abuso Del diritto* . Milano: Dott A. Giuffrè, 1993.

LEWICKI, Bruno, *Panorama da boa fé, objetiva*. In: Gustavo Tepedino (coord). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001,pp. 55-76.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2005.

LUTHER, Marcus. Theorie der Mitgliedschaft / Prolegomena zu einem Allgemeiner Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980)

LUHMAN, Niklas. Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1968.

MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. In: Obra dispersa. Bragga: Scientia Iuridica, 1991, pp. 358-359.

MARCONDES, Sylvio. *Direito mercantil e atividade negocial no Projeto do CC*, 'in' Questões de direito mercantil, São Paulo: Saraiva, 1977.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 57, 2006.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 103, n. 391, p. 159-188, maio/jun.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um sistema em construção – As cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. RT 753/40. São Paulo : RT.

_____. A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 113, out./dez. 2004.

_____. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento Contratual. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 852, p. 87-126, out. 2006.

MAFFINI, Rafael. Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro, Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2006.

MEDICUS, Dieter. Tratado de las Relaciones obligacionales, vol. I. Barcelona: Bosch, 1995.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Da boa-fé no direito civil. Lisboa : Almedina, Coleção Teses, 3ª reimpressão, 2007.

MENEZES LEITÃO, Luís. Direito das Obrigações, Vol. I, Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 2008.

MESA, Marcelo J. López; VIDE, Carlos Rogel. La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudência. Madrid: Réus, 2005.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentis Metendo. Buenos Aires : Ejea, 1971, t. 2.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A boa-fé objetiva e seus institutos. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9087>>. Acesso em: 30 de maio de 2010.

MONTAIGNE, Michel de. Da incoerência de nossas ações. In: Ensaaios, São Paulo: Abril, Cultural, 1980.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A proteção do devedor decorrente do favor debitoris como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Science Guiridiche e tradizione romana. Nuova Serie, Sassari (IT), v. 5, n. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Contributi/Mota-Favor-debitoris-principio-general-ordenamento-brasileiro.htm>>. Acesso em jun. 2011.

MOTA PINTO, Paulo. Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) no direito civil, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume comemorativo, 2003, pp. 260-279.

_____. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1995.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual. In: Textos de direito civil. Curitiba: Juruá, 1998

NALIN, Paulo. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: Luiz Edson Fachin (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro, contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 173-210.

NATOLI, Ugo. Note prelimianri ad uma teoria dell'abuso Del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. In: Studi in onore di Francesco Messineo – per Il suo XXXV anno d'insegnamento, vol. IV. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1959, pp. 267-286

NEGREIROS, Teresa, fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de janeiro: Renovar, 1998.

_____. Teoria do contrato – Novos paradigmas. Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

NETTER, Oskar. Die Fragebogen des Reichsjustizministeriums zur Reform des Aktienrechts, ZHB 1929.

_____. Zur aktienrechtlichen Theorie des “Unternehmens an sich”, FS, 1932.

OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*. Milano : Giuffré, 1968.

PELLIZZI, Giovanni Luigi. Exceptio doli (diritto civile). In: Novissimo digesto italiano, vol. VI. Torino: UTET, 1957, pp. 1075-1077

PERLINGIERI, Pietro. Nuovi profili Del contratto. In: Rassegna di Diritto Civile, 2002, III, pp. 545-571.

_____. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEYREFITTE, Glain. A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Trad. de Cylene Bittencourt. Rio de Janeiro: Topbioks, 1999.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Acesso à justiça – Juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINNER, Albert. Der Bericht der Aktiensrechtskommission, JW, 1928.

PISU e NANNI, *Clausole e principi generali nella'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Padova, 1998.

POSNER, Richard. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, The Chicago Working Paper Series Index*. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_51-75/53.Posner.Values.pdf>. Acesso em janeiro de 2011.

PUIG BRUTAU, José. Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951.

RANIERI, Filippo, Eccezione di dolo generale. In: Digesto delle discipline privastistiche, sezione civile, vol. VII, Torino: UTET, 1995, pp. 320 e ss.

_____. Rinuncia tácita e Verwirkung. Padova: Cedam, 1971

RECASENS SICHES, Luis. Vida humana, Sociedad y Derecho: fundamentación de la filosofía del derecho, La Casa de España en México, 1940.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo : Saraiva, 2003. v.1.

RESCIGNO, Pietro. L'abuso Del ditrito. Bologna: Il Mulino, 1998.

RIEZLER, Erwin. Venire contra factum proprium – Studien im Romischen, Englischen und Deutschen Civilrecht. Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1912.

RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Campinas: Bookseller, 2000.

RITTER, C. Gleichmässige Behandlung der Aktionäre, JW, 1934.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial* (tradução Ricardo Rodrigues Gama). Campinas : LZN, 2003.

ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha; DINIZ, M. A. de V. A administração pública e o princípio da confiança legítima. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

RONDIONE, Nicola. *Storia inedita della codificazione civile*. Milano : Giuffrè, 2003.

ROPPO, Enzo. O contrato Coimbra: Almedian, 1988.

SACCO, Rodolfo. L'abuso della libertà contrattuale. In: Diritto privato, vol. III. Padova: Cedam, 1998, pp. 234 e ss.

SALVI, Cesare. Abuso del diritto – Diritto civile. In: Enciclopédia giuridica, vol. I, Roma: Istituto della Enciclopédia Italiana, 1988, pp. 5-11.

SCHIOPPA. *Saggi di Storia del diritto commerciale*. Milano : LED, 1992.

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHIESSL, Maximilian, Die Wahrnehmung von Geschäftschancen der GmbH durch ihren Geschäftsführen, GmbHR 1988.

SERRAO, Feliciano. *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*. Pisa : Pacini, s. d.

SIEBERT, Wolfgang. anot. a RG 22 Jan. 1935, JW 1935, 1553/I.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito. Revista de Direito Público, v. 84, p. 46, out./dez. 1987.

SILVA, Clóvis do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SIMON, William H. A prática da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

STELZIG, Peter. Zur Treuepflicht des Aktionärs unter besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung (2000).

STOFFEL-MUNK, Philippe. L'abus dans Le contrat – Essai d'une théorie. Paris: L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2000.

TEPEDINO, Gustavo e SCHEREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 10, 2002, pp. 135-155.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Os efeitos da constituição em relação à cláusula da boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. Revista da EMERJ: Rio de Janeiro, nº 23, 2003, pp. 139-151.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. In: Gustavo Tepedino (coord). A parte geral do novo Código Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 355-375.

TÔRRES, Heleno Taveira. Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). TORRES, Silvia Faber (Superv). Dicionário de Princípios Jurídicos, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TRABUCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile, Padova: CEDAM, 2012.

UDA, Giovanni Maria. Buona fede oggettiva Ed economia contrattuale. In: Rivista di Diritto Civile, anno XXXVI, 1990, parte seconda, pp. 365-389.

VALEMBOIS, Anne-Laure. La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, Paris : LGDJ, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1986.

VELOSO, Zeno. Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade, Del Rey, 2012.

VICENTE, Dário Moura. Da Responsabilidade Pré Contratual, Coimbra : Almedina, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis. Las causas del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5ª ed., Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1935, v. I.

WALD, Arnaldo. Quebra da Affectio Societatis e Conflito de Interesses. Cabimento de Medida Cautelar Preparatória perante o Poder Judiciário antes de Instaurado o Juízo Arbitral. Foro Competente Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, São Paulo: v. 8 n. 27, p. 144-145, 2005.

WASTL, Ulrich. Aktienrechtliche Treupflicht und Kapitalmarkt / Ein Pläydoyer für eine juristisch interdisziplinäre Betrachtungsweise (2004).

WEBER, Martin. Vormitgliedschaftliche Treubindungen / Begründung, Reichweite und Vorauswirkung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten (1999).

WIDMER, Pierre. Bonne foi ET abus de droit – Principe? Protée? Panacée? (Une tentative de synthèse impossible). In: Abus de droit ET bonne foi. Fribourg: Édition Universitaires Fribourg Suisse, 1994, pp. 343-355.

WIEDEMANN, Herbert, Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht, FS Heinsius 1991.

WEINGARTEN, Celia. La confianza en el sistema jurídico, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fé. Madrid: Civitas, 1982.

_____. *História do direito privado moderno* (tradução). 2ª edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, s. d.

WIELING, Han Josef. Venire contra factum proprium e colpa verso se stesso. Trad. Rocco Favale. In: Rassegna di Diritto Civile, 1994, II, pp. 409-436

WIESER, Eberhard. Volontà e compressione nella dichiarazione di volontà. In: Rassegna di Diritto Civile, 1992, II, pp. 376-389.

WIESNER, Georg. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 4 – Aktiengesellschaft, 2.ª ed. (1999).

ZWISSLER, Thomas. Treuegebot – Treuepflicht – Treuebindung / Die Lehre von den Anwendungsfelder im Recht der Aktiengesellschaft (2002)

RESUMO

O Código Civil, tal como disciplinado atualmente, confere os dispositivos necessários à proteção da confiança, à proibição do comportamento contraditório e demais institutos relacionados à confiança. Para tanto, o direito brasileiro adotou a técnica legislativa da cláusula geral para introduzir em sua normatividade a ética como regra de conduta exigida das partes, cabendo ao Juiz a função integrativa para determinar qual é a conduta adequada em cada caso concreto. Os deveres anexos ou laterais, consagrados pela função criadora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, impõem aos contratantes o cumprimento de obrigações acessórias para que a obrigação principal seja adimplida. A vedação do comportamento contraditório, seu conteúdo, forma de caracterização e aplicação consiste na proteção à confiança e os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e boa-fé objetiva, que norteiam o ordenamento jurídico pátrio. Ao negociar, sabedora das limitações de informações das partes – contratos incompletos – uma empresa certamente colocará na formação de preços uma parcela que corresponda aos custos da incerteza (riscos) gerados durante as negociações. Ao repensar a situação, e percebendo a oportunidade de eventualmente encontrar o equilíbrio no futuro, poderá a empresa optar por reduzir a parcela de preço decorrente do risco inerente à assimetria de informações, sendo, portanto, mais competitiva ao identificar que eventuais falhas, ainda que inconscientes, podem vir a ser sanadas por meio do provimento judicial. A lealdade que deve presidir as relações entre as partes faz com que os contratos empresariais, dentre outros, residam em ambiente probo, permitindo, assim, o equilíbrio da relação por ocasião das negociações preliminares (*culpa in contrahendo*), durante a execução do contrato (teoria dos atos próprios - *venire contra factum proprium* e *tu quoque*), e após a execução contratual, como ocorre na hipótese da responsabilidade *post pactum finitum*.

RIASSUNTO

Il codice civile, così come attualmente disciplinato, fornisce i dispositivi necessari per proteggere la fiducia, il divieto di comportamento contraddittorio e di altri istituti relativi alla fiducia. Pertanto, la legge brasiliana ha adottato tecnica legislativa per introdurre la clausola generale in sua etica come regola normativa di condotta richiesta delle parti, essendo la funzione di giudice integrativa per determinare quale è l'approccio appropriato in ogni caso. I dazi o gli allegati laterali, consacrati dalla funzione creativa agli obblighi di legge di buona fede oggettiva, esigere dai contraenti per adempiere agli obblighi connessi all'obbligazione principale è adimplida. La tenuta di un comportamento contraddittorio, i contenuti, la caratterizzazione e modulo di domanda consiste nel proteggere la fiducia e dei principi della dignità umana, della solidarietà e buona fede oggettiva, che guida i diritti legali dei genitori. Nel negoziare, conoscendo i limiti delle informazioni relative alle parti - contratti incompleti - di una società certamente messo in preventivo che corrisponde a una parte dei costi di incertezza (rischio) generati nel corso dei negoziati. Per ripensare la situazione, e realizzando la possibilità di trovare finalmente l'equilibrio, in futuro, l'azienda può scegliere di ridurre il prezzo delle azioni a causa del rischio inerente asimmetrie informative, e quindi più competitivo, individuando eventuali anomalie che, anche se inconscio, potrebbe essere colmata attraverso una nomina giudiziaria. La lealtà che dovrebbe disciplinare le relazioni tra le parti rende contratti commerciali, tra gli altri, residente in un ambiente onesto, consentendo in tal modo l'equilibrio dei rapporti durante le trattative preliminari (*culpa in contrahendo*) durante l'esecuzione del contratto (la teoria degli atti stessi – *venire contra factum proprium e tu quoque*), e dopo l'esecuzione del contratto, come avviene nel caso del *post pactum finitum* responsabilità.

SUMMARY

The Civil Code, as enacted, provides the necessary tools to protect the trustworthiness, the prohibition of contradictory behavior and other institutes related. Therefore, Brazilian law adopted a legislative technique which introduces the general clause as a normative rule of conduct required from the parties, providing the Judge with an integrative function aiming at determining which rule would fit each case. The lateral duties, considered legal duties by the good faith, require contractors to meet certain accessory obligations. Forbidding the contradictory behavior, its content and characterization consists in a protection of the trust and the principles of human dignity, solidarity and good faith. During any negotiation, being aware of the limitations of information - incomplete contracts - a company certainly increases the price to cover the costs of uncertainty (risk) generated during the negotiations. By finding the opportunity to reach the balance the risk, the company may reduce the share price due to the risk inherent in asymmetric information, and therefore become more competitive by identifying any faults that, although unconscious, could be remedied through judicial appointment. The loyalty that should govern relations between the parties put business contracts, among others, in a honest environment, thus allowing the balance of the relationship during the preliminary negotiations (*culpa in contrahendo*) during performance of the contract (through the theory of the acts, *venire factum proprium* and *tu quoque*), and after contract execution, through the theory of *post pactum finitum* liability.