

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Elthon Yen Corrêa

Cobrança indevida: o art. 940 do Código Civil como pena civil

São Paulo
2023

ELTHON YEN CORRÊA

Cobrança indevida: o art. 940 do Código Civil como pena civil

Versão corrigida

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação do Prof. Titular Dr. José Luiz Gavião de Almeida.

São Paulo

2023

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na publicação

Biblioteca

Faculdade de Direito

CORRÊA, Elthon Yen

Cobrança indevida: o art. 940 do Código Civil como pena civil, São Paulo / Elthon Yen Corrêa; orientador, José Luiz Gavião de Almeida, São Paulo: 2023. 206 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2023.

Versão corrigida

1. Cobrança indevida à luz da responsabilidade contratual, extracontratual e punição no direito civil. 2. A matéria nos tribunais. 3. Positivização da matéria. 4. Princípios incidentes. 5. A “dessistematização” do direito civil. 6. O artigo 940 do código civil como pena civil. 7. A pena civil e a prova da má-fé.

ELTHON YEN CORRÊA

Cobrança indevida: o art. 940 do Código Civil como pena civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação do Prof. Titular Dr. José Luiz Gavião de Almeida.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Jose Luiz Gavião de Almeida (Orientador).

Instituição: Universidade de São Paulo (USP-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor Eneas de Oliveira Matos

Instituição: Universidade de São Paulo (USP-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor Josias Jacinto Bittencourt

Instituição: Faculdade de Direito de Pouso Alegre

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professora Doutora Michely Vargas Del Puppo Romanello

Instituição: Universidade de São Paulo (USP-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Dedico este trabalho a Deus e à Faculdade de
Direito do Largo de São Francisco, onde mora a
amizade.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Dr. José Luiz Gavião de Almeida, eterno e festejado professor, cuja orientação foi sempre pronta e aberta, com toda a compreensão e humanidade e cujo magistério é uma inspiração a todos aqueles que querem seguir.

Ao professor doutor Eneas de Oliveira Matos, que durante o curso de pós-graduação, me direcionou a grandes conhecimentos.

A todos os funcionários da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em especial aqueles que trabalham na biblioteca, pela prontidão e profissionalismo que possibilitaram o desenvolvimento dessa pesquisa.

À minha esposa Scarlet Park, que mantém um lar com alegria e amor. Aos meus pais, Fernando Sérgio Augusto Corrêa e Yen Liang Yu Corrêa, sem os quais eu não seria, verbo que se protraí no tempo, no presente e no futuro. Ao meu irmão, Rogerio Yen Corrêa, com quem posso contar sempre, apesar da distância e à minha Ayí, Yen Liang Hui, por todo o amor e apoio que sempre me deu.

Quanto aos meus amigos e familiares, não há como deixar de agradecê-los por todo o amor que me sustenta todos os dias. Contudo, nomearei apenas os que diretamente ajudaram neste trabalho, pois, graças a Deus, não caberia nomear a todos os que indiretamente me ajudaram.

Ao doutor Silas Dias de Oliveira Filho, meu amigo de longa data, cujo auxílio foi fundamental para o término dessa dissertação, sua ajuda me faz pensar em como é difícil agradecermos propriamente.

Aos Doutores Flauzilino Araújo dos Santos, Ricardo Augusto Serpa Carboncini, Leonardo Ramos, André Luiz Serrano Falavigna, Maria Leticia Trivelli e Rodrigo da Silveira Barcellos, pelo auxílio e aconselhamento que foram essenciais para a entrega dessa pesquisa.

À professora doutora Michely Vargas Del Puppo Romanello, pelo profissionalismo, paciência e afabilidade, características que deveriam ser sempre mais e mais estimadas na academia, neste e no mundo por vir.

Por fim, agradeço a Deus, pelo caminho, pela verdade e pela vida.

Temos, porém, esse tesouro em vasos de barro, para demonstrar que este poder que a tudo excede provém de Deus e não de nós mesmos.

2º Coríntios 4: versículo 7.

RESUMO

CORRÊA, Elthon Yen. **Cobrança indevida:** o art. 940 do Código Civil como pena civil. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O art. 940 do CC trata da cobrança indevida, no entanto os tribunais pátrios deixam de aplicá-lo, embora haja muitos pedidos. Para afastar sua incidência, fundamentam-se unicamente na Súmula 159 do STF, asseverando que ela exige prova da má-fé do cobrador, a qual nunca pode ser comprovada, entendimento avesso ao do legislador, que previu expressamente essa norma em todos os diplomas civis brasileiros e à da doutrina, que, de maneira unânime, sempre foi a favor da aplicação. No interim da pesquisa, houve guinada jurisprudencial sobre o tema, no julgamento, pelo STJ, do EARESP 676.608/RS de 21/10/2020, que analisa o art. 42 do CDC, o qual também trata da cobrança indevida e cujos fundamentos podem ser aproveitados para a interpretação do art. 940. Esse julgamento estabeleceu que, bastando a cobrança não ter seguido a boa-fé objetiva, aplica-se o art. 42. As questões centrais desse trabalho são: qual a natureza jurídica do art. 940? seus efeitos são relativos às obrigações contratuais ou extracontratuais? se, para sua aplicação, seria necessária comprovação da má-fé ou dolo, ou se bastaria a cobrança ser contrária à boa-fé objetiva? Com método de abordagem dedutivo e exploratório, investiga-se os diplomas cíveis brasileiros, a Súmula 159, seus precedentes, a jurisprudência do STJ, o EARESP 676.608/RS, a do TJSP e a doutrina. Uma vez concluído que o art. 940 é uma punição taxativa, norma inserida em meio às indenizatórias cíveis, com cláusulas abertas, repetida desde as Ordenações Filipinas, examinou-se como a doutrina entende que se deu a separação entre ilícito penal e ilícito civil. Verifica-se que este incide o princípio da boa-fé, o qual é contratual e objetivo, quando, naquele, a abordagem se preocupa mais com a subjetividade (má-fé, dolo e culpa). Conclui-se que o art. 940 tem natureza de pena, resquício, de diplomas cíveis em que a separação entre ilícito civil e ilícito penal ainda não era desenvolvido. O ilícito civil evoluiu para ser tratado mais objetivamente, concentrando-se no dano (para maior agilidade no trato, com normas abertas) e o ilícito penal, mais subjetivamente, concentrando-se no agente e sua conduta (cujo trato é mais criterioso e necessita, por isso, de tipificação taxativa e exame mais delongado). Ademais, estuda-se a doutrina que trata de punições na esfera civil, que se debruça mormente na análise do dano moral punitivo e repressivo, para entender sua compatibilidade com o sistema indenizatório. Foi também possível concluir que há uma falha sistêmica no desenvolvimento da polissemia das palavras “pena”, “repressão” e “responsabilidade”, que devem ser tecnicamente retroalimentadas pelo Direito, sob pena de ferirmos a lógica jurídica e regredirmos a tecnologia jurídica. Enfim, compreende-se que não poderia incidir o princípio da boa-fé objetiva nas hipóteses do art. 940, por ser pena, essa, mais bem tratada em outras esferas, como a penal e a administrativa, devendo a punição e repressão a atos ilícitos se dar de maneira conglobante, por todas as áreas do direito e da sociedade, não se concentrando unicamente na responsabilidade civil.

Palavras-chave: Cobrança indevida. Pagamento em dobro. Pena civil.

ABSTRACT

CORRÊA, Elthon Yen. **Improper charge:** art. 940 of the Civil Code as a civil penalty. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Article 940 of the CC deals with undue collection, however the national courts fail to apply it, although there are many requests. To rule out its incidence, they are based solely on Precedent 159 of the STF, asserting that it requires proof of the collector's bad faith, which can never be proven, an understanding contrary to that of the legislator, who expressly provided for this rule in all civil diplomas Brazilians and the doctrine, which, unanimously, has always been in favor of the application. In the interim of the research, there was a jurisprudential shift on the subject, in the judgment, by the STJ, of EARESP 676.608/RS of 10/21/2020, which analyzes art. 42 of the CDC, which also deals with undue collection and whose grounds can be used for the interpretation of art. 940. This judgment established that, if the collection did not follow objective good faith, art. 42. The central questions of this work are: what is the legal nature of art. 940? Are their effects related to contractual or non-contractual obligations? whether, for its application, it would be necessary to prove bad faith or deceit, or would it be enough for the collection to be contrary to objective good faith? With a deductive and exploratory approach, Brazilian civil diplomas, Precedent 159, its precedents, STJ jurisprudence, EARESP 676.608/RS, TJSP and doctrine are investigated. Once concluded that art. 940 is an exhaustive punishment, a norm inserted in the middle of civil indemnities, with open clauses, repeated since the Philippine Ordinances, it was examined how the doctrine understands that the separation between criminal offense and civil offense took place. It appears that this applies the principle of good faith, which is contractual and objective, when, in the former, the approach is more concerned with subjectivity (bad faith, deceit and guilt). It is concluded that art. 940 has the nature of a penalty, a remnant of civil diplomas in which the separation between civil and criminal offenses was not yet developed. The civil offense has evolved to be treated more objectively, focusing on the damage (for greater agility in dealing, with open rules) and the criminal offense, more subjectively, focusing on the agent and his conduct (whose treatment is more judicious and requires, therefore, of exhaustive typification and longer examination). In addition, the doctrine that deals with punishments in the civil sphere is studied, which focuses mainly on the analysis of punitive and repressive moral damages, in order to understand its compatibility with the indemnity system. It was also possible to conclude that there is a systemic failure in the development of the polysemy of the words 'penalty', 'repression' and 'responsibility', which must be technically fed back by the Law, under penalty of hurting the legal logic and regressing the legal technology. Finally, it is understood that the principle of objective good faith could not affect the hypotheses of art. 940, as it is a penalty, it is better treated in other spheres, such as the criminal and administrative spheres, with punishment and repression of illicit acts being carried out in a conglomerate manner, across all areas of law and society, not concentrating solely on in civil liability.

Keywords: Improper billing. Doble payment. Civil penalty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI-5	Ato Institucional nº 5
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
BBC	British Broadcasting Corporation
CC	Código Civil
CDC	Código de Direito do Consumidor
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
EARESP	Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial
RCL	Reclamação
RE	Recurso Especial
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A COBRANÇA INDEVIDA À LUZ DA REPONSABILIDADE CONTRATUAL, EXTRA CONTRATUAL E A PUNIÇÃO NO DIREITO CIVIL	18
2. A MATÉRIA NOS TRIBUNAIS	34
2.1 A SÚMULA 159 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	38
2.1.1 Precedentes da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal	39
2.2 A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	45
2.2.1 Teses fixadas no julgamento do EARESP 676.608/RS de 21/10/2020 e o Tema repetitivo 929	55
3. POSITIVAÇÃO DA MATÉRIA	60
3.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS	62
3.2 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS DE TEIXEIRA DE FREITAS	66
3.3 ESBOÇO DO CÓDIGO CIVIL DE TEIXEIRA DE FREITAS	72
3.4 ANÁLISE DO ARTIGO 1.531 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	77
3.5 ESTUDO DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	82
3.6 LEIS NÃO CIVIS ANÁLOGAS.....	83
4. PRINCÍPIOS INCIDENTES	86
4.1 A LIBERDADE CONTRATUAL NA IDADE MÉDIA	88
4.2 A LIBERDADE CONTRATUAL NO ESTADO LIBERAL	90
4.3 A LIBERDADE DE CONTRATAR COM O ADVENTO DA INDÚSTRIA	91
4.4 A LIBERDADE DE CONTRATAR NOS CONTRATOS COMUTATIVOS.....	92
4.5 A LIBERDADE CONTRATUAL E A LIBERDADE DE CONTRATAR.....	93

4.6	A LIBERDADE DE CONTRATAR NOS CONTRATOS DE ADESÃO	94
4.7	A LIBERDADE CONTRATUAL E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO.....	95
4.8	A LIBERDADE CONTRATUAL EM SITUAÇÕES DE DISPARIDADE DE FORÇAS.....	97
4.9	A LIBERDADE CONTRATUAL NA “PÓS-MODERNIDADE” E NOS CONTRATOS “CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO”	100
4.10	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	103
4.11	DA DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL	104
4.12	MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE PELO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	106
4.13	DAS CLÁUSULAS GERAIS	108
4.13.1	Da função social	111
4.13.2	Da boa-fé objetiva	112
4.13.2.1	Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.....	114
4.13.2.2	Da interpretação e da superutilização e descaracterização sistêmica de palavras com teor abstrato	118
5.	A “DESSISTEMATIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL.....	127
5.1	DO PREENCHIMENTO ATÉCNICO	128
5.2	O DIREITO CIVIL COMO SISTEMA.....	130
5.3	DA SEPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM A PENAL, SOB ESCOPO DO DANO.....	137
5.3.1	A ligação intrínseca entre responsabilidade civil e responsabilidade penal..	138
5.3.2	A especialização do direito civil na reparação do dano, ante a difícil comprovação da culpa e a objetificação da imputação da responsabilidade, conforme a necessidade de velocidade econômica das sociedades	139

6.	O ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL COMO PENA CIVIL	150
6.1	CONCEITO DE PENA CIVIL.....	156
6.2	DOS INDÍCIOS DO CARÁTER RESQUICIAL DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL.....	161
6.3	PRINCÍPIOS PENAIIS	164
6.4	A AUSÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DAS PENAS PRIVADAS.....	170
7.	A PENA CIVIL E A PROVA DA MÁ-FÉ	174
	CONCLUSÃO.....	184
	REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente dissertação é entender a natureza jurídica do art. 940 do Código Civil, que trata sobre a cobrança indevida e seus efeitos, o qual prediz que “aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

A dúvida que instigou o início desta investigação envolve o fato de que, apesar de esse artigo taxativamente prever que aquele que demandar por dívida já paga ficará obrigado a pagar ao devedor o dobro do que houver cobrado, a jurisprudência, salvo raras exceções, deixa de aplicar o texto legal por entender que a Súmula 159 do STF exige a comprovação da má-fé do cobrador para que incida as penas do art. 940, do CC.

A dúvida foi incitada pelo fato de o art. 940, do CC, em seu texto, de maneira nenhuma sequer indica a necessidade de comprovação do dolo ou má-fé para que os seus efeitos sejam aplicados. Além disso, esse entendimento é completamente contrário ao da doutrina, que unisonamente dispensa a exigência da comprovação do dolo ou má-fé.

Ao analisar-se o enunciado da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, igualmente, não é possível entender por que os julgadores têm exigido a comprovação de má-fé ou dolo, porquanto, lê-se do seu texto: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

Do quanto exposto até agora no capítulo introdutório, muitos questionamentos surgiram: por que os tribunais têm entendido que seria necessária a comprovação da má-fé? Qual era o entendimento do STF quando emitiu a Súmula 159? Por que, para a aplicação do art. 940 não se utiliza da teoria subjetiva da responsabilidade civil que se centra na culpa? Tratando-se de parte da atividade do cobrador a cobrança, não incidiria, por meio da teoria do risco, a responsabilidade objetiva? Seria, efetivamente, possível comprovar-se a má-fé, já que se trata de elemento subjetivo, psicológico, senão pela confissão?

O próximo passo lógico da pesquisa, então, refere-se ao estudo pormenorizado da Súmula 159 do STF, a análise dos seus precedentes e a investigação dos fundamentos que poderiam levar à essa interpretação que esvazia completamente, para não se dizer que revoga, o art. 940, bem como os fundamentos dos tribunais, que predicam essa interpretação.

Com isso, outras questões surgiram quando, ao longo do estudo, em 21/10/2020, foi publicado o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do EARESP 676.608/RS, que causou uma guinada jurisprudencial no tema. Esse julgamento entendeu que a restituição em dobro independe de elemento volitivo do cobrador da cobrança indevida, bastando que ela seja conduta contrária à boa-fé objetiva.

Por certo, esse julgamento tem por base o art. 42 do CDC, que cuida da cobrança indevida nos relacionamentos abarcados pelo código consumerista. No entanto seus fundamentos podem ser aplicados para a interpretação do art. 940, haja vista que o art. 42 também deixava de ser aplicado, até esse julgamento, pelos mesmos fundamentos utilizados para a não aplicação do art. 940.

Por isso, debruça-se à análise do julgamento do EARESP 676.608/RS, na busca dos fundamentos que poderiam servir para a interpretação do art. 940. O seu estudo causou novas dúvidas, porquanto foram evocados novos conceitos, tais como: o art. 940 tem natureza de abuso de direito? Incide sobre ele o princípio da boa-fé objetiva? Por que motivos o STJ, na aplicação do art. 42 mudou o entendimento quanto a necessidade da comprovação do dolo ou má-fé, optando pelo extremo oposto que é a adoção da responsabilidade objetiva?

Realizada a análise dos julgados, o próximo passo diz respeito ao estudo do art. 940 do CC e dos dispositivos legais que preveem a norma correspondente nos diplomas cíveis anteriores do Brasil. Preliminarmente, da simples leitura do texto legal do art. 940 do CC verifica-se questões elementares que escapam à doutrina, tal como ser, o requisito para o pagamento em dobro do valor cobrado, meramente uma cobrança sem a ressalva de que alguma quantia foi anteriormente paga. Nesses termos, ainda que seja pago apenas o valor de R\$ 1,00 de uma dívida de R\$ 1000,00, pelo texto do dispositivo legal, caso o cobrador cobre a totalidade da dívida, sem ressaltar que foram pagos esses R\$ 1,00, o efeito jurídico seria o surgimento de um crédito de duas vezes o quanto cobrado, em favor do devedor, ou seja, o devedor poderia cobrar do cobrador R\$ 2000,00 do cobrador.

A leitura dos dispositivos que tratam da normatização da cobrança indevida nos diplomas civis pretéritos demonstra elementos importantes também identificados nos julgados primeiramente estudados (e posteriormente na doutrina), como é o caso de seu posicionamento, que é primeiramente junto a normas processuais (nas Ordenações Filipinas), depois, junto a normas típicas penais (na Consolidação de Teixeira de Freitas) e, por fim, junto a normas de responsabilidade civil (a partir do Esboço de Teixeira de Freitas), bem como que os primeiros diplomas inicialmente preveem expressamente o elemento subjetivo da malícia como requisito para os efeitos penais, o qual, posteriormente ao CC de 1916, deixa de ser expresso.

Feito esse esforço inicial de exame das codificações cíveis pretéritas, sem perder de vista as correlações com os fundamentos anteriormente identificados pelo estudo da jurisprudência, esta pesquisa visa percorrer a doutrina que trata das dúvidas acima levantadas.

Nesse passo, avalia se o dispositivo abarca apenas relações que são contratuais ou se, na ausência de um contrato entre as partes, ele também incidiria, como, por exemplo, na hipótese em que é cobrado um serviço nunca contratado ou de um produto nunca comprado.

Feito isso, entende-se que os princípios que incidem no contrato, principalmente considerando-se que muitas das situações compreendidas pelo art. 940 surgem de cláusulas com cobranças abusivas presentes nos contratos de adesão, tais como taxas de corretagem, índices de correção impróprios, taxas e encargos bancários abusivos etc.

Destarte, este trabalho dedica-se ao estudo da influência da vontade na contratação, em face dos princípios da liberdade de contratar, da liberdade contratual, bem como do conceito de contrato de adesão, chegando-se à tecnologia criada pelo direito civil para frear os abusos que naturalmente são criados por esse tipo de contratação, a qual faz parte do movimento de constitucionalização e da descodificação do direito civil: as cláusulas abertas, dentre elas a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Neste ponto, o trabalho encaminha-se para a solução e resposta dos problemas investigados, definindo-se cada vez mais o art. 940 como uma pena civil, resquicial, que perdurou nas renovações das legislações e cujo tratamento pela teoria da responsabilidade civil parecia ser incompatível, conclusão essa que adveio tanto da análise das leis pretéritas, quanto da doutrina.

Portanto, fez-se um esforço para o entendimento de como se deu a separação do ilícito penal e do ilícito civil. Nesse aspecto, a doutrina que mais abrange esse tema é aquela que trata da função punitiva da responsabilidade civil, principalmente centrada no dano moral punitivo, que assume função repressiva e preventiva.

Dessa forma, questiona-se por que há robusta doutrina que assevera ser incompatível a pena na sistemática da responsabilidade civil. No entanto, os julgadores que pensam em contrário (diga-se: que entendem ser possível apenas por meio da responsabilidade civil), deixam de aplicar um dispositivo legal que taxativa e expressamente é uma pena, o art. 940, do CC.

A conclusão inevitável é a de que a responsabilidade civil é incompatível com funções primariamente punitivas e preventivas. Isso porque a responsabilidade civil especializou-se no dano, enquanto, evolutivamente, a responsabilidade penal especializou-se na conduta do agente. O dano ilícito deve ser ressarcível, indenizado, ao passo que a conduta ilícita deve ser punida. Isso porque o estudo da separação do ilícito penal do ilícito civil demonstra que as sociedades, quando ganham complexidade, adquirem necessidade de agilidade nas negociações, exigindo do estado, correspondente agilidade no combate ao dano, objeto esse da responsabilidade objetiva. A punição, de outro lado, exige contenção do estado, exige princípios e garantias individuais e tipificação exaustiva e taxativa, tecnologias que vão ao revés da agilidade, mesmo porque a culpa, a responsabilidade subjetiva, é sempre de difícil comprovação.

Essa conclusão levou às respostas de outros questionamentos, que são correlatos à super utilização e conseqüente polissemia que adquiriram os conceitos “dano”, “responsabilidade” e “pena”, estudados nessa evolução sistemática e que são retroalimentados pelo sistema do direito, que deve especializá-los, apurá-los, refiná-los para que não causem uma regressão nas tecnologias já consolidadas ou uma reconstrução que foge às suas primeiras lógicas.

O estudo da evolução da responsabilidade civil, principalmente sob o enfoque do seu distanciamento da punição e sua concentração no dano, levou à conclusão da essencialidade desse requisito, o qual é justamente ausente no art. 940, porquanto este exige apenas mera

cobrança para surtir seus efeitos, de modo a se tratar, afinal, de pena civil, alienígena, portanto, à responsabilidade civil.

Ademais, identifica-se claramente o caráter resquicial do art. 940, do CC, que foi restando, quando das repetidas renovações dos diplomas cíveis, uma sobra de uma época em que os ilícitos eram enumerados taxativamente pela lei, antes do advento das cláusulas abertas. Assuntos como a multiplicação de valores, que normalmente representavam a pena antes de sua separação da esfera civil, bem como a presença da mesma norma desde as Ordenações Filipinas e técnica de prefixação do dano moral que os códigos anteriores ao de 2002 adotavam (todos superados evolutivamente) denotou claramente o caráter resquicial que o art. 940 tem como pena, que sobrou em meio a normas de responsabilidade civil em nosso CC. Entende-se que a aceitação de sua presença pela doutrina e jurisprudência se deve ao fato de que a função punitiva, preventiva e repressiva que, embora, como concluído, seja avessa à responsabilidade civil, persiste em tentar ingressar nesse sistema.

Por fim, tendo em vista a possível e desejável incidência dos princípios e garantias desenvolvidos no direito penal sob todas as penas, o que atravancaria a aplicação do art. 940 e de demais penas civis, sugere-se a revogação própria (pelo legislativo) do art. 940, ou o desenvolvimento de uma teoria geral da pena no direito civil – que abarque todos esses princípios e regulamente a objetividade ou subjetividade de seu sistema - ausente, segundo autores de renome, bem como que a repressão a atos ilícitos se dê mais participativamente, mais conglobadamente por todas as esferas do direito, tais como a penal, a administrativa, pelo legislativo, com normatização típica de condutas penais, como também por órgãos regulatórios, esses sim, legítimos para efetuar punições exemplares. Enfim, por toda a sociedade, de modo a desconcentrar essa tarefa da responsabilidade civil, que se desenvolveu para a importante tarefa de cuidar das relações civis pelo viés do dano.

1. A COBRANÇA INDEVIDA À LUZ DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, EXTRACONTRATUAL E A PUNIÇÃO NO DIREITO CIVIL

Como bem observa José Luiz Gavião de Almeida, “choca a todos a existência de dano sem responsável. Esse mal-estar moral, esse sentimento de revolta pelo infortúnio alheio, impôs a busca de novos mecanismos para a responsabilização civil”¹.

Esta perturbação natural se eleva quando o prejuízo ocorre em relações de evidente desequilíbrio.

A vida moderna exige diversos serviços e produtos que se entrelaçam. Para regulamentar a prestação desses serviços e produtos, a sociedade desenvolveu um tipo de contrato duradouro que a doutrina tem identificado como contratos relacionais ou contratos existenciais.

Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo esclarece que:

Os contratos relacionais (como por exemplo contratos de franquia, de trabalho, de cooperação tecnológica, fornecimento entre empresas, previdenciários e alguns tipos de contratos bancários)” são “contratos de longa duração baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual” nos quais é “impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante”, porque envolvem situações de “alto grau de flexibilidade”. São contratos que regulam produtos e serviços que exigem mudanças contínuas. Assim, “em substituição às cláusulas de reajuste, os contratos relacionais incluem termos estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual.”²

No mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior entende que:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são ‘descartáveis’ e os juízes

¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 100.

² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais no direito brasileiro. **Revista USP**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 103-118, 1999, p. 7.

têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões.³

Esses contratos são marcados pelo uso agressivo de uma publicidade onipresente e poderosa simbologia que se penetra na sociedade, empurrando constantemente pessoas a obter serviços não essenciais, mas que estratégica e globalizadamente, pela repetição da informação, acabam por se tornar indispensáveis ao cotidiano.

Celulares cuja durabilidade parece ser apenas anual, carros, produtos de beleza, pacotes de televisão, viagens de lazer e relacionamento bancário são serviços cuja expectativa é incrementada por parcelas mensais sem limite no tempo. Esses são exemplos de produtos e serviços cuja falta, mora ou inadimplemento pontuais (ou repetidos), essencialmente, não deveriam causar sentimento tão profundo que pudesse ser tido como dano, principalmente relacionado à moral.

Como o fato de perder uma tarde de acesso à internet⁴, ter entravada momentaneamente a possibilidade de se conversar a qualquer tempo com quem quer seja⁵, não assistir à estreia daquele episódio de série televisiva⁶, chegar atrasado ao passeio marcado

³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais no direito brasileiro. **Revista USP**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 103-118, 1999, p. 7.

⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1013668-02.2016.8.26.0506, 20ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Josy Rosa Gomes Botta. Apelada: Claro S/A. Relator des. Rebello Pinho. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AC_10136680220168260506_9ae09.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681699969&Signature=eK0dneUk0kIpFR9omscQSuv35Cw%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0024534-78.2012.8.26.0554, 27ª Câmara de Direito Privado. Apelante: NET Serviços de Comunicação S/A. Apelado: Walter Paulon Junior. Relator des. Sergio Alfieri. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 08 mar. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00245347820128260554_43a39.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681699668&Signature=slOLVopntaCrELWxNb1oQ4gRMrc%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1009719-06.2017.8.26.0127, 14ª Câmara de Direito Privado. Apelante: SKY Serviços de Banda Larga LTDA. Apelado: Natan Ferreira de Oliveira. Relator des. Melo Colombi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 25 jun. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ->

no início de férias em outro país⁷ podem ser episódios aptos a provocar martírio tão insuportável, que conduzam suas vítimas a sentimentos análogos à sede de vingança individual e social.

No lugar de se informar a realidade que o produto ou o serviço acrescentam, de fato e concretamente, ao ser humano, vender conceitos abstratos é a estratégia para incorporá-los ao arcabouço indispensável da existência moderna. São comuns propagandas que vinculam marcas e produtos a pessoas sorrindo, dias ensolarados e alegres, políticas de caridade, ajuda ao meio ambiente ou socorro de pessoas necessitadas. São situações que nada têm a ver com a descrição do produto ou o serviço que, de fato, é vendido ou oferecido. O que se vende são esses sentimentos, cujo meio para obtenção são os produtos e serviços comercializados.

Confiança, necessidade, felicidade e segurança são conceitos normalmente vendidos e que, na prática, atraem o consumo. Entretanto, trair com a verdade tais símbolos, pode trazer consequências sociais aparentemente avassaladoras. Afinal, se o que se promete, deve ser cumprido, qual seria a reação quando o comprador experimenta justamente o contrário daquele sentimento que comprou?

Embora nos contratos relacionais destoem a injustiça é possível enxergar essas práticas na entabulação e sequência de todos os contratos.

Assim, Plínio Cabral explica sobre a influência da propaganda no comportamento e nos sentidos:

Todavia, mais que isso, a publicidade procura influenciar a opinião dos membros da coletividade, conduzindo-os a um pensamento ou uma conduta, como, por exemplo, comprar determinado bem ou comportar-se desta ou daquela maneira, induzido pela publicidade.⁸

SP__10097190620178260127_154b4.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681700093&Signature=mgIy8ESDRNBjdxJ%2FpU2YI1FWuL0%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1023338-61.2015.8.26.0001, 36ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Decolar.com Ltda. Apelada: Marisa Jesus da Silva. Relator des. Milton Carvalho. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 05 jul. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP__10233386120158260001_b4119.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681700204&Signature=dcektW9zNRrRg3z%2BhjW2FJqU%2FTA%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸ CABRAL, Plínio. **Propaganda — técnica da comunicação industrial e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1993, *apud* SATO, Miriam Keiko de Souza. A propaganda e a publicidade de medicamentos e a informação ao consumidor. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 89-115, nov. 2002, p. 93.

Nesse aspecto, a redação do art. 30 e 31 do Código de Direito do Consumidor dispõe que:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

No desenvolvimento dessas relações, com a frequência dos descumprimentos, sobrelevam-se impressões que teimam em atingir algo que, acertada ou erroneamente, tem se denominado dignidade (da pessoa humana), conceito de inefável dificuldade, cujo espectro hoje ainda se distingue parcamente no consciente da sociedade e do homem.

A seguir, destaca-se o preâmbulo do AI-5, no qual a dignidade da pessoa humana é muito bem utilizada:

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, ‘os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria⁹.

Acerca da impropriedade e incerteza do uso do princípio da dignidade da pessoa humana, ressalta-se as palavras de Antônio Junqueira de Azevedo:

⁹ BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 20 mai. 2022.

O outro pilar do Direito atual, o dos Direitos Humanos, sintetizado na expressão ‘dignidade da pessoa humana’, também pode passar por aperfeiçoamento teórico, porque, como está, não permanece isento de críticas. Antes de mais nada, é preciso se conscientizar de que, como afirmava Michel Villey (o.c., passim), se todos nós temos ‘direitos humanos’, há necessidade, para harmonizar os Direitos Humanos de cada qual, de regras a eles superiores.¹⁰

Ainda, Otavio Luiz Rodrigues acrescenta que:

Experimentam-se, nesse cenário, situações de desagradável sincretismo metodológico, importação e apropriação inadequadas de conceitos e de categorias, tudo em nome de argumentações grandiloquentes, que, muita vez, escondem falácias, jogos de palavras ou vazios de fundamentação.¹¹

Ao que parece, as empresas não tem observado o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que as práticas abusivas parecem ser seguidas por cartilhas pelas empresas que detêm o monopólio de determinados serviços e produtos ditos essenciais, cabendo ao contratante apenas a alternativa de mudar a cor da instituição: do banco laranja, pode-se ir ao vermelho, da empresa de telefonia azul, migra-se para a lilás, do plano de saúde branco passa-se ao verde; todos, contudo, cometem as mesmas falhas.

São empresas que prestam serviços desumanizados, parecem pertencer aos mesmos conglomerados, cuja identidade se preenche com conceitos como sorrisos, compaixão e parceria, símbolos e imagens que nunca serão encontrados nos seus “serviços de relacionamento” ou “serviços de atendimento”, os quais se furtam em cumprir a propaganda dos únicos produtos efetivamente ofertados: confiança, felicidade e prontidão.

Quanto às práticas de serviços desumanizados, Cláudia Lima Marques observa que:

O uso de máquinas, da televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos em silêncio ou sem diálogo, por coisa, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não perenes e virtuais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atas, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques”. (...) “Um contrato ‘desumanizado’, e que beira à autossuficiência

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 579-590, jan./dez. 2007, p. 588.

¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 45.

do declarado e é ‘construído’ de forma unilateral e prévia no site eletrônico ou na máquina colocada em um corredor de escola, autossuficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo¹².

Em relação às vendas de emoções nas propagandas, Felipe Parrado Corredor explica que:

Da mesma forma, iniciou o uso de médicos, cientistas e estrelas de cinema em suas imagens publicitárias, a fim de gerar reações emocionais. Isso gerou um sucesso milionário de faturamento, inédito para a época¹³.

O tratamento reservado tanto aos consumidores quanto aos empregados atendentes – que são proposital e minimamente instruídos, não equipados de instrumentos adequados para resolver as demandas e acabam por servir como contenção de clientes e como receptáculos de injúrias – criam verdadeiras trincheiras de abandono e deixam ambos os lados com o sentimento de que são apenas números, peixes com o mesmo rosto, capturados por gigantes indestrutíveis. Sobre o sucateamento dos empregados em serviços de atendimento ao cliente, interessante a reportagem da BBC Brasil:

Imagine um emprego em que sua função é passar o dia todo ao telefone. Não é exagero, é o dia todo mesmo, com direito a apenas uma pausa de 20 minutos para a refeição e outras duas de 10 minutos cronometradas – assim como as idas ao banheiro. Do outro lado da linha, estão clientes irritados pelos problemas causados por uma empresa da qual muitas vezes você não é o funcionário e sobre a qual não tem qualquer responsabilidade. No entanto, naquela ligação, é você quem personifica todos os erros e os defeitos dela e, por causa disso, acaba sendo o alvo da ira de todos aqueles consumidores insatisfeitos. Os xingamentos vão desde ‘burro’, ‘incompetente’ e ‘ignorante’ a até ‘você não presta para nada, por isso nunca vai deixar de ser operador de telemarketing’. Desligar o telefone não é uma opção, então a única alternativa é escutar os insultos calados. E não dá tempo de respirar. Enquanto você tenta esquecer as ofensas que acabou de ouvir, o telefone toca de novo, e é preciso disfarçar rapidamente e dizer com a voz simpática: ‘bom dia, senhor, em que posso ajudar’. Esse é o dia

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, n. 35, p. 62-96, 2000, jul./set. 2000, p. 74-75.

¹³ *Así mismo, inició el uso de médicos, científicos y estrellas de cine en sus imágenes publicitarias, con el fin de generar reacciones emocionales. Esto generó un millonario éxito en facturación, sin precedentes para la época.* CORREDOR, Felipe Parrado. J. B. Watson y la publicidad, los inicios de la psicología del consumidor. **Revista Colombiana de Psicología**, Colômbia, v. 22, n. 2, p. 401-406, 2013, p. 404.

a dia de mais de um milhão de trabalhadores brasileiros que atuam como operadores de telemarketing...”¹⁴.

Dado esse quadro, como resistir o operador do direito a tentar defender o lado mais fraco ou “punir” ainda que “civilmente” os agentes?

Na tentativa de entender a sistemática ou critérios técnicos às respostas que a doutrina e a jurisprudência elencam para esses tipos de descumprimento e abusos, surge o interesse no estudo de temas como a aplicação do dano moral *in ré ipsa*, ou do mero aborrecimento¹⁵, bem como a frequente digladição dos conceitos de função social¹⁶ do contrato contra a *pacta sunt servanda* e sua aliada liberdade de contratar.

Com efeito, apesar de muitos julgados afirmarem estar o dano presumido, o fazem sem fundamentação suficiente e de modo a apenas invocar o termo, o que contribui para a confusão dos institutos. Veja-se o julgado abaixo como exemplo, no qual o único argumento para a aplicação da tese do “dano presumido” foi a mera invocação dele com a fórmula:

¹⁴ BBC News Brasil. ‘**Você não presta para nada**’: a rotina de estresse, xingamentos e pressão dos atendentes de telemarketing. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-44325034>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

¹⁵ Sobre o mero aborrecimento cita-se alguns julgados, por exemplo, AgInt no REsp 1.703.645/AM, que trata sobre atraso de entrega e montagem de móveis que gerou dano moral; AgInt no REsp 1.573.736/SP: “a negativa de cobertura [médica] se deu por divergência razoável de interpretação do contrato, assim como que a situação vivenciada pela beneficiária não foi apta a gerar danos à sua intimidade psíquica, tendo configurado mero aborrecimento do cotidiano”; AgInt no REsp 1608853/PR: “Nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento. Precedentes”; REsp 1731762/GO: “A lei estabelece que as operadoras de plano de saúde não podem negar o fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios indispensáveis ao sucesso da cirurgia, como por exemplo a implantação de *stents* ou marcapassos em cirurgias cardíacas. Se o fornecimento de órtese essencial ao sucesso da cirurgia deve ser custeado, com muito mais razão a órtese que substitui esta cirurgia, por ter eficácia equivalente sem o procedimento médico invasivo do paciente portador de determinada moléstia. 7. Aborrecimentos decorrentes de relações contratuais, na forma como ocorrido na hipótese dos autos, estão ligados a vivência em sociedade, cujas expectativas são desatendidas de modo corriqueiro e nem por isso surgem abalos psicológicos com contornos sensíveis de violação à dignidade da pessoa humana”; REsp 1.687.768/SP: “o acórdão estadual afirmou, de forma expressa, que os transtornos suportados pelo autor ultrapassam o mero aborrecimento, pois, além do atraso considerável na entrega, o imóvel apresentou vários problemas e defeitos na construção”; AgRg no AREsp 704399/RS: “As alegações de que não foram comprovadas pela empresa de telefonia as contratações dos serviços acrescidos na fatura e de que o acórdão fez afirmação contrária ao ocorrido mostram-se impróprias no âmbito de Recurso Especial, pois tais discussões estão diretamente ligadas ao conjunto fático-probatório acostado aos autos. 2. No que tange ao pedido de indenização por danos morais, é entendimento do STJ que os dissabores e aborrecimentos ocorridos diante da tentativa de solução do conflito não acarreta danos morais”.

¹⁶ Sobre a presença da dicotomia *pacta sunt servanda* e função social do contrato nas decisões dos tribunais e sua relação com os contratos existenciais, conferir: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014, p. 67.

“Evidente, assim, o dano moral sofrido pela autora, sendo presumido o prejuízo, independentemente de comprovação”:¹⁷

APELAÇÃO. Ação declaratória c.c repetição de indébito e indenizatória. Negativa de contratação. Sentença de improcedência. Irresignação da autora. Preliminar de cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova pericial determinada pelo juízo de origem. Desistência manifestada pelas partes. Mérito. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva da instituição bancária. Súmula 479 do STJ. Contratação não demonstrada. Ausência de prova. Impugnação da assinatura do contrato. Prova pericial não produzida pelo banco. Ônus da prova da parte que produziu o documento. Tese firmada no Tema Repetitivo nº 1061. Restituição simples dos valores descontados. Ausência de má-fé do banco. Inexistência de ajuizamento de ação por dívida já paga. Valores recebidos pela autora que deverão ser restituídos ao banco, retornado as partes ao status quo ante. Compensação autorizada. Dano moral. Cabimento. Falha na prestação do serviço. Artigo 14 do CDC. Dano presumido. Descontos indevidos que superaram o valor creditado em conta corrente. Privação parcial do benefício previdenciário. Precedentes desta Câmara. Quantum. Indenização que deve levar em consideração a sua intensidade. Quantia fixada em R\$3.000,00 que se revela suficiente para indenizar a parte autora. Sentença reformada. Recurso Provido. (TJSP; Apelação Cível 1001685-14.2020.8.26.0070; Relator (a): Cláudio Marques; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Batatais - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/02/2023; Data de Registro: 10/02/2023).

A doutrina elenca características que poderiam ser mencionadas nesses julgados, mas não são. Interessante citar o resumo da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sobre os traços principais da responsabilidade pressuposta e perceber o número de preenchimento que poderia ser dado pelas decisões judiciais, que normalmente se limitam a afirmar ser a hipótese ou de dano moral *in ré ipsa* ou de mero aborrecimento:

Segundo a nossa visão, e a partir da incansável reflexão acerca do assunto, até aqui, uma *mise en danger* otimizada tenderia a corresponder ao que chamamos de responsabilidade pressuposta e poderiam ser descritos assim os traços principais que ela contém: 1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano

¹⁷ Apenas no banco de dados do TJSP, a pesquisa pelo parâmetro “dano presumido” retornou 2.250 resultados. Da mesma maneira do julgado transcrito acima, colaciona-se, a título de complementação, também os seguintes: TJSP; Apelação Cível 1110869-77.2018.8.26.0100; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2023; Data de Registro: 16/02/2023; TJSP; Apelação Cível 1043517-03.2021.8.26.0002; Relator (a): Ruy Coppola; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2023; Data de Registro: 07/02/2023 e TJSP; Apelação Cível 1053634-14.2020.8.26.0576; Relator (a): César Peixoto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2023; Data de Registro: 04/02/2023.

de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdivide-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as sub-espécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente¹⁸.

É importante revisitar a base de desenvolvimento de matérias como contratos de adesão¹⁹, reinvestigar a lógica do sistema obrigacional e contratual, que visa o adimplemento, e como e por que o instituto do dano moral, primariamente extracontratual, está sendo utilizado para a mesma finalidade: desestimular o descumprimento de condutas obrigacionais.

Sobre a separação entre os regimes de descumprimento contratual e extracontratual, discorre Venosa:

A doutrina contemporânea, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade. Uma e outra fundam-se na culpa. Na culpa contratual, porém, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato, conceito que veremos a seguir²⁰.

Sobre a importância da sistemática nos conceitos jurídicos e a confusão de institutos conceituais, principalmente acerca das responsabilidades contratuais e extracontratuais, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, explica que:

É possível notar, neste momento, a preocupação de constituir séries conceituais - como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas, direito real limitado, direito de utilização das coisas alheias,

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás, v. 31, n. 1, p. 33-59, jan./jun. 2007, p. 56.

¹⁹ Quanto à difícil relação entre a liberdade de contratar em contratos de adesão, conferir a lição do professor Washington de Barros Monteiro. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz da (atual.). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 50.

²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. IV, p. 22.

hipotecas etc. A característica desse tipo de teorização é a preocupação com a completude, manifesta nas elaborações de tratados, em que se atribui aos diferentes conceitos e a sua subdivisão em subconceitos uma forma sistemática, o que deve permitir um processo seguro de subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos. A ciência dogmática do direito constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por um esquematismo binário, que reduz os objetos jurídicos a duas possibilidades: ou se trata disso ou se trata daquilo, construindo-se enormes redes paralelas de seções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza — e esta é a preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes jurídicos etc. — pressupõe uma atividade teórica desse tipo, na qual os fenômenos ou são de direito público ou de direito privado, um direito qualquer ou é real ou é pessoal, assim como assim como uma sociedade ou é comercial ou é civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas como exceções (natureza híbrida) ou contornada por ficções (...) Nela prevalece um enfoque que tende a privilegiar as questões formais, como o problema mencionado da ‘natureza jurídica’ dos institutos, da coerência do ordenamento jurídico, do estabelecimento de regras de interpretação, da conceituação analítica de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa (pena, castigo), sentido de ato lícito e ilícito, direito subjetivo etc. O enfoque estrutural, em suma, é um enfoque a posteriori, que toma o direito dado e procura as condições de sua aplicação²¹ (grifo nosso).

Essa mesma necessidade de investigação sobre a “‘natureza jurídica’ dos institutos, da coerência do ordenamento jurídico, do estabelecimento de regras de interpretação, da conceituação analítica de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa (pena, castigo)”, prevalece também o entendimento de Silvio Venosa, acerca dos regimes de descumprimento contratual e extracontratual:

A doutrina contemporânea, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade. Uma e outra fundam-se na culpa. Na culpa contratual, porém, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato, conceito que veremos a seguir” (grifo nosso)²².

A dúvida sobreleva-se: por que institutos de responsabilidade contratual têm sido buscados, mas por meio de teoria primordialmente extracontratual²³ ou, até mais distante, de

²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 81-82.

²² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. IV, p. 22.

²³ Ainda que não se desconheça que uma definição de responsabilidade civil seja “a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta

direito penal, se há institutos seculares voltados para o ato ilícito contratual, como a mora e a multa e a *exceptio non adimplenti*?

A respeito da confusão entre responsabilidade penal e civil, Flavia Portella Püschel afirma que:

O ‘princípio da restituição’ parece estar tão enraizado que é um dos critérios mais usados justamente para distinguir os campos próprios das responsabilidades civil e penal: ao Direito Civil cabe cuidar da indenização, ao Direito Penal cabe punir o responsável. Além dessa situação interna à doutrina, observa-se também um fenômeno interessante na relação entre a doutrina e a jurisprudência nesse tema. Trata-se da mencionada existência tanto nos tribunais estaduais quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), notadamente em acórdãos sobre responsabilidade civil por dano moral, de muitas decisões em que se admite expressamente ou utiliza veladamente a ideia de punição para calcular o valor da indenização, em clara contradição com o ‘princípio da restituição’²⁴.

Contra o sentimento individual e coletivo de vilipêndio causado pelos descumprimentos, vários instrumentos jurídicos foram criados: agências reguladoras, multas, conselhos fiscalizadores de monopólio, sites de compilação de reclamações, selos que atestam qualidade de serviços e instituições, propostas essas invariavelmente ineficazes se comparadas à solução que o Poder Judiciário tem eficazmente dispendido.

O que parece é que o Poder Judiciário, sob o argumento de aplicar uma pena desestimulante aos comportamentos nocivos, oferece o dano moral como um sucedâneo, como quem estende um doce a uma criança, com o fim de que chore mais baixo. Corroborando com esse entendimento, Flavia Portella Püschel:

De acordo com a teoria da prevenção especial negativa, a pena deve impressionar o delinquente de maneira negativa, para que ele, diante da oportunidade de voltar a delinquir, opte por não praticar o ilícito. Em outras palavras, desse ponto de vista, a função da pena é impedir, por meio da inflicção de um mal, que o apenado volte a delinquir no futuro²⁵.

Assim, a macrocefalia dos tribunais, abarrotados, força o Poder Judiciário a criar

por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 18, p. 19-20.

²⁴ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 19.

²⁵ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 24.

defesas contra a grande numerosidade de demandas, fazendo os magistrados sopesarem a consequência de adotarem determinada posição que fará com que mais ações sejam distribuídas, principalmente quando se sabe que práticas muito frequentes são realizadas.

Sobrecarregados, membros do judiciário defendem-se criando teses jurisprudencial curinga que contrariam a lógica mais básica. O limite entre mero aborrecimento e do dano moral punitivo desafia a simples comparação e mensuração de paradigmas, causando sentimento maior de injustiça ou servindo como válvula de escape às pressões sociais contrárias à ineficácia dos demais poderes, os quais necessitam desse estímulo negativo para o próprio desenvolvimento.

Sobre a falta de lógica necessária ao sistema jurídico, o professor Otavio Luiz Rodrigues Junior faz severa crítica:

Experimentam-se, nesse cenário, situações de desagradável sincretismo metodológico, importação e apropriação inadequadas de conceitos e de categorias, tudo em nome de argumentações grandiloquentes, que, muita vez, escondem falácias, jogos de palavras ou vazios de fundamentação²⁶.

A repetição das condutas abusivas nas relações contratuais é tão colossal que é possível vislumbrar um verdadeiro *modus operandi*. Nesse espaço amostral, deveria ser possível identificar qual conduta, qual vítima ou qual fato serviria de paradigma elegível para excluir (ou aplicar) a punição civil?

Entrementes, contra a falta de lógica da aplicação de uma pena civil sem dano, mencionamos a crítica do professor José Luiz Gavião de Almeida:

Não se pode contestar que a responsabilidade civil passou por inúmeras transformações que hoje, inclusive, não tem por escopo apenas e tão somente recuperar o direito violado de alguém. Objetivos como punição do lesador ou desestímulo a ele e a terceiros, de atuar provocando novas lesões, são defendidos com propriedade por muitos doutrinadores. No entanto, não parece justificável considerar o dano um elemento desnecessário para a caracterização da responsabilidade civil, mesmo que apenas em algumas situações. Nem reconhecer que eventual pena civil imposta tem natureza de responsabilidade civil. O instituto da responsabilidade civil estabilizou-se como instrumento voltado para a recuperação do patrimônio perdido por alguém. Reconhecer, agora, que o dano não é mais essencial, mas elemento

²⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 15.

informador apenas em algumas das suas hipóteses, descaracteriza completamente o instituto²⁷.

Nas hipóteses de aplicação da pena civil, poder-se-ia cogitar de aplicação à mesma situação de outros institutos, como a *exceptio non adimplenti*²⁸ ao invés de se apenar; ou dizer-se que a vítima, ao invés de ter sofrido dano, poderia ter ingressado com um pedido de antecipação da tutela para o cumprimento forçado do quanto contratado²⁹ com a exigência

²⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 174.

²⁸ Sobre o assunto, consultar a jurisprudência: “RESCISÃO CONTRATUAL - CONSÓRCIO – PAGAMENTO INTEGRAL DAS PARCELAS – CONSORCIADO NÃO CONTEMPLADO - RÉ - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - CONCESSIONÁRIA INTERVENIENTE NA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO - LEGITIMIDADE PASSIVA - PARTICIPANTE DA CADEIA DE CONSUMO - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º DO CDC – SENTENÇA – REFORMA NESTE PONTO. VALORES PAGOS - RETENÇÃO DE ENCARGOS - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, SEGURO E FUNDO DE RESERVA - IMPOSSIBILIDADE - RESTITUIÇÃO INTEGRAL - CONSUMIDOR - NÃO PROTAGONISTA DO DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO - NÃO OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO COM O CONTRATO - DEVER DA BOA-FÉ OBJETIVA - *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* - ARTS. 422 E 476 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - MERO ABORRECIMENTO – INADIMPLETO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. RÉ GUARUMOTO - APELO – GRATUIDADE PROCESSUAL – HIPOSSUFIÊNCIA - NÃO COMPROVAÇÃO - PREPARO - NÃO RECOLHIMENTO NO ATO DA INTERPOSIÇÃO DO APELO E TAMPOUCO QUANDO CONCEDIDO PRAZO PARA TANTO - DESERÇÃO – RECONHECIMENTO – ARTS. 99, § 7º e 1007 do CPC. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO E DA GUARUMOTO NÃO CONHECIDO”. (TJSP Apelação nº 1010215-06.2015.8.26.0224, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Tavares de Almeida, data de julgamento em 21/06/2018).

²⁹ Nesse sentido, a jurisprudência: “Pondere-se, na sequência, que este tribunal, na hipótese vertente, tem admitido que a obrigação de fazer, sob pena de multa, seja substituída pelo envio de ofício ao órgão de trânsito, uma vez que essa providência garante resultado prático equivalente, sobretudo nos casos em que impossível o cumprimento da obrigação, valendo lembrar que, no caso concreto, a liminar de fls. 55 determinou somente à correção ALL Car que regularizasse a documentação do veículo, estendendo a obrigação à apelante somente na sentença hostilizada. A eficácia do envio de ofício ao DETRAN/SP se evidencia ainda mais diante do documento encartada a fls. 111: bastaria que o Juízo oficiasse ao DETRAN/SP para corrigir o nome do comprador, para fazer constar o autor originário da demanda Antônio Carlos Ferreira da Silva (...). Feita essa ponderação, afirme-se, em seguida, que tem razão a apelante quando defende que não restaram configurados danos morais (revendo, neste ponto, entendimento já adotado por esta relatoria). Com efeito, o dano moral pode ser definido “como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária”, na lição de Jorge Bustamante Alsina (*apud* Rui Stoco. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II, página 933)” ementa: Consumidor e processual. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais julgada procedente. Pretensão à reforma parcial manifestada por uma das rés. Danos morais não configurados. Mero aborrecimento ou transtorno causado pelo descumprimento contratual que, regra geral, não basta para caracterizar danos dessa natureza, situando-se na esfera do mero aborrecimento. Hipótese em que houve demora na entrega do documento de transferência do veículo, situação que poderia ter sido resolvida desde o início da demanda, com a mera expedição de ofício ao órgão de trânsito. RECURSO PROVIDO (TJSP Apelação nº 0019656-07.2010.8.26.0223, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Mourão Neto, data de julgamento em 09/04/2018).

do pagamento dos honorários contratuais de advogado³⁰. Ou, ainda, que a vítima poderia ingressar com pedido de antecipação da tutela e requerer substituição do bem ou serviço. Ou, mesmo, dizer que se trata de dano moral *in re ipsa* ou de mero aborrecimento.

Nesse vendaval de institutos jurídicos, o art. 940 do Código Civil *positiva especificamente* uma das práticas que demonstra abusividade e negligência insofismáveis. Lê-se, nesse dispositivo, notória *tipificação* de conduta.

Contudo, ainda assim, a quase totalidade dos órgãos jurisdicionais não aplica os seus efeitos taxativamente positivados: postura oxímora, porquanto aplica o dano moral punitivo, cuja crítica da doutrina é justamente faltar arcabouço positivado suficiente. Assim,

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente³¹.

Apesar dos préstimos de reaproximar o direito penal do direito civil, contraditoriamente, afastam-se os artigos voltados a desestimular a cobrança indevida, cuja aplicação, por sua vez, conta com apoio majoritário da doutrina, que, alguma parcela, entende ser pena³², para uma conduta especificada, que, ademais, fixa um *quantum* pré-fixado. Assim,

³⁰ Infelizmente a jurisprudência do STJ tem se consolidado no sentido de que a contratação de advogado para solucionar conduta indevida não é tido como dano material: PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os honorários advocatícios contratuais não integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002. Precedentes: REsp 1.480.225/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11/9/2015; AgRg no REsp 1.507.864/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 25/9/2015; AgRg no REsp 1.481.534/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 26/8/2015). 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 746.234/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 19/11/2015). No mesmo sentido AgInt no REsp 1.653.575/SP.

³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 76.

³² O próprio Código Civil, no art. 941, refere-se expressamente aos arts. 939 e 940 como “penas”, veja: “Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido”.

entendem ser pena: Clovis Bevilacqua³³, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado³⁴, Maria Helena Diniz³⁵; Regina Beatriz Tavares da Silva³⁶, Washington de Barros Monteiro³⁷; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁸, Paulo Nader³⁹; Silvio de Salvo Venosa⁴⁰.

Parece, portanto, ser esse o caminho mais coerente a trilhar, nessa busca de delimitação temática: se for possível entender os conceitos que orbitam no entorno desse pensamento que justifica ou exclui essa (não) aplicação do artigo 940 do CC, pensa-se que será mais fácil compreender sobre os conceitos jurídicos que até então leva-se, visto que, ao aprofundar na pesquisa do tema delineado nessa dissertação, institutos basilares compartilhados serão tratados.

Assim, inevitavelmente, esta dissertação tangenciará os diversos institutos e temas que se correlacionam àqueles acima identificados, mas, estes, não serão objeto da pesquisa. Tentaremos utilizá-los criticamente e contextualizá-los, mas não serão aprofundados os seguintes temas: contratos existenciais, contratos relacionais, publicidade e inadimplemento obrigacional. Outrossim, não serão objeto da pesquisa os desdobramentos de direito processual decorrentes do art. 940 do CC, tais como, v.g., necessidade ou não de ação autônoma do réu, ou possibilidade de cobrança em contestação para requerer a quantia cobrada indevidamente.

Outro objeto que não será cerne da dissertação são as relações de consumo. Embora haja correspondência muito grande entre o art. 940 do CC e o art. 42 do CDC, o Direito do Consumidor envolve conceitos, relações, princípios, enfim, esferas muito diversas, o que atravancaria o estudo. Algumas considerações serão feitas sobre o dispositivo mencionado, principalmente no que toca o mencionado EARESP 676.608/RS de 21/10/2020, mas o estudo

³⁴ ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código civil anotado**. São Paulo: Método, 2005, p. 407.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 552.

³⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 907-908.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5, p. 420.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1493-1494.

³⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p. 288.

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013b, p. 1174.

não se centrará nas relações consumeristas. Ressalte-se, entretanto, que no levantamento dos julgados buscar-se-á os fundamentos para a não aplicação desse dispositivo, visto que irremediavelmente os Tribunais os aplicarão analogamente para o afastamento do art. 940 do CC (“*argumentum a maiori ad minus*”)⁴¹, limitando-nos, portanto, somente aos argumentos que, embora voltados ao art. 42 do CDC, podem ser aplicados para a interpretação do art. 940 do CC, fora do âmbito do Direito do Consumidor.

⁴¹ “Trata-se de argumento por meio do qual, na argumentação jurídica, passamos da validade de uma disposição mais extensa para a validade de outra menos extensa. Por exemplo, pode-se raciocinar que se é justo e assentado que dos atos legais de desapropriação por parte da autoridade decorra a legitimidade da devida indenização, é evidente que a mesma consequência deverá ser reconhecida com mais razão toda vez que houver interferência ilegal da autoridade na propriedade alheia. Notamos que o argumento procura mostrar que aquilo que é aceito e reconhecido num caso deve ser aceito e reconhecido com mais razão ainda num segundo. A relação envolve e apoia-se, sem dúvida, em juízo de valor e na construção de hierarquia”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 341.

2. A MATÉRIA NOS TRIBUNAIS

Mesmo sabendo ser pouco usual, o presente trabalho seguirá sua trajetória definindo qual é o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do tema a ser desenvolvido. Feito isso, a pesquisa pode se concentrar nos institutos e conceitos invocados pela jurisprudência, já que, como se pode observar, o tema é multidisciplinar e envolve amplas áreas e matérias como a responsabilidade civil, o ilícito e a pena.

Além disso, segundo o escólio de Caio Mário da Silva Pereira, é papel da jurisprudência definir, segundo as circunstâncias sociais, quais atividades são mais ou menos culpáveis ou, até mesmo, de risco:

Cabe[rá] à jurisprudência, com a colaboração da doutrina, concretizar o que significa atividade que implique por sua natureza risco para os direitos de outrem, já que em princípio quase toda a atividade humana gera risco para outra pessoa. Não parece ter a lei restringido as hipóteses à atividade econômica, pois expressamente utilizou apenas o termo atividade. Isso significa, por exemplo, que como dirigir um automóvel constitui atividade sabidamente perigosa, que põe em risco os direitos de outrem, considera-se, a partir de agora, a responsabilidade por acidentes de trânsito de natureza objetiva⁴².

Outro motivo, entretanto, é que ocorre um fenômeno no direito, mais visível agora com a positivação do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, houve uma sobrelevação do tratamento das matérias repetitivas julgadas pelos tribunais, de tal modo que a legislação presente no novo código processual permite aos tribunais superiores praticamente esvaziar legislações, ultrapassando os limites sistêmicos que a ciência do direito lhes impunha.

É certo que os tribunais se encontram superlotados e incapacitados de suprir a demanda do jurisdicionado, contudo o esforço para encontrar maneiras de se julgar mais rapidamente deve ser sempre sopesado com a coerência do sistema do direito, conforme afirma Judith Martins-Costa, citando Humberto Bergamnn Ávila:

Quando se aplica, sem valorar sistemática e problematicamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito”. É urgente, pois, que tenhamos a consciência da necessidade de sistematização, não mais fechada e axiomática, não autárquica e limitada a um formalismo de fachada, mas

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 412.

daquela que, por um lento e constante labor de construção agrupa, em torno dos critérios materiais acolhidos pelo Direito Privado, as soluções que são progressivamente alcançadas (ÁVILA, 1997, p. 427-455 apud COSTA, 2006, p. 32)⁴³.

O afã de privilegiar o princípio da celeridade e da efetividade não pode ir contra o princípio da legalidade, da separação dos poderes e da mais primeira lógica do direito que é a positivação das normas jurídicas pelo Legislador. Nesse sentido:

O legislador, a todos os respeito, é no Estado um homem extraordinário. Se o deve ser por seu engenho, não o é menos por seu emprego; não é de modo algum magistratura, não é de nenhum modo soberania. O emprego, que constitui a república, não entra em absoluto em sua constituição; é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano; porque, se quem dirige os homens não deve dirigir as leis, quem dirige as leis não deve, pela mesma razão, dirigir os homens; do contrário, suas leis, ministras de suas paixões, perpetuariam muitas vezes suas injustiças, e ele jamais poderia evitar que intuítos particulares alterassem a santidade de sua obra⁴⁴.

Ademais, o que se verá nos capítulos seguintes é que a norma expressamente diz algo, mas a interpretação dos Tribunais Superiores é completamente contrária a ela, vinculando esse entendimento a toda a cadeia judiciária.

Ao que parece, não se trata de preenchimento de lacunas, ou do exercício de hermenêutica, mas de efetiva revogação da legislação pela jurisprudência.

O texto legal deve servir de limite para a interpretação. Assim, nas palavras de Otávio Luiz Rodrigues Junior:

Mais que isso, há margem de discricionariedade para o aplicador do direito no positivismo. Trata-se da famosa “moldura”, dentro da qual o aplicador do direito dispõe de margens de escolha para exercer sua atividade. A “moldura” decorre da aceitação de que existem “casos de indeterminação”, intencionais ou não, no escalão normativo inferior: “sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão

⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *In*: MEDEIROS, Paulo Cachapuz de (org.). **O ensino jurídico no limiar do novo século. Edição comemorativa do cinquentenário (1947-1997)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 427-455.

⁴⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Riendo Castigat de Mores, 1762, p. 22.

aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente” se o positivismo corresponderia a uma amarra ao juiz, a leitura dessa passagem desmente os críticos de Hans Kelsen”⁴⁵.

Assim, Kelsen afirma que não há uma só interpretação para a norma, mas inúmeras. Contudo, todas elas devem respeitar a moldura imposta pelo texto legal. Ou seja, não se admite uma interpretação que extrapola o limite que o texto expressamente fixa. Quanto mais, então, se dirá quando os tribunais não só interpretam de maneira contrária ao exposto texto legal. Nesse sentido,

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível⁴⁶.

(...)

Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática - do legislador tem - do ponto de vista do Direito positivo - valor absolutamente igual⁴⁷.

O problema se agiganta quando essa “interpretação fora da moldura” se torna vinculante, pois, com ela, o que se vê ocorrer, é a criação de um novo comando deôntico, um texto que provém do poder judiciário e que substitui o próprio texto normativo (que provém do legislativo), por meio de interpretação.

Sobre o efeito vinculante assim reza o Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão⁴⁸:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade⁴⁹;

⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 19.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 248.

⁴⁸ “Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, “observarão” significa aplicação de forma obrigatória”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1492.

⁴⁹ Sobre o efeito vinculante das decisões dessa natureza, o §2º do art. 102 da Constituição Federal estabelece que: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

- II - os enunciados de súmula vinculante⁵⁰;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos⁵¹;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, pelas normas do Código de Processo Civil de 2015, os julgadores de tribunais inferiores não podem realizar interpretação diversa daquela dada como vinculante pelos tribunais superiores:

Isso quer dizer que os juízes e tribunais submetidos ao precedente ou à jurisprudência vinculante não podem deixar de aplicá-los invocando a necessidade da respectiva superação. O máximo que podem fazer é a crítica ao precedente e Jurisprudência vinculante - inclusive a título de colaboração para oportuna superação. Não podem, porém invocar as razões divergentes para superar o precedente ou a jurisprudência vinculante no caso concreto: para solucionar a causa, devem aplicar o precedente ou a jurisprudência vinculante. Isso quer dizer que os juízes e tribunais submetidos ao precedente e à jurisprudência vinculante só podem deixar de aplicá-los se invocarem distinções: não podem fazê-lo a título de superação do precedente ou da jurisprudência vinculante.⁵²

Desta feita, o estudo traçará como foi a evolução do entendimento dos tribunais acerca da matéria, analisando os precedentes considerados para a elaboração da tese estabelecida e levantará os argumentos, axiomas e fundamentos utilizados para a interpretação consolidada, bem como de que maneira ela vem sendo tratada pelos tribunais na atualidade, para, após, verificarmos o próprio texto legal e sua evolução com o tempo, para, então, vermos o

vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁵⁰ Sobre as súmulas vinculantes, vide o artigo art. 103-A, da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

⁵¹ A despeito do efeito vinculante de decisões dessa natureza, conferir o §3º do artigo 947 do Código de Processo Civil: “§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”, o §1º do artigo 985: “§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 593.

tratamento dado pela doutrina de todos os elementos levantados.

2.1 A SÚMULA 159 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 159 do STF, foi aprovada em sessão plenária, em 13/12/1963 e tem o seguinte enunciado:

Súmula 159. Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.

Quanto a atual eficácia da súmula, aponta José Luiz Gavião de Almeida, que:

A orientação do Supremo Tribunal Federal poderia ser desconsiderada porque não mais detém, esse Tribunal, competência para análise da matéria. Mas assim não se pode entender. Primeiro porque o Superior Tribunal de Justiça, que agora tem a atribuição de interpretar o artigo 940 do Código Civil, cujo correspondente no código de 1916 deu origem à súmula, vem decidindo no mesmo sentido. Depois porque o Supremo Tribunal Federal, se assim entender, poderá, como lhe faculta o artigo 8º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, transformar tal súmula em vinculante⁵³.

Acrescenta-se que, como será exposto ao longo do trabalho, não só o STJ, mas também os órgãos inferiores, além de decidirem no mesmo sentido da súmula, utilizam seu texto como fundamento (quando não como único fundamento) para o afastamento da aplicação do art. 940 do CC.

No julgado a seguir é possível observar que, apesar de ter sido reconhecida a litigância de má-fé pela cobrança indevida, foi afastada a aplicação do artigo 940 do CC remetendo-se à Súmula 159 do STF:

ACÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Cobrança de dívida renegociada em ação executiva pela instituição financeira – Pretensão de condenação ao pagamento de acordo com o art. 940, do CPC – Descabimento – Súmula 159, do STF – Multa por litigância de má-fé estabelecida no feito executivo que é penalidade de caráter processual, não vinculando o reconhecimento nestes autos para fins de aplicação do art. 940 do CPC – Art. 252, do RITJESP – Mantidos os fundamentos da sentença –

⁵³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 145.

Recurso improvido⁵⁴.

Ademais, da simples leitura do texto da súmula pode-se entender que ainda que haja cobrança excessiva, se houver boa-fé, não deverá haver a sanção do art. 1.531, do Código Civil de 1916.

Importante salientar que o texto da súmula não dispõe, em momento algum, exigência de má-fé. Ao contrário, exige-se expressamente a boa-fé do credor, instituto, à época, distante desse que ora se encontra positivado no art. 422, do Código Civil de 2022.

2.1.1 Precedentes da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal

3Primeiramente, destaca-se que o enunciado da Súmula, como qualquer texto, remete a diversas interpretações, no esforço para identificar o alcance e as questões materiais e processuais que ela quis pacificar à época.

Dessa forma, enumera-se, a seguir, os fundamentos utilizados nos precedentes listados pelo site do STF. No total, são 6 precedentes: Rcl. 461 de 12/9/1963, RE 46213 de 30/8/1962, RE 48893 de 7/12/1961, RE 48986 de 20/11/1961, AI 23317 de 8/07/1961 e AI 26478 de 07/11/1963.

Ressalta-se que, foi trabalhoso identificar e transcrever todo e qualquer trecho que pudesse constituir fundamentação para as decisões e posições do STF nesses julgados. Contudo, como se verá adiante, não foram muitos os excertos obtidos que fornecem valoração ou fundamentos técnicos jurídicos, observação essa valiosa por si só para essa pesquisa.

Ademais, as construções interpretativas normalmente referem-se a julgados anteriores como único fundamento, mas, ainda assim, o esforço foi salutar, já que algumas

⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1005118-84.2015.8.26.0269, 14ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: Álcool Miranda LTDA. Relator: Melo Colombi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 02 mai. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/AG_990093497859_SP_1270969728691.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1683422225&Signature=kUyICLClQbOhbMCB2K2g9vsljQ%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

poucas fundamentações importantes puderam ser enumeradas.

Feito o exercício, é necessário lembrar o leitor que se deve considerar a distância temporal, o estilo de enfrentamento que a Suprema Corte tinha à época e que determinados conceitos jurídicos sofreram mutação⁵⁵.

O primeiro precedente, Rcl. 461 de 1963, versa sobre cobrança de um banco contra uma pessoa natural. O valor cobrado na exordial foi de CR\$ 1.325.686,00. Após a contestação, na qual o Réu confessou que a dívida era de apenas CR\$ 250.000,00 e alegou haver excesso na cobrança. Quis o banco Autor desistir de parte de seu pedido, reconhecendo a cobrança a maior. O réu, por sua vez, impugnou o pedido de desistência, já que pretendia requerer a incidência da multa prevista pelo art. 1.531 do CC/1916. O Tribunal Supremo concedeu o direito do autor de desistir de parte do pedido, considerando que houve “*lapsus manifesto*” (grifamos) e, como houve reconhecimento desse equívoco, não seria possível “obrigar o autor a praticar um ato doloso”⁵⁶. Ou seja, tendo admitido o autor que cobrou a mais, não seria possível o Poder Judiciário forçá-lo a continuar a demandar por ato que, após o reconhecimento do equívoco, o qual se deu apenas depois da contestação, se tornaria doloso. Para o STF, o ato somente seria doloso se, após a contestação, o autor continuasse com a demanda. Por fim, para garantir a execução, o Supremo Tribunal admitiu a redução do quantum para a quantia incontroversa e procedeu com a respectiva penhora. A conclusão foi de que:

Se o réu deseja, oportunamente, acionar o autor por exercício abusivo do direito de ação, tendo em vista a redação inicial do pedido, não está obstado de o fazer, exibindo provas que contrariem a alegação do autor de ter havido erro e não abuso. Uma vez revelado que a dívida seria, não de 1.325.686,00,

⁵⁵ Como é o caso da boa-fé, que hoje, com o desenvolvimento da boa-fé objetiva, já se encontra em outro patamar de abstração.

⁵⁶ “Não há, pois, uma alteração de pedido, sem consentimento do réu, no sentido em que veda o art. 181 da lei processual, se fosse tal a hipótese, a recusa do réu teria de ser rejeitada por abusiva. Não pode o réu forçar o autor a prosseguir na cobrança de dívida proclamada inexistente pelo próprio réu e assim confessada pelo autor, que alega ter havido equívoco de sua parte” (Rel. 461/1.963 do STF, p. 7) (...) “Não poderíamos obrigar o autor a praticar um ato doloso”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 461/63 primeira / GB - Guanabara, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Reclamante: Maurice Danon. Reclamado: Juiz de direito da 18ª vara cível do Estado da Guanabara. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 12 set. 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152043/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

mas apenas de 250.000,00, se o autor prosseguisse na cobrança da quantia a maior, como poderia defender-se da acusação de má-fé?⁵⁷

Da análise do primeiro precedente, é possível enumerar os seguintes parâmetros definidos pelo STF: (a) reconhecimento da dificuldade de se provar má-fé; (b) atribuição ao réu cobrado excessivamente o ônus de comprovar a má-fé na cobrança; (c) que “lapso” ou “equivoco” na cobrança não é suficiente para se constituir ato ilícito, caso não houver comprovação da má-fé pela parte cobrada e (d) relativização da regra do art. 1.532 do CC/1916, vigente à época, vez que foi possibilitada a remissão da pena, ainda que depois da contestação: Art. 1.532. Não se aplicarão as penas dos arts. 1.530 e 1.531, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide.

Observa-se que, não houve a apresentação, pelo precedente, de fundamento legal ou axiológico para a necessidade de se provar a má-fé quando da cobrança excessiva, embora, como visto, foi tida como requisito determinante para a incidência da norma.

Contudo, analisando-se o caso, o grau de dificuldade para o autor comprovar sua boa-fé subjetiva⁵⁸ seria idêntico para o réu comprovar a má-fé.

A relação jurídica travada pelo segundo precedente, RE 46213/62 de 1962, era de prestação de contas, movida por um particular contra uma indústria. O recurso não foi conhecido.

Enumera-se, porém, as matérias relatadas, visto que, ainda que não conhecido, o julgado consta expressamente como precedente: (a) a necessidade de demonstração da má-fé não se fazia apenas para a pena civil do art. 1.531 do CC/1916, mas também para a fixação de honorário sucumbenciais⁵⁹ e, (b) a má-fé poderia ser presumida, se, após demonstrada a cobrança a maior por exceção processual oferecida pelo réu, prosseguisse o autor na

⁵⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 461/63 primeira / GB - Guanabara, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Reclamante: Maurice Danon. Reclamado: Juiz de direito da 18ª vara cível do Estado da Guanabara. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 12 set. 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152043/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁸ Análise feita sem considerar a boa-fé objetiva, que é conceito jurídico desenvolvido após o julgamento.

⁵⁹ “O tribunal isentou a firma autora dos honorários de advogado e da pena do art. 1.531 do Cód. Civil, por não haver dolo na propositura da demanda”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 46.213/1962 / RS – Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Hugo Alberto Borja Coimbra. Recorrida: Indústrias Reunidas Orlandini S.A. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 out. 1962. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142307/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

demanda⁶⁰.

Em relação ao terceiro precedente, RE 48893 de 1961, que versa sobre execução de notas promissórias entre particulares, destaca-se os seguintes entendimentos da Corte Suprema⁶¹: (a) entendeu-se que o abuso de direito ocorre quando há exercício de direito sem as preocupações que o homem médio deve observar⁶²; (b) que se tratava de pena civil⁶³; (c) para a aplicação da pena, necessária a demonstração cabal de dolo, culpa grave ou de má-fé⁶⁴ e (e) “sem prova do ilícito, não se imporá pena a quem quer que seja, mesmo em se tratando de pecuniária, não restritiva da liberdade”.

O quarto precedente, RE 48986 de 1961, relativo à cobrança de dois particulares em virtude de rescisão de contrato, identificamos fundamentação mais densa para a não presunção da boa-fé e a necessidade de se provar a má-fé na cobrança para a incidência da multa do art. 1.531 do CC/16.

Os fundamentos utilizados foram supedaneados na doutrina de Clóvis Beviláqua, que,

⁶⁰ “A má fé capaz de legitimar a penalidade somente resultaria se o credor insistisse desarrazoadamente no pedido, o que não ocorreu”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 46.213/1962 / RS – Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Hugo Alberto Borja Coimbra. Recorrida: Indústrias Reunidas Orlandini S.A. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 out. 1962. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142307/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶¹ O voto corroborou as interpretações do juízo a quo: “está certo a boa interpretação das provas autoriza a conclusão do acordam”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.893/1961 / Minas Gerais, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Lázaro da Costa Galvão. Recorrido: Avelino Aldighieri. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 dez. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175577/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶² “Há abuso de direito quando a parte se comporta anormalmente no exercício de seu direito, sem as preocupações que se costuma impor os homens medianamente prudentes, quando violam a ordem jurídica lesando interesses de terceiros”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.893/1961 / Minas Gerais, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Lázaro da Costa Galvão. Recorrido: Avelino Aldighieri. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 dez. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175577/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶³ “Sem prova do ilícito não se imporá pena a quem quer que seja, mesmo em se tratando de pena pecuniária, não restritiva da liberdade”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.893/1961 / Minas Gerais, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Lázaro da Costa Galvão. Recorrido: Avelino Aldighieri. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 dez. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175577/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁴ “Para aplicação da pena, contudo, já se formou jurisprudência no sentido de impor a demonstração cabal do dolo, ou de má-fé, da culpa grave, conforme reiterados arestos de vários Tribunais e do Supremo, embora contrariada pelo sentir de Pedro Batista Martins, em. ‘O abuso do direito e o ato ilícito’, nº 80”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.893/1961 / Minas Gerais, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Lázaro da Costa Galvão. Recorrido: Avelino Aldighieri. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 dez. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175577/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

em seus comentários ao Código Civil, entendeu ser o art. 1.531 “pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob color de cobrar dívidas (C. Civil – comentado – 3 ed. Vol. V, pag. 313)⁶⁵”, bem como na doutrina de Washington de Barros Monteiro, o qual, igualmente ao voto, entendia a pena do art. 1.531 grande e desproporcional e, por essas qualidades, seria necessária a prova de dolo para sua incidência⁶⁶.

Além desse argumento, mais uma vez está presente o apoio em construção jurisprudencial já consolidada, embora sem identificar as razões embasantes⁶⁷.

São, portanto, os fundamentos identificados: (a) trata-se de pena civil⁶⁸; (b) “para a pena é necessária a prática de ato ilícito que exterioriza verdadeira extorsão”⁶⁹; (c) “o entendimento de que a lei não exige o dolo é, *data venia* superficial, atraindo o sentido de ilicitude do ato, de que é imanente a malícia, o propósito de locupletamento com o benefício

⁶⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁶“Observa o preclaro Washington de Barros Monteiro: ‘sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina a referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcional que só mesmo diante de prova inconcussa e irrecusável do dolo deve ela ser aplicada (Obrigações, 2, pag. 437)”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁷ “O entendimento do acórdão recorrido tem lastro jurídico abonado inclusive por aresto do Supremo Tribunal de que destaco o saudoso ministro Aldenor Falcão (vide O. Kelly. Interpretação do C. Civil no Sup. Trib., Vol. 28, pág. 115, nº 1.497), vebis: ‘os casos de plus petitionibus têm sido considerados como aspectos de ato ilícito, pelo que a jurisprudência se orienta no sentido de somente reconhecer legítima a aplica da penalidade do art. 1.531 do Código Civil, se comprovados o dolo, a má-fé ou culpa grave da parte do credor que reclama, judicialmente, dívida já paga’”. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

alheio”⁷⁰; (d) exige-se “culpa grave”⁷¹; “não há lugar para a pena quando a parte procede por equívoco”; (e) citando diretamente a doutrina de Washington de Barros Monteiro: “a pena é tão grande e desproporcional que só mesmo diante de prova inconcussa e irrecusável do dolo ela deve ser aplicada (obrigações, 2, pág. 437)”⁷² e (f) citando diretamente a doutrina de Clóvis Bevilacqua: é “pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob color de cobrar dívidas”⁷³.

Por fim, o quinto e o sexto precedentes (AI 26478 de 1.963⁷⁴ e AI 23317 de 1.961⁷⁵) são de pouco interesse, visto que houve comprovação efetiva do credor de que não ocorreu cobrança indevida e nesse caso, não se vislumbra qualquer correlação ao tema, embora constem como precedentes.

⁷⁰ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.

⁷⁴ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 26.478 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Egydio Francisco Zanotta. Agravado: Gabriel José de Paiva e outros. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 nov. 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175411/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 23.317 / RJ – Rio de Janeiro, Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Graciano Marques de Figueiredo e outro. Agravado: Arthur Figueiredo e outro. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 08 jul. 1961. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur172471/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

2.2 A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Superior Tribunal de Justiça são três temas⁷⁶⁷⁷⁷⁸ com decisão de afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, cuja “questão submetida a julgamento” ou a “tese firmada” tratam expressamente sobre o art. 940 do CC. Além desses, embora não disponham expressamente na redação da questão ou da tese, mais três temas possuem, no inteiro teor do voto de relatoria ou no campo “informações adicionais” do site do Superior Tribunal de Justiça⁷⁹, o julgamento da “repetição em dobro”⁸⁰⁸¹ ou “cobrança indevida”⁸².

Ainda em relação ao Superior Tribunal de Justiça, são 39 acórdãos que expressamente se referem ao art. 940 do CC. Sobre o tema “cobrança indevida” e “repetição em dobro” referem-se expressamente 11.774 decisões monocráticas, 270 acórdãos e 10 informativos de jurisprudência.

Já com relação à primeira grande contradição entre jurisprudência e doutrina apontamos a utilização pelos tribunais do enunciado da Súmula 159 do Supremo Tribunal

⁷⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 622:** Recurso Especial nº 1.111.270 – PR (2009/0015798-8), Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=622&cod_tema_final=622. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁷⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 929:** Recurso Especial nº 1.823.218 – AC (2019/0187097-6). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=929&cod_tema_final=929. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁷⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 954:** Recurso Especial nº 1.525.174 – RS (2015/0084767-9). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=954&cod_tema_final=954. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁷⁹ A jurisprudência também utiliza esses elementos para fundamentar suas decisões, daí a importância de analisá-los.

⁸⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 953:** Recurso Especial nº 1.388.972 – SC (2013/0176026-2). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301760262>. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁸¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 939:** Recurso Especial nº 1.551.968/SP (2015/0216201-2). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=939&cod_tema_final=939. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁸² BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 742:** Reclamação nº 12.062 – GO (2013/0090064-6). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=742&cod_tema_final=742. Acesso em: 20 abr. 2023.

Federal⁸³, interpretando-a no sentido de que é necessário que o devedor cobrado indevidamente comprove o dolo ou a má-fé da cobrança para a incidência dos efeitos descritos no art. 940 do CC. Esse pensamento leva em consideração a dificuldade que o credor teria para comprovar que a cobrança não foi de má-fé, impondo o ônus probatório ao devedor.

Nesse quadro, a jurisprudência do STJ foi unânime^{84 85 86 87 88 89} em exigir a comprovação da má-fé ou dolo para a aplicação do art. 940 do CC, até a virada de jurisprudência que ocorreu com o EAREsp 676.608/RS em 21/10/2020⁹⁰. Por todas, veja-se

⁸³ O art. 1.531 CC/16 (artigo correspondente do antigo Código Civil ao art. 940 do CC/2002) foi objeto da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal que assim enuncia: “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

⁸⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.388.972 – SC (2013/0176026-2), Órgão Julgador: Primeira Turma. Recorrente: HSBC Bank Brasil S.A. Recorrido: USINAGENS CARNEIRO LTDA. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69184501&num_registro=201301760262&data=20170313&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁵ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Embargos de Divergência em REsp nº 1.504.572 – PE (2014/0335685-7), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: Cavalcanti Gonçalves e Companhia LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50239407&num_registro=201403356857&data=20151005&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.663.458 – SC (2017/052247-0), Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Fundação Universidade do Vale do Itajaí. Recorrido: Agda Solange Zimmermann. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71930278&num_registro=201700522470&data=20170616&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 614.057 – MS (2014/0295002-8), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Milton Emílio Schmaedecke e Banco do Brasil S.A. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63499111&num_registro=201402950028&data=20160825&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 614.057 – MS (2014/0295002-8), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Milton Emílio Schmaedecke e Banco do Brasil S.A. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63499111&num_registro=201402950028&data=20160825&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 694.153/SP – SP (2015/0095859-3), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Banco Santander Brasil. Agravado: ACRUX Calçados LTDA. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2016. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58558969&num_registro=201500958593&data=20160330&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁰ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608 – RS (2015/0049776-9), Órgão Julgador: Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Embargante: Maria Ritta Lemos de Almeida. Embargado: OI S.A. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa**

a jurisprudência do STJ:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ATO PROCESSUAL. ANULAÇÃO. PREJUÍZO. NECESSIDADE. PAGAMENTO. JUROS. FORMA DE ABATIMENTO. VENDA E COMPRA. BEM IMÓVEL. IMPOSTO DE RENDA. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. MÁ-FÉ DO CREDOR. NECESSIDADE. 1. [...] 5. A aplicação da sanção prevista no artigo 1531 do Código Civil de 1916 (mantida pelo art. 940 do CC/2002) - pagamento em dobro por dívida já paga ou pagamento equivalente a valor superior do que é devido - depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia⁹¹, por parte do credor. Precedentes. Negado provimento ao agravamento interno do primeiro recorrente. Agravo interno do segundo recorrente provido, para dar parcial provimento ao seu recurso especial. (AgRg no REsp n. 1.079.690/ES, relator Ministro Sidnei Beneti, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/8/2010, REPDJe de 16/6/2011, DJe de 15/06/2011)⁹².

Como dito anteriormente, embora as relações de consumo não sejam objeto desta pesquisa, é salutar levantar os fundamentos dos tribunais aptos a causarem reflexo na

de **Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58120459&num_registro=201500497769&data=20210330&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹¹ No inteiro teor do voto lê-se sobre a Súmula 159 do STF: “Essa posição é corroborada pelo STF, que inclusive já consolidou seu entendimento na Súmula 159/STF, segundo a qual “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”. No mais, o próprio TJ/ES reconheceu a inexistência de má-fé na conduta de LUIZ CLEMENTE, consignando que este “ajuizou a demanda com esteio em interpretação literal – e afastada neste voto precedente – da confissão de dívida”.

⁹² BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.079.690 - ES (2008/0170899-1), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: José Augusto Simão e outro. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro: Sidnei Beneti. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 16 jun. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-RESP_1079690_aa1df.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1686497535&Signature=ZPbeb%2FihVixgP4Cm%2FmzFIJrCtso%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

interpretação do art. 940 do CC. Nesse corte, a Segunda Turma do STJ^{93 94 95 96 97 98 99 100 101}

⁹³ “A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe a existência de pagamento indevido e a má-fé do credor”. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.164.061 - PR (2017/0220360-4), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Antônio Paes Neto. Agravado: Condomínio Edifício Santa Catarina. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 26 abr. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81332262&num_registro=201702203604&data=20180426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1250347/RS - RS (2011/0090384-5), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Rio Grande Energia S.A. Agravado: Garradeira Comércio de Pneus Ltda. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 21 ago. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74424342&num_registro=201100903845&data=20170821&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁵ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1659509 – SE (2015/0242029-2). Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: ENERGISA – Empresa Energética de Sergipe S.A. Recorrido: João Pereira de Andrade. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 12 mai. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71594411&num_registro=201502420292&data=20170512&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.079.064 – SP (2008/0171607-0). Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Suzano. Recorrido: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 abr. 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4800693&num_registro=200801716070&data=20090420&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 431.065 – SC (2013/0376326-8), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Brasil Telecom S.A. Agravado: SCM Group Tecmatic Máquinas e Equipamentos S.A. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 03 fev. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32926536&num_registro=201303763268&data=20140203&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.229.773 – SP (2010/0225045-8), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: Vahrcav Participações Ltda. Agravado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 05 fev. 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25573665&num_registro=201002250458&data=20130205&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 192.989 – MS (2012/0127600-0), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Águas Gariroba S.A. Agravado: Luiz Yoshi Kohatsu. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24184602&num_registro=201201276000&data=20120911&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 723.170 – RS (2015/0133923-0), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Sadi Luiz Lampert e outros. Agravado: OI S.A. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 28 set. 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51300722&num_registro=201501339230&data=20150928&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.505.340 – RS (2014/0323525-2), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: TOP 1 Comércio de Alimentos Ltda e outros. Agravado: SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Relatora: Ministro Mauro Campbell Marques. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 28 mai. 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47797642&num_registro=201403235252&data=20150528&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰² era, até 21/10/2020, a única a aplicar o art. 42 do CDC, presumindo a culpa e indicando que a comprovação de “engano justificável” deve se dar pela parte que cobra indevidamente. As demais Turmas exigiam, até 21/10/2020, a comprovação do dolo pela parte cobrada^{103 104}

¹⁰² BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.203.426– SP (2010/0126683-9), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Agravado: ISRACO Indústria e Comércio Ltda. Relatora: Ministro Sérgio Kukina. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 28 nov. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42086856&num_registro=201001266839&data=20141128&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰³ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 972.122 – SP (2016/02236025), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura OAPED. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69329402&num_registro=201602236025&data=20170320&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1539815 – DF (2015/0150071-9), Órgão Julgador: Terceira Turma. Recorrente: Orlando Clapp Filho. Recorrido: AMIL Assistência Médica Internacional S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 14 fev. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67306684&num_registro=201501500719&data=20170214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

105 106 107 108 109 110. Salvo raras exceções¹¹¹, nesse mesmo sentido o TJSP tem se posicionado, até 21/10/2020, segundo os seguintes julgados, conforme compilação de Carlos Roberto Gonçalves:

¹⁰⁵ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 569.890 – RJ (2014/0219127-5), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Bradesco Saúde S.A. Agravado: Júlio Vito Pentagna Guimarães. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 06 jun. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74365101&num_registro=201402191275&data=20170822&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 664.888 – RJ (2015/0035507-2), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Marli Feiden. Agravado: OI S.A. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 mar. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57710731&num_registro=201500355072&data=20160307&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1537890 – RJ (2013/0065925-5), Órgão Julgador: Terceira Turma. Recorrente: GESTRAVEL Gestão Comercialização e Planejamento de férias Ltda e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 14 mar. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57905858&num_registro=201300659255&data=20160314&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1.488.240 – RJ (2014/0265436-1), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Edison Mileski. Agravado: Empresa Gestora de Ativos - EMGEA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 01 mar. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68851826&num_registro=201402654361&data=20170301&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 646.419 – MG (2014/0345763), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Benedito Pacífico Neto. Agravado: Rita de Cássia Cordeiro Cerqueira. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 01 fev. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67808315&num_registro=201403457636&data=20170201&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 756.384 – RS (2015/0191128-8), Órgão Julgador: Quarta Turma. Embargante: Luiz Valmir Bauer. Embargado: OI S.A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57165051&num_registro=201501911288&data=20160219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹¹ Como exemplo, cita-se: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 4001128-38.2013.8.26.0161, Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Luciano Almeida da Silva. Apelado: Banco do Brasil S.A. Relatora: Ministro Eduardo Siqueira. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 05 mai. 2014. Disponível em: <

Cobrança de comissão - Dúvida quanto ao valor da transação - Parte daquela já recebida - Tratando-se de cobrança excessiva, mas de boa-fé, não tem aplicação o art. 1.531 do CC (RT, 598:106); Ação de indenização com base no art. 1.531 do CC - Improcedência - A má-fé não se presume e necessita ser provada - Inexistência de tal prova, no caso em exame (JTACSP, Revista dos Tribunais, 109:91); Pena do art. 1.531 do Código Civil - Inexistência de dolo do autor em ação de cobrança - Reconvenção repelida - Apelação não provida; Sem prova de má-fé de parte do credor que faz cobrança excessiva, não se comina a pena do art. 1.531 do Código Civil (RT, 481:18); Cobrança - Dívida já paga - Restituição em dobro - Pedido de restituição em concordata repelido por paga a obrigação - Má-fé não configurada - Inaplicabilidade das sanções do art. 1.531 do Código Civil - Súmula n. 159 do Supremo Tribunal Federal - Confirmação da sentença (RJTJSP, 47:43); Ação de cobrança - Improcedência - Dívida já paga - Inexistência de malícia do autor - Pena do art. 1.531 do Código Civil - Reconvenção improcedente. O disposto no art. 1.531 do Código Civil não se aplica sem a prova de malícia do credor que faz a cobrança excessiva (RT, 406:146)¹¹².

Interessante observar que quando o art. 940 do CC ou o seu correspondente no direito do consumidor art. 42 do CDC eram, até 21/10/2020, empregados pelos tribunais (retiradas as exceções), ainda assim o dolo na cobrança indevida não ficava comprovado – como restaria, v.g., na hipótese de confissão do cobrador –, o que ocorre é que se identifica uma postura outra, que não a cobrança, que evidencia qualquer má-fé na relação entre as partes ou no processo, daí a opção pela decisão em punir, ou seja, o dolo observado pelo julgador, que justificaria a aplicação do art. 940 do CC (ou do art. 42 do CDC), não é o dolo na cobrança em si, mas em outro comportamento doloso concomitante ou anterior à cobrança¹¹³,

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76-77.

¹¹³ Como exemplo, cita-se: Prova consistente em relatório de investigação do banco, que recusou dar solução em âmbito administrativo de pedido de inexigibilidade de débitos, porque o consumidor já havia sido vítima de golpes em outras agências bancárias. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1017648-78.2014.8.26.0068, Órgão Julgador: Décima oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante Itaú Unibanco S.A. Apelado: Romão Genu Rocha. Relatora: Desembargadora Carmen Lúcia da Silva. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 14 nov. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=1C296875E8A9DAEAEC42EBD9BC0713D5.cjsg1?conversationId=&cdAcordao=10977536&cd Foro=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_db8ce6359c7b4a22b59e8518a7b1ca4e&g-recaptcha-response=03AL8dmw-Gyr4nY5W5PhzxcjxW3o-DpkNKWZHwTHaZd5y89ps5YRF64vySHsobs2_Z0Gw020DR9rYVfWhIfI4zYFG90_6aJUyoy-zpEIDoBJI5AcSvpveJg1DiCz40DTeYXWwCNH4qp7JiILM67bPwDtpTafe7_kgWPXlf_XaBqLrEANA2m88u4D2BFkONB_hDkXpM9XtyY77ho0qCutB_gmaev6H2jw66sbpujvyqDlkr5H9JtbMys3HZvFHTHzE1PW3pXvnIGz4vJcNE7Kn9_my0pWUQqOv41wnW-1wsb_x1VbIX4hfP95GUcwhDLT3LdprYvr__K5kxS-j8uy7hoOsAc9eETRtP_njReB67Z2sS5FW2t5ZlvUL0oNG2GGw_FC4g6w_xVLaQID1cDumRDS4buvVvKZcdkuriz4WheWEczqBDNPyorQGvjyJoyD6hHLzTL9pSf8hfkZDQH_EaSD-M1NEZndaJN6JUK5z7sgd7XOpWuURTDxLtU8G2wY7HLGgJX4KhAv8SLYM055IdaK51p4s_McV13Xu>

ocorrido na mesma relação, como, por exemplo, no caso de o cobrador ter imposto venda casada antes de cobrar indevidamente¹¹⁴.

Ademais, seguem outros exemplos:

Prova consistente em relatório de investigação do banco, que recusou dar solução em âmbito administrativo de pedido de inexigibilidade de débitos, porque o consumidor já havia sido vítima de golpes em outras agências bancárias (TJSP Apelação nº 1017648-78.2014.8.26.0068, 18ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Carmen Lucia da Silva, data de julgamento em 14/11/2017). Compra e venda de imóvel em que houve cobrança de emolumentos cartoriais e exigência de que o consumidor emitisse notas promissórias, contrariando portaria do ministério das cidades que proíbe qualquer cobrança quando de habitação popular (TJSP Apelação nº 1006751-75.2016.8.26.0664, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Rômulo Russo, data de julgamento em 21/11/2017). cobrança de serviços de duas linhas telefônicas, sendo apenas uma contratada, mas nenhuma funcionava (TJSP Apelação nº 1029768-50.2015.8.26.0576, 13ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Nelson Jorge Júnior, data de julgamento em 16/11/2017). A conduta da instituição financeira, que, na condição de mandatária constituída por consumidor para a realização de negócio jurídico de aquisição de ações, descumpra cláusula expressa da avença

gHZsK9wgJ33xGXC3N2t86zpm4b_HYbM2aqFN73P2EqYC8I07PKPARqxp_sCpJ5JSknjA11d0etoSCwH3zy5Ncf3eVqDHi7NOBzGY4_hZU>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Compra e venda de imóvel em que houve cobrança de emolumentos cartoriais e exigência de que o consumidor emitisse notas promissórias, contrariando portaria do ministério das cidades que proíbe qualquer cobrança quando de habitação popular. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1006751-75.2016.8.26.0664, Órgão Julgador: Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: JM Barreto Construtora e Incorporadora Ltda e Indústria e Comércio de Móveis JM Barreto Ltda. Apelado: Rafael Batista de Lima. Relator: Desembargador Rômulo Russo. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 21 nov. 2017. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10987692&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Cobrança de serviços de duas linhas telefônicas, sendo apenas uma contratada, mas nenhuma funcionava. Apelação nº 1029768-50.2015.8.26.0576, Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: Claro S.A. Apelada: Iacy Fusco. Relator: Desembargador Nelson Jorge Júnior. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 16 nov. 2017. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10981067&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

A conduta da instituição financeira, que, na condição de mandatária constituída por consumidor para a realização de negócio jurídico de aquisição de ações, descumpra cláusula expressa da avença e se recusa a prestar contas de modo a comprovar o valor pago pelas moedas de privatização, caracteriza a má-fé para fins de se reconhecer o dever de devolução em dobro das quantias indevidamente exigidas. BRASÍLIA. Recurso Especial 1.404.914 - RS (2013/0301862-4), Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: Claro S.A. Apelada: Iacy Fusco. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 11 jun. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10981067&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁴ Conferir em: BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 757.867 – SP (2015/0190460-4), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: LPS Brasil Consultoria de imóveis S.A. Agravado: Valmir Mongiat. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 06 jun. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72181396&num_registro=201501904604&data=20170613&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

e se recusa a prestar contas de modo a comprovar o valor pago pelas moedas de privatização, caracteriza a má-fé para fins de se reconhecer o dever de devolução em dobro das quantias indevidamente exigidas (REsp 1404914/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018)¹¹⁵.

Contrariamente à jurisprudência, a doutrina, salvo raras exceções, dispensa a exigência da comprovação do dolo. Até o progresso atual da pesquisa, os únicos autores que defendem a não presunção da culpa são Paulo Nader, Nelson Nery e Rosa Nery:

A interpretação menos atenta dos arts. 939 a 941 pode levar à conclusão de que, a exemplo da generalidade dos atos ilícitos, as práticas irregulares ali definidas se caracterizam tanto por dolo quanto por culpa stricto sensu, quando na realidade a lição da experiência nos revela que a incidência da sanção penal deve incidir apenas nas condutas dolosas. Se assim não fora, ter-se-ia um desestímulo para muitos credores pleitearem em juízo, dado que, especialmente em se tratando de quantias vultosas, a eventual condenação poderia ter efeito desastroso no patrimônio do autor da ação¹¹⁶. Prova da má-fé. Não se pode cogitar da pena prevista no CC/1916 1.531 (CC 940), quando não há prova da má-fé (RT 235/466)¹¹⁷.

Ademais, é rechaçada a interpretação que a jurisprudência dá à Súmula 159 do STF, conforme se observa na crítica de José de Aguiar Dias¹¹⁸ que sintetiza os argumentos:

Com efeito, o dispositivo encara tão-somente o fato da cobrança indevida e estabelece que aquele que a fizer será obrigado a pagar em dobro a quantia reclamada. Simples e claro, não se vê no texto uma só indicação relativamente ao pretenso requisito de má-fé. Só por aí se exclui a exigência (...) ninguém exigiria da vítima da cobrança indébita prova da malícia do autor. Bastaria que se caracterizasse a sua leviandade, negligência ou imprudência, para que surgisse a sua responsabilidade, porque não há princípio nem argumento capaz de justificar a opinião de que existe, em favor do que cobra dívida já paga, esse privilégio inexplicável, pelo qual possa impunemente agir de certa forma que, demonstrada no procedimento de qualquer outro agente – patão, motorista, pai, médico etc. – dá lugar à obrigação de reparar (...) Tal ato é, em tese, ilícito, criminoso. Se assim é, ao autor não incumbe outro ônus senão o de provar esse fato, isto é, que o

¹¹⁵ BRASÍLIA. Recurso Especial 1.404.914 - RS (2013/0301862-4), Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: Claro S.A. Apelada: Iacy Fusco. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 11 jun. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10981067&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p. 288.

¹¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1493-1494.

¹¹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, v. 2, p. 100-102.

réu lhe reclamou dívida já paga. Não pode, de forma nenhuma, ser compelido a provar que o réu agiu com malícia. Porque, além de ser difícil provar a intenção, coisa que todos os juristas reconhecem, mas é lamentavelmente esquecida sempre que se procura aplicar o art. 1531, o caso é daqueles em que se justifica o estabelecimento de presunção.

O interesse no estudo da jurisprudência se irrompe porque as teses firmadas no julgamento dos recursos repetitivos esvaziam a possibilidade de aplicação diversa de texto de artigo de direito material. Nesse sentido, colacionamos o seguinte comentário sobre o art. 1.039 do CPC:

Irradiação. Resolvida a questão, a solução formulada deverá disciplinar todos os casos idênticos (arts.1.039 e 1.040, CPC). Vale dizer: as razões oriundas do julgamento servem tendencialmente como precedente e nessa linha devem irradiar seus efeitos para todas as questões idênticas ou semelhantes. Se o recurso tiver por objeto questão atinente à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva apreciação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art. 1.040, IV, CPC). Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos colegiados têm o dever, conforme o caso, de inadmitir, desprover ou aplicar a tese aos demais recursos versando idêntica controvérsia (art. 1.039, CPC - o novo Código fala em declarar "prejudicados" os demais recursos, mas é certo que está querendo se referir aí, em sendo o caso, à necessidade de inadmissão ou de desprovisionamento do recurso)". Observar também os seguintes artigos do CPC: "Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos"; "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional¹¹⁹.

Se esse esvaziamento já ocorreu com a Súmula 159 do STF, cujo texto do enunciado admite interpretação no sentido que a doutrina aponta, questiona-se como será a aplicação da norma material quando do julgamento do tema 929, que possui a seguinte "questão submetida a julgamento": "Discussão quanto às hipóteses de aplicação da repetição em dobro prevista

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.137.

no art. 42, parágrafo único, do CDC”.

Nesse panorama, além dessa oposição entre doutrina e jurisprudência, a evolução da responsabilidade civil, título que abriga o art. 940 no Código Civil, e o despontar da função punitiva¹²⁰ da responsabilidade civil despertam outras questões que serão expostas nos capítulos a seguir.

2.2.1 Teses fixadas no julgamento do EARESP 676.608/RS de 21/10/2020 e o Tema repetitivo 929

Importantíssimas para essa pesquisa as teses fixadas com o julgamento do EAREsp 676.608/RS em 21/10/2020, processo que serviu de paradigma para assentar divergência jurisprudencial entre posicionamentos opostos das câmaras da corte superior. Relacionado com pagamento de valores relativos a serviços de telefonia não contratados, o julgamento representa total guinada do entendimento jurisprudencial do STJ, que provoca solução completamente contrária nos julgados que envolvem a cobrança indevida no âmbito das relações consumeristas até então, tanto no tribunal superior, quanto nos demais órgãos do judiciário do País. Ao final, foram fixadas as seguintes teses:

Primeira tese: A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.

Segunda tese: A ação de repetição de indébito por cobrança de valores referentes a serviços não contratados promovida por empresa de telefonia deve seguir a norma geral do prazo prescricional decenal, consoante previsto no artigo 205 do Código Civil, a exemplo do que decidido e sumulado no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de tarifas de água e esgoto (Súmula 412/STJ).

Modulação dos efeitos: Modulam-se os efeitos da presente decisão - somente com relação à primeira tese - para que o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do indébito seja aplicado apenas a partir da publicação do presente acórdão. A modulação incide unicamente em relação às cobranças indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais

¹²⁰ Enunciado n. 379 do CJF/STJ: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão¹²¹.

A fixação dessas teses provocou uma verdadeira revolução no entendimento dos tribunais. Com efeito, no TJSP, de 22/10/2018 até 21/10/2020, obteve-se 81 resultados, procurando os seguintes verbetes em seu site de busca de jurisprudência, na ementa “‘boa-fé’ ‘objetiva’ ‘cobrança indevida’ ou ‘art. 940’ ou ‘art. 42’”. Procurando-se os mesmos parâmetros de pesquisa de 22/10/2020 a 21/10/2022 encontrou-se 385 resultados.

Embora essas teses não tenham a eficácia de tese fixada em recursos repetitivos, há possibilidade de serem reafirmadas no julgamento do tema repetitivo 929 e, a partir daí, ganharem essa eficácia.

O tema repetitivo 929 tem como questão submetida a julgamento a “discussão quanto às hipóteses de aplicação da repetição em dobro prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC”. A página desse tema no site do STJ apresenta a informação de que possivelmente haveria “reafirmação da jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ” pelo julgamento do “EAREsp 676.608/RS”¹²².

Por isso a grande importância de se estudar as fundamentações e as bases de interpretação que foram lançadas no julgamento, porque são fundamentações que muito provavelmente serão utilizadas para a interpretação do art. 940 do CC.

Da leitura do acórdão, publicado em 30/3/2021, foi possível enumerar os seguintes fundamentos, relacionados com a pesquisa, originais transcritos entre aspas, com grifos nossos:

¹²¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608 – RS (2015/0049776-9), Órgão Julgador: Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Embargante: Maria Ritta Lemos de Almeida. Embargado: OI S.A. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58120459&num_registro=201500497769&data=20210330&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²² Anotações do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas: “Possível reafirmação da jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ, em 21/10/2020, nos processos a seguir: EAREsp 664.888/RS, EAREsp 676.608/RS (paradigma), EAREsp 600.663/RS, EAREsp 622.897/RS e EREsp 1.413.542/RS (Relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, publicado no DJe de 30/03/2021)”. Esses cinco processos foram reunidos para julgamento, que ocorreu com a publicação no DJe de 30/03/2021. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes qualificados. **Tema repetitivo 929**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=929&cod_tema_final=929>. Acesso em: 23 abr. 2023.

a) A divergência entre o entendimento da aplicação ou não da sanção do art. 42 do CDC diz respeito ao “3. caráter volitivo: a saber: se a ação que acarretou cobrança indevida deve ser voluntária (dolo/má-fé) e/ou involuntária (por culpa)”; b) “4. O próprio dispositivo legal caracteriza a conduta como engano e somente exclui a devolução em dobro se ele for justificável”. Por justificável, a ementa explica: aquilo que “não decorrente de culpa ou dolo do fornecedor”; c) “exigir a má-fé” ... “equivale a impor a ocorrência de ação dolosa” ... “requisito não previsto em lei”; d) “o requisito subjetivo da má-fé é prova substancialmente difícil de produzir”, “prova diabólica”, “padrão probatório que vai de encontro às próprias filosofias e *ratio* do CDC; e) deve prevalecer esse entendimento tanto “para conduta dolosa quanto culposa”; f) “deve prevalecer o critério dúplice do dolo/culpa. Assim, tanto a conduta dolosa quanto a culposa do fornecedor de serviços dão substrato à devolução em dobro do indébito; g) “a restituição em dobro do indébito ... independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida; h) é “cabível [a restituição em dobro] quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva”.

Num outro passo, analisando-se o voto vencedor do min. Herman Bemnjamin, foi possível levantar os seguintes fundamentos complementares:

i) “A restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.”; j) “posição teórica centrada no princípio da boa-fé objetiva como critério para a devolução em dobro”; k) “Na interpretação do parágrafo único do art. 42 do CDC, deve prevalecer o princípio da boa-fé objetiva, métrica hermenêutica que dispensa a qualificação jurídica do elemento volitivo da conduta do fornecedor”; l) “a regra geral de que a responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva em relação a danos causados a terceiros” (art. 37, §6º, da CF); “Ora, se a regra da responsabilidade civil objetiva imperava, universalmente, em prestações de serviço público, como admitir que, nas relações de consumo – na presença de sujeito (consumidor) caracterizado *ope legis* como vulnerável (CDC, art. 4º, I) –, o paradigma jurídico seja o da responsabilidade subjetiva (com dolo ou culpa)?; m) “Seria contrassenso atribuir tal privilégio ao fornecedor, mormente por ser fato notório que dezenas de milhões dos destinatários finais dos serviços públicos,

aflijidos por cobranças indevidas, personificam não só sujeitos vulneráveis, como também sujeitos indefesos e hipossuficientes econômica e juridicamente, ou seja, carentes em sentido lato, destituídos de meios financeiros, de informação e de acesso à justiça"; n) “necessidade de prova de elemento volitivo, na realidade inviabiliza a devolução em dobro, p. ex., de pacotes de serviços telefônicos jamais solicitados pelo consumidor, bastando ao fornecedor invocar uma justificativa qualquer para seu engano”; o) “a expressão ‘salvo hipótese de engano justificável’ do art. 42, parágrafo único, do CDC deve ser apreendida como elemento de causalidade, e não como elemento de culpabilidade”... “atribui-se ao engano justificável a natureza de variável da equação de causalidade, e não de elemento de culpabilidade, donde irrelevante a natureza volitiva da conduta que levou ao indébito” ... “reconhecer a irrelevância da natureza volitiva da conduta (se dolosa ou culposa) que deu causa à cobrança indevida contra o consumidor, para fins da devolução em dobro a que refere o parágrafo único do art. 42 do CDC, e fixar como parâmetro excludente da repetição dobrada a boa-fé objetiva do fornecedor (ônus da defesa) para apurar, no âmbito da causalidade, o engano justificável da cobrança.”; p) “O requisito da comprovação da má-fé não consta do art. 42, parágrafo único, do CDC, nem em qualquer outro dispositivo da legislação consumerista. A parte final da mencionada regra – ‘salvo hipótese de engano justificável’ – não pode ser compreendida como necessidade de prova do elemento anímico do fornecedor.”; q) “Para a aplicação da sanção civil prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, é necessária a caracterização de conduta contrária à boa-fé objetiva para justificar a reprimenda civil de imposição da devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente.”; r) “O código consumerista introduziu novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar a concepção objetiva do abuso do direito, que se traduz em uma cláusula geral de proteção da lealdade e da confiança nas relações jurídicas, prescindindo da verificação da intenção do agente – dolo ou culpa – para caracterização de uma conduta como abusiva (...) Não há que se perquirir sobre a existência de dolo ou culpa do fornecedor, mas, objetivamente, verificar se o engano/equívoco/erro na cobrança era ou não justificável”.

Ao julgar a segunda questão dos autos, relacionada a prescrição, a *fundamentação* do voto foi no sentido de que a hipótese se afastava do instituto do enriquecimento sem causa e isso nos interessa.

O STJ reconheceu que a cobrança indevida não se confunde com o instituto do enriquecimento sem causa (chamada pelo ministro de “ação *in rem verso*”), com os seguintes fundamentos: s) porque este possui como requisitos “o enriquecimento de alguém, empobrecimento de outrem, causalidade entre um e outro fatos, ausência de causa jurídica e inexistência de ação específica”; t) No caso da cobrança indevida dos autos em questão, havia causa jurídica (“a existência de relação contratual previa em que se discute a legitimidade da cobrança”) e há ação específica (“repetição de indébito”), o que “afasta a ação *in rem verso* genérica”.

Citando o Ministro Mauro Aurélio Bellizze o Min. Hermann asseverou que: u) “Projeto de Código das Obrigações de Agostinho Alvim veio dar origem ao enriquecimento sem causa como fonte primária de obrigações no nosso atual Código Civil, especialmente pelo fato de ter sido expresso como preceito de ordem genérica, não exaustivo, em franca substituição ao modelo clássico anteriormente adotado pelo Código Civil de 1916”; v) diferentemente do CC/1916, o atual CC contém dispositivo que fixa prazo prescricional específico para as pretensões decorrentes de reparação civil (a regra do art. 177 do CC/1916 corresponde à do art. 205 do atual CC, mas, neste último, há o dispositivo específico do art. 206, § 3º, IV e V, o qual, versando sobre reparação civil, prevalece sobre a regra geral).

Assim, tendo a corte superior fixado a tese de que o prazo prescricional para o exercício da norma do art. 42 é decenal, *excluiu a interpretação de que se trata de pretensão de reparação civil* ou de *ressarcimento de enriquecimento sem causa*.

Salienta-se que então, mesmo pelo viés da análise da prescrição, foi possível chegar à conclusão de que *a cobrança indevida não faz parte do sistema da reparação civil*.

3. POSITIVAÇÃO DA MATÉRIA

A maior importância que se atribui ao estudo da positivação do instituto da cobrança indevida e de seus efeitos foi a massiva contribuição para a conclusão de que se trata, o art. 940 do CC, de o resquício legislativo, um dispositivo que foi sobrando nas sequências legislativas cíveis, mesmo após terem sido aperfeiçoados institutos que deveriam o excluir, ao menos do meio de outras normas, quando não completamente.

É que, como se verá, as normas voltadas para a cobrança indevida, no Brasil, se desde sua primeira previsão, se amalhavam a conjuntos normativos tão antigos que não distinguiam ilícito penal de ilícito civil, tampouco normas processuais de normas materiais cíveis, neles também não havia sido desenvolvida a tecnologia jurídica de normas cíveis abertas, as quais praticamente extinguiriam dispositivos casuísticos, como é o art. 940, das codificações cíveis.

Verifica-se que, no início, o próprio texto normativo é mais processual do que material. O que se esperava, pela lógica jurídica, é que, ao passo que os conceitos jurídicos tais como a separação do ato ilícito penal do ilícito civil, a pena, a própria responsabilidade civil, o conceito de dano etc., se desenvolvessem, esse dispositivo taxativo e, como se constata, com características de clássico tipo penal, que é o art. 940, seguisse a mesma sorte de outros tantos que a ele se assemelhavam e compartilhavam características penais, retirando-se da codificação civil e posicionando-se em outros diplomas, quando não extintos.

Outro destaque, é que com esse estudo dos textos normativos foi possível realizar a análise detida do texto legal e observar que ele foi modificado e remodelado enfaticamente ao longo das evoluções da legislação civil. O legislador não só optou expressamente pela manutenção da tipificação da hipótese de cobrança indevida em todos os diplomas cíveis, como também minuciosamente inseriu e retirou elementos como a malícia, matéria de grande atenção em nossa pesquisa, refez completamente a descrição das condutas, reformulou os efeitos, mudou a natureza jurídica deles, aumentou significativamente a pena, dentre outros aspectos relevantes que serão delineados nesse estudo.

Essas alterações, como dito, consideráveis, tem grande proveito para o presente trabalho, pois permitem, comparando-se um texto e outro, levantar séries de questionamentos e reflexões sobre os diversos elementos da norma, ora inseridos, ora retirados, acerca da *mens legens* e das diversas formas de interpretá-la, numa tentativa de descortinar a melhor. Ou seja, não nos limitaremos a narrar os textos legais, mas a enumerar possíveis interpretações tanto na norma já revogada, quanto da vigente.

Evidencia-se desse estudo, outrossim, o tema da má-fé, que foi elemento expresso e, após, foi retirado. Isso nos oferecerá maior material para elucubrações acerca da investigação da exigência desse elemento para a incidência da norma.

Outro elemento de importante da análise dos textos deônticos é poder observar que os efeitos da cobrança indevida são consideravelmente mais gravosos do que a doutrina normalmente distingue. A pena cominada, tanto para quem cobra dívida já paga, como para quem cobra a mais foi tornando-se mais e mais exorbitante, distanciando-se de apenas ser “o dobro do quanto cobrado a mais”.

Nota-se que o legislador entendeu que deveria ser aplicável a pena àquele que cobra indevidamente de tal modo que repetiu a necessidade de sua observação em todos os diplomas legais que foram se sucedendo.

Outro aspecto curioso de destaque que será visto é que, desde a época da compilação de Teixeira de Freitas, embora a pena contra o pagamento indevido estivesse sempre vigente, a praxe jurídica e a jurisprudência já eram contrárias à sua aplicação.

Abaixo, destaca-se, quando possível e conveniente, comentários estruturados pelos seguintes temas: (i) identificação de motivos da localização dos dispositivos nos diplomas legais, ou seja, qual a lógica seguida na sequência das normas do diploma e por que o dispositivo foi inserido em meio a elas; (ii) identificação das condutas; (iii) identificação da presença ou não de necessidade de malícia ou má-fé para a caracterização do suporte fático descrito; (iv) arrependimento eficaz; (v) necessidade de a cobrança ser judicial; e (vi) efeitos jurídicos das condutas. A repetição da análise desses temas permitirá concluir as melhores interpretações para a legislação atual.

3.1 ORDENAÇÕES FILIPINAS

No terceiro livro das Ordenações Filipinas, legislação vigente do período colonial até 1916¹²³, o Título XXXIV recebe o nome “Do que demanda em juízo mais do que lhe é devido” e o Título XXXVI, “Do que demanda o que já em si tem”.

A transcrição dos textos positivados, embora longa, é oportuna, pois neles é possível observar muitas das matérias correlatas às abordadas neste trabalho, tais como (i) se há necessidade de haver demanda judicial ou basta a mera cobrança extrajudicial; (ii) a ligação da cobrança indevida com a sucumbência processual, (iii) se há ou não necessidade do dolo para sua caracterização, (iv) sua natureza ou não de pena civil, (v) os atos jurídicos que devem ser praticados para se caracterizar a hipótese.

Além disso, o texto será importante para analisar as supressões e as adições à matéria.

Nesse sentido, a norma relativa à cobrança a mais do que é devido (*plus petitionibus*) é assim positivada nas Ordenações Filipinas:

Título XXXIV. Do que demanda em juízo mais do que lhe he devido

Todo o que demandar outro em juízo sobre aução pessoal por qualquer dívida, que lhe deva, se demandar maliciosamente mais do que na verdade lhe he devido, vencerá somente aquella parte, que provar ser-lhe devida, e o réo será absoluto na parte em que se mostrar não ser obrigado: e quanto as custas, será o autor condenado em ellas em tresdobro na parte, em que o réo for absoluto, por demandar maliciosamente o que lhe não era devido, e o réo será condenado somente nas custas singelas daquela parte, em que for condenado. Porém, se o autor antes da lide contestada se descer de demandar o que assi pedia mais do que lhe era devido, poder-lo-há fazer, sem ser condenado em custas em dobro, nem tresdobro, mas pagará as custas singelas, que até li foram feitas, da parte, que couber a quantidade, de que se desceum, quando de todo se não descer da dita demanda. E se se descer de toda a demanda, será condenado em todas as custas singelas. E quando o demandador por ignorância, ou simpleza, sem outro engano e malicia, demandar ao réo em Juízo mais de que lhe for devido, será condenado nas custas singelas, ou em dobro, segundo a simpleza, ou culpa, em que for achado.

¹²³As Ordenações Filipinas vigeram em Portugal até 1867 e no Brasil até 1917. As Ordenações Filipinas foram confirmadas e revalidadas pela lei de 20 de janeiro de 1643, quando Portugal reconquistou a sua independência da Espanha (1640) e vigoraram no Brasil até o ano de 1916. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 83.

1. porém, se o réo provar que o autor com engano o fez obrigar por escriptura publica, ou perante testemunhas, em mais, do que na verdade lhe devia, se o autor per tal obrigação, assi enganosamente feita, demandar o réo em juízo, o réo seja absoluto, assi do que na verdade for devido, com do mais, que per engano foi acrescentado. E posto que depois de citado o réo, se queira o autor arrepender, não deixará de incorrer na dita pena. E, se além do dito engano entrar simulação, incorrerá nas penas conteúdas no livro quarto, título 71: dos contractos simulados¹²⁴.

O dispositivo legal é dividido em duas partes, que propõem efeitos diferentes para condutas diferentes.

A primeira parte dá suporte fático para a primeira conduta “demandar maliciosamente mais do que na verdade lhe é devido” (grifamos), é a conduta dolosa.

A segunda parte, para a segunda conduta, “por ignorância ou simpleza, sem outro engano e malícia, demandar o réu em juízo mais do que lhe for devido” (grifamos), é a conduta culposa.

O efeito descrito para o primeiro ato ilícito é a condenação ao tresp dobro das *custas*.

Para o segundo ato ilícito o efeito é a condenação “nas custas singelas, ou em dobro” (grifamos), conforme o grau de culpa.

Observe-se que, diferentemente do dispositivo que trataremos a seguir (título XXXVI), as penas do dobro ou do tresp dobro não incidem sobre a quantia cobrada indevidamente, de forma que a base de cálculo são as *custas* processuais.

O fato de a pena ser processual e relacionada às *custas* é um importante indicativo de que a pena está intrinsecamente relacionada com a sucumbência, matéria de grande interesse, mas cujo aprofundamento não caberia aqui, dado o recorte da pesquisa.

Quanto à má-fé, é certo que o texto menciona expressamente a *malícia*, que pode ser entendida como má-fé ou dolo, sendo, aliás, essa a diferença entre a primeira e a segunda conduta, conforme visto acima. A conduta com malícia tem grau de reprovabilidade maior do que a cobrança sem malícia e, por isso, resulta em pena muito maior, abaixo analisada.

Já a *necessidade* de se *provar* a “malícia” ou má-fé de quem cobra indevidamente, ou

¹²⁴ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870, p. 618.

de quem é esse ônus, do credor ou do devedor, não há qualquer indicação. O texto fala sim de prova, mas apenas no que se refere à existência ou não da dívida.

Ainda quanto à má-fé ou malícia, se é que é possível interpretar que o texto impõe a *necessidade* de se provar a *intenção* daquele que ingressa com a ação de cobrança, essa interpretação somente seria possível em relação à primeira parte do dispositivo, cujo efeito é o trespasse das custas. Quanto à segunda parte, cujo efeito é a condenação nas “custas singelas, ou em dobro”, não há dúvidas que não se exige prova de “malícia”, “má-fé” ou “dolo”, porquanto o dispositivo, nessa parte, fala em “culpa” e “ignorância”, excluindo expressamente a *intensão do agente*, com o excerto “sem outro engano e malícia”.

Outro ponto de destaque é que, o texto é expresso quanto à necessidade de que a cobrança seja judicial, tanto na primeira, quanto na segunda parte. Essa exigência é ostensiva. Como veremos, os demais dispositivos legais, sejam das mesmas Ordenações Filipinas (o Título XXXVI, “Do que demanda o que já em si tem”), quanto da norma nas codificações posteriores, não haverá previsão expressa de tal necessidade, o que poderia indicar a opção do legislador pela dispensa desse requisito.

Percebe-se também a norma do “arrepentimento eficaz”¹²⁵, que oferece prazo para que o efeito condenatório pela cobrança em dobro não incida. Do que consta, se, antes da contestação, o autor desistir do que pediu a mais, não seria condenado em custas em dobro ou trespasse, mas apenas às custas singelas. Esta norma que traz o arrepentimento eficaz se repetirá no esboço de Teixeira de Freitas, mas não na codificação civil de 1916, retornando na de 2002, no artigo 941, conforme é possível observar a seguir.

Já a norma relativa à cobrança do quanto já foi pago, é assim o texto das Ordenações Filipinas:

Título XXXVI. Do que demanda o que já em si tem.

Se alguma pessoa for obrigada a outra em alguma dívida, e lha pagou toda, ou parte dela, e o que a recebeu, demandar outra vez o que tem já recebido, e lhe for provado, seja o autor condenado, que torne ao réo em dobro tudo o que já dele tinha recebido, com as custas em dobro; ou se lhe ainda he

¹²⁵ De acordo com Mirabete, são “os casos de tentativa abandonada em que, por razões de política criminal, segundo alguns, se estimula o agente a não consumir o delito”. Complementa, usando uma expressão de Liszt, há “um ponto de ouro para o agente retroceder”. Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. Revista e atualizada até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003, p. 161.

devedor em alguma parte da dívida, desconte-se-lhe dellla o dito dobro, se aquillo que lhe ainda dever, para isso bastar e não abastando, pague-lho o autor por seus bens. Porém, se o autor, antes da lide contestada se quiser descer do que asi pedia que já em si tinha. Podê-lo-há fazer sem pena alguma, somente pagará as custas em dobro a parte, que lhe fez fazer, até se descer da demanda.

1. E posto que no fim de sua aução, ou petitório do libelo, depois de declarar a consa certa, que pede, proteste, ou diga que levará em conta tudo o que o réo mostrar, que tem pago, mandamos que a tal clausula, ou protestação o não possa escusar da dita pena do dobro e custas, se se achar que na quantidade certa que declarou, pedia o que si tinha¹²⁶.

Interpretando literalmente o texto, podemos fazer as seguintes observações.

O ato ilícito é a cobrança de dívida em que o devedor já realizou o pagamento. Esse pagamento pode ter sido realizado para saldar a dívida toda ou parte dela.

Em relação à má-fé, comparando-se com o dispositivo anterior, é possível observar que *não* há descrito qualquer necessidade de se identificar má-fé, intensão ou outro elemento subjetivo na conduta do cobrador, o que nos é muito significativo. Assim, verifica-se que, o texto normativo do título XXXIV, *expressamente* fala de malícia, e por duas vezes.

Ora, se o legislador taxativamente exigiu a má-fé para as condutas do artigo anterior, o fato de ter silenciado sobre esse elemento quando tipifica essas condutas apenas pode querer dizer que não há exigência alguma dele destas hipóteses. Além disso, ele distingue o ato de malícia (ato doloso) do ato culposo, por dar penas diferentes para cada conduta.

São dois os efeitos que o dispositivo dá ao ato da cobrança indevida de dívida já paga. O primeiro é o surgimento de um crédito do dobro do *quanto o que o credor já recebeu*. O segundo é a condenação do credor inicial ao pagamento das custas em dobro.

Dessa forma, verifica-se que se trata de duas penas, uma, de natureza material, o surgimento de um crédito ao devedor, correspondente ao quanto já pago pelo devedor antes da cobrança e, outra, de ordem processual, correspondente à condenação às custas em dobro.

A norma analisada no capítulo anterior, relativa à cobrança a mais do que se deve, cominava apenas pena processual para as duas condutas: tresdobro das custas para a cobrança

¹²⁶ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870, p. 619.

maliciosa e dobro ou simples para a cobrança culposa. Não há pena material.

Por outro lado, em relação à necessidade de que a cobrança seja judicial, não há no texto legal menção expressa de que a cobrança deva desse modo. O título XXXIV fala *expressamente* e duas vezes em judicialização (“aução pessoal”, para a primeira parte, e “demandar em juízo”, para a segunda). No texto normativo descrito no título XXXVI, o verbo não vem qualificado, constando apenas o “demandar” ou “pedir”. Mas há indicações de que a cobrança deva ser judicial, visto que prescreve a pena processual (“custas em dobro”) e menciona “contestação da lide”.

Outro ponto de interesse é a presença também da norma de “arrependimento eficaz”, que oferece prazo para a desistência da cobrança indevida, até o protocolo da contestação, para que a pena material não incida, mas somente a processual. No dispositivo da norma do título XXXIV, caso houvesse o arrependimento eficaz, somente as custas singelas seriam pagas.

Assim, é possível inferir que a conduta de cobrança de dívida já paga, é ofensa mais gravosa e que tem reprovabilidade maior do que a norma da cobrança “a maior do quanto devido”.

3.2 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS DE TEIXEIRA DE FREITAS

Seguindo a análise textual das leis e codificações que trataram da cobrança indevida, passa-se à análise da obra codificadora de Teixeira de Freitas.

Embora nunca promulgada, a consolidação de 1858, que seria a primeira codificação pátria civil, dado que as normas anteriores são de Portugal, continua de grande importância, um “monumento jurídico, que ainda hoje pode ser consultado com proveito”¹²⁷ e também trata do tema desta dissertação, nos artigos 826 a 831.

¹²⁷ “Em 1855, pensou-se em Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, para realizar a tarefa da codificação. Mas este indicou o nome de Teixeira de Freitas para primeiramente realizar uma Consolidação, primeiro passo para a codificação. Como consequência disso, surge a ‘Consolidação das Leis Civis’, elaborada por esse jurista, monumento jurídico que ainda hoje pode ser consultado com proveito”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 98.

Como comentário geral, antes de nos debruçarmos sobre a redação dos dispositivos legais, percebe-se, da leitura, que Teixeira de Freitas previu dois dispositivos, como nas Ordenações Filipinas, para as condutas relativas à cobrança indevida (cobrar a mais e cobrar pelo já pago) os artigos 826 e 829, o que não ocorrerá nas demais codificações, já que as duas condutas estarão num único dispositivo.

Ademais, há o artigo 831, que se refere aos dois dispositivos, e trata de escusa que o credor pode alegar e que também merece análise.

Ricas, outrossim, são as notas de rodapé presentes nos artigos, nas quais Teixeira de Freitas tece seus comentários sobre os dispositivos, que também constarão transcritas e comentadas a seguir.

Em relação à localização dos dispositivos que tratam a cobrança indevida na compilação de Teixeira de Freitas, foram organizados na “parte especial”, “livro primeiro: dos direitos pessoais”, “secção 2: dos direitos pessoais nas relações civis” (que começa como o capítulo relacionado a contratos em geral), “título 4º: da extinção dos direitos pessoais”, “capítulo 1º do pagamento”.

Ressalta-se que, no título imediatamente anterior às questões relacionadas à cobrança indevida, especificamente no título 3º, denominado “do damno e esbulho”, encontram-se os artigos relativos à matéria que hoje o Código Civil organiza sob o título IX: “da responsabilidade civil”.

Essa observação nos interessa porque é possível que o fato de Teixeira de Freitas ter organizado dessa maneira o que antes, nas Ordenações, era um emaranhado de normas processuais, relativas a custas ou sucumbência e outras com características penais, ocasionou que, nas seguintes evoluções do Código Civil tenha se preservado também o tema junto à responsabilidade civil, de maneira resquicial.

Com efeito, poderia ser classificada como “responsabilidade civil” o exemplo do art. 798: “Todo delinquente está obrigado a satisfazer o damno, que causar o delicto”¹²⁸ e da indenização, como no artigo 799: “a indemnização, em todos os casos, será pedida por acção

¹²⁸ A nota 4 de Teixeira de Freitas, correspondente a este artigo desperta a indagação do quanto os danos não poderiam estar ligados com os delitos penais: “Cod. Crim. Art. 21. Este título corresponde, com o pouco que temos à parte dos direitos pessoais, que nascem dos - delictos - e - quase-delictos.

civil; e não se poderá mais questionar sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime”.

Nesse sentido, a nota de Teixeira de Freitas, referente ao artigo 798, indica que as indenizações dos danos decorrentes de delitos eram, até então, tratadas pela lei penal, mas que seu lugar próprio é a legislação civil:

Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 68, que revogou o Art. 31 do Cod. Crime §5.º do Art. 269 do Cod. Do Proc. A materia, portanto, do Cap. 4. Part. 1. T. 1. do Cod. Crim., sobre a satisfação do danno causado pelo delicto, passou para o seu lugar proprio, que é a legislação civil. Estava no Col. Pen., porque o Juizo Criminal tomava então conhecimento da indemnisção. Hoje não é mais preciso declarar nas petições de queixa o valor do damno soffrido, conforme ordenava o Art. 79 §2.º O Cod. do Proc. Estão igualmente revogados o Art. 32 do Cod. Crim. Art. 226 do Cod. do Proc.; posto que a Circ. n. 183 de 18 de Outubro de 1854 tenha decidido por modo diverso. Como é que a redução da satisfação do damno a prisão póde ser o effeito de uma sentença civil? Se não é effeito da sentença civil, tambem não o é da sentença criminal, que nada julga sobre a indenmisção. Como é que o Juiz Criminal faz uma execução criminal sem sentença? Como se pode converter uma questão civil e criminal no mesmo processo, principiando esse processo no Juizo Civil, e acabando no Juizo Criminal? Se a indemnisção do dano proveniente do crime é hoje negocio puramente civil, cabe na disposição humanitaria de Lei de 20 de Junho de 1774 5 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, porque a pobreza não é crime.

Ademais, a matéria começa a ser tratada no artigo 825, que prescreve:

Art. 825. Não pode o credor exigir mais do que se lhe deve, ou seja, em razão da cousa, ou do tempo, ou antes do implemento da condição, ou sem desconto do que já recebeu.

As hipóteses previstas no artigo 825 serão, especificamente, tratadas nos artigos seguintes, servindo esse artigo, portanto, como introdução e como reforço da proibição da lei em relação à conduta de se “exigir mais do que se lhe deve”.

O texto dos arts. 826 e 827 da Consolidação de Teixeira de Freitas, bem como as respectivas notas de rodapé do autor:

Art. 826. O credor, que demandar maliciosamente mais do que se lhe deve, será condemnado em tresdobro das custas da parte, em que o devedor fôr absolvido (3).

[Nota (3) “ord. L. 3º T. 34 Princ. São raríssimas essas condemnações].

Art. 827. Não terá lugar esta pena, se o credor reduzir pedido a seu justo limite antes da contestação da lide.

No artigo 826 vê-se apenas a conduta “demandar mais do que se lhe deve”.

Quanto à má-fé, a consolidação preservou, para a conduta “demandar mais do que se lhe deve” o elemento subjetivo “maliciosamente”, que corresponde ao dolo e a intensão, ou seja, para a conduta desse dispositivo legal, expressamente, deve haver malícia de quem cobra, conforme observamos no capítulo anterior correspondente às Ordenações Filipinas.

Em reforço ao quanto dito acerca da necessidade da malícia, observa-se que houve o “silêncio eloquente” de Teixeira de Freitas quanto à conduta culposa.

Do que se depreende, o autor *intencionalmente* suprimiu a segunda parte do Título XXXIV das Ordenações, que tratava da conduta “por ignorância ou simpleza, sem outro engano e malícia, demandar o réo em juízo”, cuja pena correspondia às “custas singelas”.

Não há indicação, entretanto, de quem é o ônus e como deveria ser a prova dessa intensão maliciosa.

Em relação ao efeito, foi mantida a pena “será condenado em tresdobro das custas da parte”.

A pena continua a ser processual, porquanto restrita às custas, não havendo pena relativa à quantia cobrada, material.

Nos dispositivos das codificações seguintes, como veremos, a pena processual *não* estará presente. A punição, tanto para a cobrança a maior, quanto para a cobrança de dívida já paga, será apenas material.

No que diz respeito ao arrependimento eficaz, o artigo 827, estabelece que, se antes da contestação o credor reduzir o pedido ao valor correto, a pena deixa de incidir.

Vale notar que, a redação do artigo fala expressamente em pena.

No que toca à necessidade de a cobrança ser judicial, é suprimido também qualquer menção de que a “demanda¹²⁹” deva ser judicial, visto que, do texto das ordenações, como

¹²⁹ Embora no sentido técnico jurídico o verbo demandar signifique “intentar ação judicial contra”, vale mencionar que o vocábulo tem também outras definições que significam “Fazer exigência(s)” ou “ir em busca

notado, o qualificativo “judicial” consta expressamente.

No entanto, pode-se argumentar que o fato de que o artigo 827 fale em contestação, a cobrança deva ser judicial. Todavia, nada impede interpretar-se que a cobrança possa ter sido apenas extrajudicial, e que até que haja a contestação na ação de cobrança da pena, o credor originário reduza a cobrança e se livre dela.

É bastante interessante que desde aquele tempo, Teixeira de Freitas dá nota que são “raríssimas” as condenações do artigo 826, assim como, verificou-se que são raríssimas as condenações pelo 940 do atual Código Civil. Desperta-se a curiosidade para entender a fundamentação da jurisprudência da época a fim de elucidar o porquê de o artigo não ser aplicado.

O que vale observar, enfim, é que há, desde então, na jurisprudência, grande resistência à aplicação desta lei.

Em continuidade, passa-se à análise do art. 829:

Art. 829. O credor, que demandar por dívida já paga, ou sem desconto do que recebeu, será condenado a restituir em dobro o que já tiver recebido, e com as custas em dobro (2).

Nota (2) Ord. L. 3º T. 36. Usa-se muito vir com reconvenção pedindo a condenação nestas penas; porém quase nunca os Juízes atendem a tais pedidos.

São duas as condutas que o credor pode praticar: (i) demandar por dívida já paga e (ii) demandar sem desconto do que recebeu.

Em relação à má-fé, diferentemente do artigo 826, em que expressamente constou “demandar maliciosamente”, no artigo 829, Teixeira de Freitas *não menciona elemento subjetivo*.

Os efeitos são dois e simultâneos: condenação a restituir em dobro o que tiver recebido (pena processual) e a pagar as custas em dobro (pena material).

Das redações do texto é possível retirar algumas interpretações.

de”. MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/demandar/>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

Quanto à cobrança ter necessidade de ser judicial, servem a este artigo os mesmos comentários feitos ao artigo 826.

No que toca o arrependimento eficaz, o cobrador tem até a contestação para desistir da ação e, se o fizer, será condenado apenas à pena processual, livrando-se do material. Essa hipótese encontra-se prescrita no artigo 830:

Art. 830. Se, porém, desistir do pedido antes da contestação da lide, será somente condenado nas custas em dobro.

Há também interessante nota de Teixeira de Freitas, no mesmo sentido do artigo 826. Assim, Teixeira de Freitas nota que “quase nunca os Juízes atendem a tais pedidos”, mencionando que, embora seja muito frequente, em reconvenção, o devedor pedir a condenação do credor que cobra indevidamente. Essa observação é completamente atual e aplicável ao art. 940 do atual Código Civil, vez que há abundante número de pedidos nesse sentido, que “quase nunca” são atendidos.

Teixeira de Freitas ainda faz comentário ao artigo 831, que se refere ao artigo 829:

Art. 831. Não se livra o credor destas penas, ainda que proteste levar em conta o que o devedor mostrar que tem pago (4).

(...)

Nota (4) Cit. Ord. § 1º. Entretanto esses protestos são muito usados em nossa praxe.

O que depreendemos desse comentário é que a lei, com mais um dispositivo, reforça o caráter proibitivo da cobrança indevida e a necessidade da punição da conduta, asseverando que ela recairá ainda que se escuse o credor afirmando que levará em consideração o que o devedor mostrar ter sido pago.

A nota de Teixeira de Freitas afirma que, mesmo existindo o dispositivo legal, ainda assim, a praxe revelava muita utilização dessa alegação, o que indica que havia muitas cobranças em que muitos credores não cuidavam saber quanto exatamente lhe foi pago ou se o valor devido era mesmo o que se cobrava.

Conquanto interessante a observação, não se sabe quando essa alegação era utilizada, se na parte inicial do processo, ou após a contestação. Também não é possível saber se essa utilização obtinha algum sucesso ou não.

3.3 ESBOÇO DO CÓDIGO CIVIL DE TEIXEIRA DE FREITAS

O esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas, de 1.865, embora nunca tenha vigido, é de grande importância, não só para o direito brasileiro, como de muitos outros países, ante sua magnitude:

Concluída a Consolidação, entendeu-se com justa razão que ninguém mais do que Teixeira de Freitas estava em condições de elaborar o projeto de Código Civil. Feito o contrato com o Governo, sendo ministro Nabuco de Araújo, dedicou-se o grande jurista à obra, e, em 1865, divulga uma parte do Esboço, muito longo, prolixo mesmo, com quase 5000 artigos. Criticado e ressentido o autor suspende a execução do contrato, logo depois rescindido em razão da divergência surgida. E não termina Freitas o Esboço, queixando-se de uma das mais dolorosas manifestações de ingratidão que um homem de cultura do Brasil tem recebido. Desse Esboço muito se serviu a Argentina na feitura de seu Código Civil, em razão da influência que a obra genial de Teixeira de Freitas exerceu no grande jurista platino Vélez Sarsfield, autor do projeto de Código da nação irmã¹³⁰.

No que toca a localização dos artigos que tratam da cobrança indevida, notamos que os códigos não dispunham de capítulo destinado ao tratamento da responsabilidade civil, o que, no Brasil, foi iniciado pela Consolidação de Teixeira de Freitas.

Já com dispositivos diferentes dos das Ordenações Filipinas, a própria organização do Código de Teixeira de Freitas também é distinta. Na Consolidação das Leis Civis, ele havia organizado os artigos relacionados à cobrança indevida no capítulo equivalente às “obrigações” atuais, mais especificamente, na “extinção das obrigações”, no subcapítulo “pagamento”, conforme visto acima.

No Esboço, por sua vez, o tema da cobrança indevida se encontra nos artigos 3.675 e 3.676, no título V “das obrigações derivadas de atos ilícitos”, capítulo II “das obrigações derivadas de ofensas que não são delitos”, “§1º do dano causado por pessoa”.

Pensa-se que aqui se encontra a influência para que, hoje, no nosso Código Civil, os dispositivos relacionados ao pagamento indevido estejam contíguos à parte da responsabilidade civil. Estão, após a conceituação do ato ilícito, embora dívidas

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 84.

pressupõem um contrato e, aparentemente, não pressupõem dano (apenas a cobrança), requisito da responsabilidade civil (art. 944, CC). Lembra-se que a ordem da Consolidação concentrava o tema nos capítulos destinados às obrigações, contratos e pagamentos.

Observa-se certa estranheza em inserir-se os artigos da cobrança indevida na sessão da responsabilidade civil, porque ainda que não se enxergue imediatamente um ato ilícito, ora dado pela positivação do texto, não é possível se presumir que ele causaria um dano, elemento indispensável e central da responsabilidade civil, para que haja uma indenização.

Acredita-se que, os dispositivos relativos ao pagamento indevido estejam na parte da responsabilidade civil, porque, como o Esboço é anterior ao movimento de descodificação, Teixeira de Freitas, ao tratar do ato ilícito e da responsabilidade civil, ele passa a enumerar todas as possíveis consequências de cada ato ilícito que se conhecia e que gerava responsabilidade indenizatória.

Veja-se, seguindo-se essa ideia, que o artigo 823 do Esboço prediz que: “a nenhum ato ilícito será aplicável qualquer pena ou sanção deste Código, se não houver disposição de lei que a tenha imposto” (grifamos).

Para ilustrar o grau de especificidade que o Esboço demonstra com cada um dos atos ilícitos, nota-se que o início do título que contém o tema do pagamento indevido trata das “obrigações derivadas de atos ilícitos” (capítulo I), os quais, Teixeira de Freitas, começando por “obrigações derivadas de delitos” (subcapítulo), taxativamente enumera os delitos e os efeitos da responsabilidade civil correspondente, primeiro com o “delito de homicídio” (art. 3.643), cuja “indenização consistirá” nas “despesas do frustrado curativo”, das despesas do funeral e “nos lucros que o morto poderia adquirir por seu trabalho durante o tempo provável de sua vida” e passando pelo delito de “ferimento” (art. 3.644), cuja indenização consistiria no pagamento das despesas da convalescença e, caso houvesse privação do ofendido continuar em sua profissão, o prejuízo provável, assim como pelo “dano causado por delitos contra a propriedade” (subcapítulo), que prevê o delito de furto ou roubo (art. 3.650), cuja indenização era a restituição da coisa “com seus acessórios, rendimentos percebidos, ou não percebidos por negligência, e com indenização de deteriorações”, bem como pelo delito de “bancarrota, estelionato ou abuso de confiança” (art. 3.653), cuja indenização aplicava além do previsto para o delito de furto, caso a “usurpação fôr de dinheiro, o delinquente pagará

juros legais desde o dia do delito ..., e mais ainda juros acumulados de três em três meses”, até culminar no “capítulo II obrigações derivadas de ofensas que não são delitos”, capítulo em que se encontra o objeto de nosso estudo¹³¹.

Imediatamente vistas essas considerações, deve-se ressaltar, pela importância, as características dessas normas acima enumeradas e completamente relacionadas com as da cobrança indevida – que hoje estão ultrapassadas pela tecnologia jurídica das cláusulas gerais – de taxatividade, tipicidade e casuísmo.

Aprofundando a análise do mencionado capítulo II, que, como dito, contém o escopo, logo a seguir à sua abertura, verifica-se que a denominação do subcapítulo seguinte é “§1º do dano causado por pessoas”, que compreende o art. 3.659 a 3.683. O artigo inaugural do subcapítulo prediz que “compreendem este parágrafo todo e qualquer ato ilícito, sem exceção alguma, que não seja *delito* ou *falta*, qualquer que seja a culpa do ofensor”, o que também indica o caráter *codificador* do esboço, comentado acima.

Observa-se, agora especificamente cada um dos artigos que tratam do objeto de pesquisa.

Quanto ao art. 3.675, dispõe que:

Art. 3.675. Quem de má-fé, estando já pago no todo ou em parte, demandar em Juízo ao seu devedor para que lhe pague outra vez, ou lhe opuser compensação ou reconvenção como se ainda lhe devesse (art. 3.473), será condenado a restituir em dobro o que já tiver recebido, com as custas em dobro.

Se, porém, desistir do pedido antes e contestação da lide, será somente condenado nos custos em dobro.

Podemos distinguir três condutas. A primeira é demandar com má-fé, em juízo, o devedor para que lhe pague outra vez quantia já paga, no todo ou em parte.

A segunda é, de má-fé, opor compensação, como se ainda o devedor lhe devesse. E a terceira, de má-fé, opor reconvenção como se ainda o devedor lhe devesse.

¹³¹ Observa-se que, Teixeira de Freitas distingue taxativamente o estelionato, o abuso de confiança e a cobrança indevida, denominando os primeiros “delitos” e a última “não delito”, do que se desprende a atribuição de uma reprovabilidade menor para esta conduta.

A má-fé é requisito para as três condutas. Do próprio estilo redacional do texto normativo, a má-fé foi deslocada para o início, recurso literário que denota dar maior importância ao predicado (“má-fé”) que ao próprio verbo (“demandar”)¹³². Aliás, a ausência de vírgulas entre o sujeito “quem” e a qualidade “má-fé” dá a ela característica de adjunto adnominal, transformando o vocábulo parte integrante do próprio sujeito (“quem”), o que estilisticamente indica maior força ao requisito má-fé, visto que se viesse entre vírgulas seria apenas um adjunto adverbial de modo e parte integrante do sujeito, com adjunto adnominal.

Desta forma, pela redação, o sujeito das condutas, cujos núcleos verbais são respectivamente “demandar” ou “opuser compensação” ou “opuser reconvenção” é o mesmo sujeito “quem de má-fé”.

Diferentemente ao dispositivo equivalente das Ordenações Filipinas e da Consolidação, Teixeira de Freitas expressamente inclui a má-fé como requisito de *todas* as condutas acima descritas, lembrando que, como se pode ver nos capítulos anteriores respectivos, naqueles dispositivos legais, o requisito “malícia” ou “má-fé” não era exposto para *todas* as condutas.

Quanto à necessidade de a cobrança ser judicial, pela redação do art. 3.675, fica claro que a cobrança tratada é aquela feita judicialmente, vez que ao verbo “demandar” segue-se o complemento inequívoco “em juízo”, o que extirpa qualquer dúvida acerca da possibilidade da incidência dos efeitos prescritos para as cobranças extrajudiciais.

Assim como o dispositivo correspondente das Ordenações Filipinas e da Consolidação de Teixeira de Freitas, o art. 3.675 estabelece dois efeitos para a conduta de cobrar por quantia já paga, um de natureza processual (as custas em dobro) e outro, material (restituição em dobro do que já se havia recebido).

Em relação ao arrependimento eficaz, segundo o parágrafo único deste dispositivo, o arrependimento eficaz impossibilitaria a condenação do cobrador ao pagamento em dobro do

¹³² Preferiu-se escrever em ordem indireta, deslocando o predicado má-fé para que seja sujeito, isso denota dar maior importância a esse termo que aos demais. ARAÚJO, Luciana Kuchenbecker. **Na ordem direta, o sujeito é disposto na oração antes do predicado.** Disponível em: <<https://www.portugues.com.br/gramatica/disposicoes-sujeito-na-oracao.html#:~:text=Na%20ordem%20direta%2C%20o%20sujeito,se%20muito%20com%20os%20filhos.&text=Os%20perfumes%20me%20d%C3%A3o%20alergias%20no%20pesco%C3%A7o.>> Acesso em: 23 mai. 2023.

que já houver recebido caso desista do pedido antes da contestação da lide. Ou seja, somente incidiria a pena processual, retirando-se a punição material.

Ademais, quanto ao texto do artigo 3.676:

Art. 3.676 Quem de má fé demandar em Juízo como credor do que não se lhe dever, ou de mais do que se lhe dever, e como tal opuser compensação ou reconvenção (art. 3.474), será condenado nas custas em dobro se não fizer desistência ou redução antes da contestação da lide.

Não incorre nesta pena, nem na do artigo antecedente, se tão-somente requerer embargo ou abertura de falência.

Acerca das condutas, são quatro os atos ilícitos do art. 3.676, sendo, de má-fé, demandar em juízo: (i) o que não se lhe dever, (ii) mais do que se lhe dever.

O dispositivo ainda deixa claro que se pode entender também como “demandar”, opor compensação ou reconvenção, aplicando-se a esses atos o mesmo efeito jurídico, o que remete a esfera jurídica esse ato.

Em relação à má-fé, assim como no art. 3.675 acima, mais detalhadamente exposto, diferentemente das Ordenações e do Esboço, a má-fé é requisito para todas as condutas, conforme a função gramatical que ela desempenha.

Vale ressaltar, que diferentemente das codificações anteriores, a má-fé está expressa como requisito de ambos os dispositivos, tanto para a conduta de demandar em excesso ou por demandar por quantia já paga.

Já os efeitos, no esboço, para quem demanda pelo “que não se lhe dever” ou por excesso, a pena é menor quando comparado com o do ato ilícito de demandar por quantia já paga. Essa lógica é a mesma tanto na Consolidação das Leis Cíveis, quanto nas Ordenações Filipinas.

Veja-se que não é prescrito o efeito material (valores cobrados em dobro), mas apenas o processual: “será condenado nas custas em dobro”.

No tocante ao arrependimento eficaz, o final do art. 3.676 ressalva a hipótese de desistência ou da redução da quantia cobrada antes da contestação. Da mera redação, a conjunção “se” dá azo à interpretação de que a pena das custas em dobro apenas incidirá caso

não houver desistência ou redução até a contestação. Além disso, nota-se que, aparentemente, Teixeira de Freitas vê diferença entre desistir da ação ou reduzir a quantia cobrada.

Por outro lado, a opinião é de que não há diferença, visto que a desistência seria para o caso de cobrança “do que não se lhe dever” e a redução para cobrança de “mais do que se lhe dever”. Ou seja, fica óbvio que ainda assim seria condenado à pena o credor que cobrar o “que não se lhe dever” e apenas reduzir a cobrança antes da contestação.

Resta um comentário acerca do parágrafo único do art. 3.676, que ressalva que não será condenado à pena das custas em dobro quem somente requerer o embargo ou a abertura de falência.

Este parágrafo interessa, porquanto influi na discussão sobre a possível incidência dos efeitos da cobrança indevida para o ato de cobrar quantias não monetárias e não contratuais ou em apenas casos de sucumbência. Teixeira de Freitas ressaltou que não entende como cobrança indevida o simples ato de requerer embargo ou abertura de falência, ainda que indevidos ou improcedentes. O que indica que não haveria incidência das penas quando não há cobrança de dívida líquida ou contratual. Isso contribui para concluirmos que as penas da cobrança indevida não podem ser confundidas com a sucumbência, ainda que se refiram também às custas, constituindo-se ônus processuais de natureza distinta.

3.4 ANÁLISE DO ARTIGO 1.531 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Seguindo a estrutura do Esboço de Teixeira de Freitas, os artigos relacionados à cobrança indevida localizam-se no livro I “do direito das obrigações”, Título VII “das obrigações por atos ilícitos”. Ou seja, diferentemente das Ordenações Filipinas e da Consolidação das Leis Civis, que dispunham os dispositivos que tratam da cobrança indevida junto ao capítulo relacionado às obrigações, o Código Civil de 1916 segue a organização proposta pelo Esboço de Teixeira de Freitas.

O texto positivado no art. 1.531 consta assim, no CC/1.916:

Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar o devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver

cobrado e, no segundo, o equivalente do que lhe exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

Nota-se que, diferentemente de todas as legislações anteriores, as duas condutas (cobrar por dívida já paga e cobrar a mais do quanto devido) foram concentradas num único artigo, não seguindo a estrutura delas, que separavam as duas condutas em artigos distintos.

No que toca à má-fé, discrepando das anteriores legislações, a má-fé *não é expressa* para nenhum dos casos do pagamento indevido.

Ressalta-se que, como visto, nas Ordenações Filipinas e na Compilação de Teixeira de Freitas, a má-fé foi expressamente tipificada apenas para a conduta equivalente a demandar mais do quanto devido. Já o esboço, expressamente trouxe a má-fé para ambas as condutas.

Também, diferenciando-se das legislações pretéritas, não há tipificação para *pena processual* em nenhuma das condutas, mas apenas a material (pagar o dobro do quanto cobrado e pagar o equivalente do quanto se lhe exigir), o que pode indicar que se trata de direito material, sem nenhuma vinculação ao direito processual, ou, ainda, que há um afastamento da natureza civil mesmo, consolidando-se como uma pena.

Em relação à primeira conduta, interpretando-se literalmente o texto, é possível distinguir dois casos (“no primeiro caso” e “no segundo”), bem como seus respectivos efeitos jurídicos. Far-se-á a descrição das condutas e será oferecido, no parágrafo seguinte, uma exemplificação para sua melhor visualização.

Primeira conduta: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas” “ficará obrigado a pagar o devedor” “o dobro do que houver cobrado”.

Exemplo da conduta I: Semprônio (devedor inicial) deve a Tício (credor inicial) R\$ 1.000,00, pela compra de um objeto. Semprônio paga o todo (R\$ 1.000,00), ou apenas parte (R\$ 200,00), mas Tício, sem *ressalvar o quanto recebeu (seja o todo, seja a parte)*, cobra.

O efeito será o surgimento de uma obrigação de Tício (devedor secundário) pagar a Semprônio (credor secundário) o *dobro do quanto cobrou*.

A redação *não* condiciona o efeito do dobro apenas à *diferença do valor cobrado com o valor já pago*, como expressamente era feito em legislações anteriores acima vistas.

Assim, voltando ao exemplo anterior, se Semprônio pagou a totalidade da dívida e Tício cobrar R\$ 100,00, será devedor do dobro do quanto cobrou, ou seja: R\$ 200,00; se cobrar R\$ 500,00, será devedor de R\$ 1.000,00; ou, se cobrar a totalidade da dívida, R\$ 1.000,00, surgirá um crédito a Semprônio de R\$ 2.000,00. Se cobrar 1.200,00, deverá pagar R\$ 2.400,00.

Percebe-se que, pelo texto, não importa o quanto Semprônio pagou, sendo a condição para o efeito apenas que o ato jurídico de o credor inicial (Tício) *cobrar por dívida que esteja paga (no todo ou em parte)* e que *a cobrança seja sem a ressalva do quanto o credor inicial recebeu*.

Pelo texto, ainda que Semprônio tenha pago R\$ 1,00, se Tício cobrar a dívida toda, deverá pagar o dobro do quanto cobrou.

É possível também pensar no caso em que o devedor pague parcialmente a dívida e o credor cobre menos do quanto falta para o adimplemento.

Por exemplo: Tício paga R\$ 1,00 de uma dívida de R\$ 1.000,00, e Semprônio cobra R\$ 800,00, mas não ressalva a quantia já paga.

Pensa-se que, nesse caso, a conduta prevista é “demandar por dívida já paga”e, o credor está cobrando apenas a dívida não paga, não havendo, portanto, sanção para essa conduta.

Nota-se que a pena processual, que constava em relação a esta conduta nas Ordenações Filipinas, na Consolidação de Teixeira de Freitas e no seu Esboço a condenação do trespico das custas, no caso do primeiro diploma, e do dobro das custas, no caso dos demais está ausente no CC de 1916.

Lendo o texto do art. 1.531 surge outra dúvida: é possível que se incida a norma em relações não contratuais ou para que sirva de suporte fático é necessário o elemento contratual?

Como exemplos de cobranças realizadas sem contrato, pode-se imaginar a hipótese de alguém que é cobrado por dívida de outrem, ou alguém que não solicitou determinado serviço e é cobrado por ele, ou, ainda, alguém que é cobrado por produto que não comprou. Já com relação a exemplos de cobranças realizados com contrato podemos nos remeter aos exemplos que inundam nossos tribunais, como as cobranças de tarifas indevidas, cobranças em que se é contratado determinado serviço, mas ele não é prestado e ainda assim cobrado, cobrança de reajustes não contratados ou cobrança de dívida já paga.

Acredita-se que, em relação a essa conduta ora alisada não, mas quanto à de “pedir mais do que for devido”, sim. Isso porque por se tratar de pena a leitura deve ser restritiva e não expansiva.

Quanto a esta primeira conduta ora tratada, o texto do dispositivo fala em “demandar por dívida já paga”, o que pressupõe contrato, dívida e um pagamento.

Comparando-se o dispositivo ora analisado com as redações anteriores, em relação às Ordenações Filipinas, houve uma *majoração* da pena, haja vista que o efeito era apenas a pena processual: o “tresdobro das custas”.

Comparando-se com os textos da Consolidação de Teixeira de Freitas, não há como não perceber que o intuito do legislador foi majorar a pena, considerando que o novo texto mudou a base do fator multiplicador (“dobro”) de o “*que já tiver recebido*” alterando-a para “*o dobro do quanto cobrou*”.

Nota-se que a redação da Consolidação era precisa em especificar que o fator multiplicador, dobro, se aplicava *restritamente apenas a quanto já tiver recebido*. A partir do Código Civil de 1916, houve uma clara mudança da base em que o dobro incide, que foi aumentado para “o dobro de quanto cobrou”.

Assim, voltando ao exemplo acima dado, se Semprônio devia a Tício R\$ 1.000,00 e lhe paga R\$ 200,00 e Tício lhe cobra R\$ 1.000,00; aplicando-se a Consolidação, Semprônio seria devedor de R\$ 400,00 (R\$ 200,00 vezes 2), mas, pelo Código Civil de 1.916, deve ser devedor de R\$ 2.000,00 (R\$ 1.000,00 vezes 2).

Assim, percebe-se também que a pena processual relativa às custas em dobro foi retirada.

Talvez a majoração se deva em parte à consideração, pelo Legislador, de que a conduta é mais gravosa, haja vista que é um dos poucos resquícios da taxatividade enumerativa das condutas ilícitas que antes constavam na Consolidação de Teixeira de Freitas, que, como vimos, eram descritas detalhadamente uma por uma e, em parte, para compensar-se a retirada da pena processual (dobro das custas).

Por outro lado, ao analisar o Esboço de Teixeira de Freitas, verifica-se que a base em que se incidia o fator “dobro” era precisamente apenas “o que já tiver recebido”, na qual reforça a conclusão exarada.

Continuando a análise proposta, a segunda conduta, pelo texto do art. 1.531 seria: “Aquele que” “pedir mais do que for devido”.

O efeito da segunda conduta é: “Ficar(á) obrigado a pagar o devedor” “o equivalente do que se lhe exigir”.

Dito isso, tem-se como exemplo da segunda conduta: Semprônio (devedor inicial) deve a Tício (credor inicial) R\$ 1.000,00, pela compra de um objeto. Tício cobra quantia maior do quanto devido por Semprônio. Ressalta-se que, interpretando-se literalmente o texto, o efeito será Tício ficar obrigado a pagar a Semprônio *o quanto cobrou*, ou seja, caso cobre R\$ 1.200,00, será devedor de R\$ 1.200,00; se cobrar R\$ 1.500,00, surgirá um crédito a Semprônio de R\$ 1.500,00.

Observa-se que, o efeito do *pagamento em dobro* não é previsto para essa segunda conduta. Com efeito, o “dobro” é previsto apenas para a primeira conduta, repetindo-se: o efeito para esta conduta, de cobrar mais do que devido, é pagar o equivalente do que se exigiu.

Nessa hipótese, ressalte-se, *não há condicionamento de qualquer pagamento de Semprônio*. Deve-se atentar que o ato jurídico que dá suporte fático ao efeito é meramente “pedir mais do que for devido”, o que reforça nossa convicção de que a pena se aplica também às cobranças não contratuais ou não liquidadas.

Deve-se pensar também na hipótese em que o credor cobra a mais e sem ressalvar quantia já paga, ou seja, incidindo nas duas condutas concomitantemente.

Por exemplo, Tício deve R\$ 1.000,00 a Semprônio e paga-lhe R\$ 100,00. Se Semprônio, posteriormente, lhe cobrar R\$ 1.100,00, como seria o efeito?

Nesse caso, o credor incorreu nas duas condutas. Pelo texto do artigo, deverá pagar quanto lhe exigiu, R\$ 1.100,00 e mais o dobro do quanto cobrado (R\$ 2.200,00).

Sobre essa hipótese, pensamos que o princípio do *non bis in idem* deve incidir, de forma a preservar apenas o efeito mais gravoso, porquanto mais benéfico à parte prejudicada, excluindo-se, portanto, o outro efeito.

O arrendimento eficaz, por sua vez, encontra-se positivado no art. 1523:

Art. 1.532. Não se aplicarão as penas dos arts. 1.530 e 1.531, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide.

O CC/16 extinguiu a punibilidade disposta no art. 1.531, caso haja desistência do autor da ação, antes de contestada a lide.

Em relação à necessidade de a cobrança ser judicial, embora não esteja presente no texto do art. 1.531, do texto do art. 1.532, vê-se que o CC/16 trata de cobrança judicial, não mencionando nada sobre cobranças extrajudiciais.

Em relação aos diplomas anteriores, houve mudança da pena para a conduta de cobrar mais do quanto devido, que antes era o dobro ou o tresdobro das custas e, com o CC de 16, passou a ser, como estudado, o equivalente ao quanto se exigiu.

3.5 ESTUDO DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

É assim o texto do art. 940 do CC de 2002:

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Percebe-se, em relação ao quanto analisado no capítulo anterior, que o texto do art. 940 do CC/02 é praticamente idêntico ao do art. 1.531 do CC/16, já que a única mudança no texto é a alteração da parte final do dispositivo que trata da prescrição.

Assim, ao art. 940, remete-se a tudo o quanto foi falado em relação ao art. 1.531 do

CC/16.

Embora a prescrição não seja o foco desta pesquisa, deve-se observar que, com efeito, o texto anterior, quanto a esse tema, era bastante confuso, ora falando em prescrição, ora em decadência, o que foi resolvido de maneira expressa pelo legislador no art. 940 do CC/2002.

Em relação ao arrependimento eficaz, outra mudança do novo código atrelado à cobrança indevida é o art. 941 do CC, com o acréscimo, em relação ao seu correspondente de 1.916, art. 1.532, da ressalva de que deverá haver indenização por perdas e danos, mesmo que o autor desista da ação antes de contestada a lide e, por isso, não seja aplicada a pena.

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

Essa nova redação pode indicar que o dispositivo tem *natureza jurídica diversa da responsabilidade civil*, haja vista que há separação das consequências do arrependimento eficaz em relação à pena descrita no art. 940 e de prejuízos indenizáveis. Quer-se dizer: *uma vez que o art. 940 é uma pena civil, cabe também o pedido de indenização. Ora, se fosse uma indenização, não caberia outro pedido de indenização, daí concluir-se que se trata de uma pena.*

3.6 LEIS NÃO CIVIS ANÁLOGAS

A seguir, destaca-se três outros dispositivos legais que trazem penalidade análoga ao do art. 940. São eles o art. 42 do CDC, o art. 28, § 3º da Lei nº 10.931/2004 e o art. 467 da CLT.

Em relação ao primeiro, necessário se faz tecer mais considerações, porquanto, como dito na introdução, houve a guinada de jurisprudência que pode ser aplicada analogamente ao art. 940.

Quanto aos demais dispositivos, far-se-á apenas observações pontuais, de forma que constarão nesse trabalho apenas como indicação de sua semelhança ao art. 940.

A primeira análise será sobre o art. 42, do CDC, o qual reza:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Ao contrário do quanto foi estudo em relação ao art. 940, o art. 42 deixa claro que a pena que incidirá sobre a cobrança indevida é relativa ao que foi *pago em excesso*. Ou seja, é necessário primeiramente um *pagamento*, requisito presente apenas na primeira conduta do art. 940 (“demandar por dívida já paga, no todo ou em parte”), mas ausente na segunda conduta (“pedir mais do que for devido”), vez que requer *apenas a cobrança*. Ou seja, aqui, se exige o *dano*, enquanto o *dano* não é exigido para aquela conduta do art. 940.

Além disso, devemos ressaltar que a base de cálculo do dobro é o *excesso* pago. Vimos que na primeira conduta do art. 940 (“demandar por dívida já paga, no todo ou em parte”), o efeito é “pagar o devedor o dobro do valor cobrado”. Já quanto à segunda conduta (“pedir mais do que for devido”), o efeito é “pagar ao devedor o equivalente do quanto se lhe exigir”. Ou seja, no art. 940 não se cogita de dobro do *excesso* pago, mas dobro do *valor cobrado*, ao passo que, repita-se, no art. 42, fica claro que o dobro é sobre o valor cobrado *em excesso*.

Num outro passo, observa-se o §3º do art. 28 da Lei nº 10.931/2004:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 3º O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Ressalta-se que, aqui fica também claro que se trata de pena, vez que expressamente se fala em possibilidade de cumulação com pedido indenizatório, conforme mencionado nos comentários ao art. 1531.

Outra nota, é análoga ao quanto observado no capítulo acima relativo ao art. 42 do CDC, visto que a base de cálculo do dobro é expressamente o valor “cobrado a maior”.

Agora, destaca-se o conteúdo textual do art. 467 da CLT:

Art. 467. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

Aqui, embora o multiplicador seja um meio, a analogia com o art. 940 do CC vem por se tratar de uma espécie de retenção de salário indevida. Seria interessante, em outra ocasião, debruçar sobre o instituto a fim de entender sua natureza de pena e seu histórico, bem como os princípios incidentes a fim de traçar uma melhor relação entre eles.

4. PRINCÍPIOS INCIDENTES

Embora não seja o escopo deste trabalho, o estudo concentrado da incidência dos princípios nas relações das quais podem incorrer a cobrança indevida, como visto acima, as normas dos dispositivos do art. 940 e art. 941 do CC são restritas às condutas relacionadas aos direitos das obrigações, mas, detidamente, em relações tuteladas por contrato. Assim, nos interessa contextualizar e sistematizar o estudo dos princípios que incidem sobre as obrigações, o que, certamente, nos auxiliará na concatenação das ideias que se seguirão nos demais capítulos.

A seguir, analisa-se o desenvolvimento histórico dos princípios da *pacta sunt servanda*, da liberdade contratual, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da autonomia da vontade, o que nos assistirá a enxergar os *contornos* desses princípios e que nos parece ser suficiente para satisfazer os sopesamentos considerando o recorte delineado para este trabalho, o qual é a cobrança indevida.

Neste capítulo, se fará uma análise sistemática entre esses princípios, com foco especial na *vontade*.

Para iniciar os estudos, convém definir o conceito de negócio jurídico que é: a convergência das vontades das partes para um fim comum.

O contrato é o mais conhecido e utilizado negócio jurídico. Washington de Barros Monteiro assim o conceitua: “o acordo de *vontades* que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”¹³³.

Caio Mario da Silva Pereira bem define o negócio jurídico e o contrato:

Ao tratarmos do negócio jurídico (nº 82, vol. I), vimos que sua noção primária assenta na ideia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede

¹³³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual.) **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p.19.

unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral (nº 85, vol. I). Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se ajustam, num dado momento. Aqui é que se situa a noção estrita de contrato (grifamos).

Ressalta-se que o conceito de contrato, entretantes, segundo Enzo Roppo, é tão antigo que se confunde até mesmo com a própria sociedade e sua organização econômica:

Parece lícito pensar que, enquanto sempre existiram operações económicas (actos materiais de transferência de riqueza), os contratos, no sentido em que estamos habituados a entendê-los, como categoria lógica e instrumento da sua formalização jurídica, são, ao invés, matéria de aquisição mais recente. Parece, de facto, remontar a tempos «históricos» o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações económicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da colectividade numa palavra, submetê-las ao direito. E ‘contrato’ é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressivas “capturadas” operações económicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenómenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos, até então subtraídos tal como as operações económicas ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num “espaço vazio de direito”¹³⁴.

Por isso, deve evoluir conforme o desenvolvimento delas:

O contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social e que está inserido.
(...)

Se confrontarmos as funções assumidas pelo contrato na antiguidade ou na idade média, vale dizer, no âmbito dos sistemas económicos arcaicos, ou de um modo geral pouco evoluídos (aqueles que poderiam considerar-se os caracterizados pelo modo de produção «antigo», baseado no trabalho escravo e pelo modo de produção feudal, por sua vez caracterizado por vínculos de natureza «pessoal» entre produtores e detentores da riqueza fundiária, pelo trabalho artesanal independente, por uma nítida tendência para o auto-consumo e, portanto, pelo baixo volume de trocas), com as funções que o contrato assume no quadro de uma formação económico-social caracterizada por um alto grau de desenvolvimento das forças

¹³⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15-16.

produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas (tal como é a formação económico-social capitalista, especialmente após a revolução industrial dos princípios do séc. XIX), constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efectiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual: ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de molde a fazer do contrato um mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema económico.¹³⁵

Hoje, tanto ao leigo quanto ao estudioso do direito, falar em vontade ou em contratos pode trazer alguma confusão. Isso porque a quase totalidade dos contratos que se firma, principalmente para os bens mais importantes da vida moderna em sociedade, têm a vontade mitigada, ao menos para uma das partes. Mitigada, porque pouco ou quase nada pode a vontade do contratante nele influir.

Sobre a minoria dos contratos paritários, diz Cláudia Lima Marques:

Na concepção tradicional de contrato a relação contratual, obra dos parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominamos de contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e como tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente entre dois particulares (consumidores), mais raramente entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível económico¹³⁶.

Para entender esse fenômeno, observa-se a evolução da influência da vontade para a contratação ao longo da história.

4.1 A LIBERDADE CONTRATUAL NA IDADE MÉDIA

Claudio Luiz Bueno de Godoy¹³⁷, destaca que, na idade média feudal, já no fim do império romano, o homem comum buscava proteção física das guerras e da situação barbárica instalada no continente, refugiando-se em cidades muradas, denominadas feudos.

¹³⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 26-27.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

¹³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-41.

Imperava, nos feudos, o seu respectivo senhor feudal. Esses eram os dois polos dos contratos que se formava, na economia feudal. Os habitantes queriam *proteção* e, em troca, desenvolviam uma *relação de servidão* com o senhor feudal. A relação de servidão envolvia o trabalho dos servos e seus próprios bens, *sem qualquer limitação*. Até mesmo pescar ou colher frutos, v.g., era proibido, necessitando-se o servo de uma autorização do senhor feudal para qualquer atividade econômica que fosse realizar no feudo. A falta de limitação do poder do senhor feudal nessa relação se vê com o famigerado costume, de que a pessoa que contraia núpcias era obrigada a ceder a primeira noite de casada ao senhor feudal¹³⁸.

Vale a citação da acepção de Rousseau acerca da vontade, que se aplica nesse momento que se encontrava a sociedade: “Ceder à força constitui um ato de necessidade, não de vontade; é no máximo um ato de prudência”¹³⁹ e do Estado, que também mescla conceitos de vontade e contratação:

A passagem do estado natural ao estado civil produziu no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta a justiça ao instinto, e imprimindo às suas ações a moralidade que anteriormente lhes faltava. Foi somente então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico, e o direito ao apetite, fizeram com que o homem, que até esse momento só tinha olhado para si mesmo, se visse forçado a agir por outros princípios e consultar a razão antes de ouvir seus pendores. Embora se prive, nesse estado, de diversas vantagens recebidas da Natureza, ganha outras tão grandes, suas faculdades se exercitam e desenvolvem, suas idéias se estendem, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos desta nova condição, não o degradassem com freqüência a uma condição inferior àquela de que saiu, deveria abençoar incessantemente o ditoso momento em que foi dali desarraigado para sempre, o qual transformou um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem.¹⁴⁰

Era o “Estado” que limitava a autonomia privada.

E a riqueza estava na propriedade, que garantia a segurança e os demais direitos dos homens.

¹³⁸ RUIZ, Jefferson Lee de Souza. O direito do mais forte. **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 41, p. 313-318, 2018, p. 31.

¹³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Rido Castigat de Mores, 1762, cap. III.

¹⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Rido Castigat de Mores, 1762, cap. IV.

4.2 A LIBERDADE CONTRATUAL NO ESTADO LIBERAL

Com o desenvolvimento do tempo e da sociedade, uma classe emergiu, a burguesia, e, quando sua força se tornou inegável, uma série de princípios surgiram para legitimar sua ascensão e a conseqüente tomada dos meios de poder, cujo maior símbolo, como vimos, era a propriedade de terras.

Conforme ensina Enzo Roppo:

Simplificando um fenómeno histórico caracterizado por elementos de grande complexidade, pode bem dizer-se que entre 1789 e 1791 desenrolou-se em França um processo - essencial nas perspectivas de desenvolvimento de uma economia capitalista - de 'libertação' e mobilização da propriedade fundiária (então o mais importante dos recursos económicos, e neste sentido a propriedade *tout court*): um processo relativamente ao qual o contrato, ou melhor a disciplina do contrato vasada no código, desempenhou um papel de grande relevo¹⁴¹.

Os princípios, tecidos pelo iluminismo, que deram força à burguesia se concentraram na tríade da Revolução Francesa liberdade, igualdade e fraternidade.

A propriedade de terras, direito basilar da ordem jurídica e social do regime feudal transformou-se completamente para embasar a ordem jurídica e social do regime seguinte, o liberalismo. No feudalismo a propriedade limitava o potencial económico de exploração dos recursos naturais, exploração que o liberalismo queria aproveitar ao máximo, “daí, justamente, a necessidade de libertar a propriedade dos solos destes pesos de origem feudal que impediam o seu uso capitalista e economicamente progressivo”¹⁴², sendo o *contrato* o instrumento eleito, para dar vãsão aos princípios legitimadores da tomada do poder pelo estado liberal, este catalisado pelo o princípio da autonomia da vontade.

Para evidenciar o valor individualista e liberal que o código napoleônico tinha, Silvio Venosa distingue que este, por privilegiar os interesses da burguesia, bastava a *vontade* para a aquisição da propriedade:

No sistema francês, historicamente justificado, o contrato é um mero instrumento para se chegar à propriedade. O indivíduo, ao contrário do

¹⁴¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, 2009, p. 44.

¹⁴² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, 2009, p. 44.

antigo regime, podia então ter plena autonomia de contratar e plena possibilidade de ser proprietário. O contrato é colocado como um meio de circulação de riquezas, antes a mão apenas de uma classe privilegiada¹⁴³.

Citando Orlando Gomes, Silvio Venosa destaca que “No século XIX, a disciplina do contrato concentrava-se na manifestação de vontades, no exame dos vícios do consentimento. O que importava era verificar se o consentimento era livre”¹⁴⁴.

Era a autonomia privada que passou a limitar o Estado.

A riqueza passou a ser a possibilidade de contratar livremente.

4.3 A LIBERDADE DE CONTRATAR COM O ADVENTO DA INDÚSTRIA

Uma das causas principais da revolução francesa, símbolo da firmação do sistema liberal, foi a invenção da imprensa por Gutemberg. Esse mecanismo possibilitou o acesso ao conhecimento e o desenvolvimento da chamada revolução científica. Esta, por sua vez, culminou na Revolução Industrial¹⁴⁵.

Como observa José Luiz Gavião de Almeida, a revolução industrial provocou transformações profundas em toda a sociedade. Até mesmo a família, que ocupava a posição de destaque na sociedade e economia, por ser a unidade de produção por excelência até então, tornou-se “apenas um núcleo de consumo. A industrialização, especialmente, faz com que quase tudo seja conseguido fora do lar”¹⁴⁶.

A indústria trouxe a passagem da sociedade produtiva para a consumerista. A maior facilidade de adquirir necessitava também de um novo instrumento que trouxesse a mesma redução de custos e de tempo e refletisse o acesso massificado aos bens de consumo. Surgia o contrato de adesão.

Sobre o contrato de adesão, define Washington de Barros Monteiro:

¹⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 384-385.

¹⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 391.

¹⁴⁵ RODOLPHO, Adriane Luisa. Uma história social do conhecimento: de Gutemberg a Diderot. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v.22, n. 10, p.349-354, 2004.

¹⁴⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito civil: família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 6.

Contratos de adesão — No tipo tradicional de contrato, as partes discutem ampla e livremente suas cláusulas, aceitando-as ou não. Existe, porém, outra categoria contratual, em que não ocorre tal liberdade, devido à preponderância de um dos contratantes, que, por assim dizer, impõe ao outro sua vontade. Compreendem essa categoria os chamados contratos de adesão.¹⁴⁷

A riqueza passou a ser a acumulação de bens.

A autonomia privada começou a ser cerceada pela autonomia da vontade.

4.4 A LIBERDADE DE CONTRATAR NOS CONTRATOS COMUTATIVOS

Antes de incursionarmos no estudo do contrato de adesão, que nos auxiliará a vislumbrar melhor a diferença entre autonomia privada e autonomia de vontade, vejamos, primeiramente, a aceção mais vulgarmente aceita por contrato, o contrato classificado como “comutativo”:

Comutativo é o contrato em que cada uma das partes, além de receber da outra prestação equivalente à sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência. É o caso da compra e venda, em que se equivalem geralmente as prestações dos dois contratantes, que bem podem aferir, *ab initio*, a equivalência. Os contratos comutativos apresentam grandes semelhanças com os contratos bilaterais.¹⁴⁸

Outra classificação do contrato que devemos ora expor é o contrato dito “bilateral”:

É da essência desses contratos a reciprocidade das prestações; o compromisso assumido por uma das partes encontra sua exata correspondência no compromisso da outra; esses compromissos são correlativos e intimamente ligados entre si; cada um dos contratantes se obriga a executar, porque outro tanto lhe promete o segundo contratante. O sacrifício de um é contrabalanceado pela vantagem advinda de outro.¹⁴⁹

É nessa espécie de contrato (comutativo e bilateral) que mais fica visível a autonomia

¹⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 50.

¹⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 48.

¹⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 42.

da vontade. As partes, em situação de igualdade econômica e técnica, estipulam e negociam livremente as cláusulas e consequências contratuais. É dilatada a fase pré-contratual e é possível distinguir as diversas fases da formação do contrato: a manifestação da vontade, a proposta e a aceitação. Há *equilíbrio contratual*.

4.5 A LIBERDADE CONTRATUAL E A LIBERDADE DE CONTRATAR

Prosseguindo, necessário se faz distinguir dois termos que podem parecer iguais, mas tratam de duas acepções diferentes: a “liberdade contratual” e a “liberdade de contratar”.

A liberdade de contratar é a liberdade de dizer sim ou não para o contrato ofertado. É a liberdade de contratar com quem se quiser, contanto que a outra parte também queira ou seja obrigada a querer. Traduz-se na liberdade prevista pelo art. 5º, *caput* e incisos VI, XVII, XLI, LIV da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

A liberdade contratual, por sua vez, é a possibilidade de interferir nas cláusulas do contrato, em como e de que forma o contrato se dará, segundo o ensinamento de Flávio Tartuce sobre a proposta de Álvaro Villaça de Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo, que distinguem essas duas noções:

Acatando as sugestões formuladas por Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, professores da Universidade de São Paulo, propõe-se mudança no texto, que passaria a ter a seguinte redação: ‘A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato’. Vejamos então os dois erros e as razões de suas reparações: 1) Substituição da expressão liberdade de contratar por liberdade contratual. Na presente obra já se demonstrou as diferenças entre os dois institutos, ficando clara a razão da proposta de alteração. A liberdade de contratar, relacionada com a celebração do contato, é, em regra, ilimitada, pois a pessoa celebra o contrato quando quiser e com quem quiser, salvo raríssimas exceções. Por outra via, a liberdade contratual, relacionada com o conteúdo negocial, é que está limitada pela função social do contrato, ou seja, pela finalidade coletiva do contrato. Assim sendo, justifica-se plenamente a proposta de alteração¹⁵⁰.

A liberdade de contratar é gênero e a liberdade contratual é espécie, ou seja, para que haja liberdade contratual, é necessário que haja liberdade de contratar, mas não necessariamente para haver liberdade de contratar deve haver liberdade contratual.

4.6 A LIBERDADE DE CONTRATAR NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Hoje os seguintes produtos e serviços são oferecidos por meio de contratos de adesão: serviços de comunicação, lazer, segurança, educação, saúde, seguro, crédito; compra e venda de imóveis em construção, carros novos; serviço de empresas públicas de saneamento básico, água, energia elétrica, transporte, correios, dentre outros. Enfim, os contratos em massa.

A reação imediata que nos surge sobre os contratos de adesão é a de indagar se nessa espécie de negócio há mesmo contrato ou não, visto que na maioria dos casos há prevalência total apenas da vontade de uma parte. Washington de Barros Monteiro reponde que “a lei não exige prévia negociação ou confabulação entre as partes; ela não impõe o livre debate ou regateio das cláusulas contratuais” e que “contenta-se [a lei] com o simples consenso”, ademais “a igualdade econômica e a igualdade verbal não são condições para a validade dos contratos; basta a igualdade jurídica”¹⁵¹. O eminente professor identifica até mesmo que “ela [a lei] não reclama perfeito acordo de vontades, no sentido comum da palavra”.

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 616.

¹⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 50.

Enfim, há ou não contrato sem “perfeito acordo de vontades”? Há ou não contrato quando não há “liberdade contratual”, mas há “liberdade de contratar”?

A confusão pode ocorrer se não distinguirmos duas situações contratuais. A primeira é aquela em que os contratantes têm a mesma força (econômica, financeira, social etc.). A segunda, quando há disparidade de força negocial e técnica muito grande.

4.7 A LIBERDADE CONTRATUAL E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO

Esse desequilíbrio (assimetria) que delineamos permite ao contratante mais forte, que redige unilateralmente o contrato de adesão, a imposição das cláusulas contratuais, restando, portanto, à parte mais fraca, apenas a liberdade de contratar (dizer sim ou não), mas não a liberdade contratual.

É verdade que na grande maioria das vezes, interessa às partes, tanto à mais forte, quanto à mais fraca, que o contrato seja cumprido – o que, de fato, é o que ocorre – e, outrossim, que haja uma situação de ganho para ambos. Contudo, nem sempre é assim.

Despido da liberdade contratual, nessa lógica de tudo ou nada, como fica a situação do contratante mais fraco quando lhes são impostas cláusulas que vão completamente em contrariedade com seus interesses e que foi obrigado a aceitar, seja porque não haveria outro modo de obter o serviço ou produto, seja porque a oferta lhe pareceu muito interessante e não lhe foi dada possibilidade de negociação?

Bem identifica essa situação Claudia Lima Marques:

O fenômeno da elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas dos contratos, possibilita aos empresários direcionar o conteúdo de suas futuras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes convém. As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes - ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora. Não é raro, portanto, que contratos de massa contenham cláusulas que garantam vantagens unilaterais para o fornecedor que as elaborou, diminuindo os seus deveres em relação ao consumidor, exonerando-o de

responsabilidades, diminuindo assim seus riscos e minimalizando os custos de uma futura lide. Assim, por exemplo, as cláusulas referentes às obrigações do fornecedor em caso de inadimplemento total ou parcial terão como objetivo, geralmente, limitar ao máximo estas obrigações, limitar a responsabilidade contratual do fornecedor, transferi-la a terceiros ou fixar sancionamentos indevidos para o caso de rescisão por parte do consumidor.¹⁵²

Essas características causaram na doutrina o que foi chamado de “crise do contrato”, que, em verdade, foi a crise da autonomia da vontade¹⁵³.

Perguntamo-nos o quanto essa crise, gerada pela abissal desproporção de poder concentrada em um dos polos contratuais não promove o sentimento de injustiça o qual se quer combater com o paradigma punitivo e preventivo da responsabilidade civil.

De outro lado, não devemos esquecer que, apesar dessa característica de desequilíbrio contratual, a diminuição da autonomia da vontade propiciou um aumento sem igual na história dos contratos, os quais, na sociedade de consumo proliferaram-se não só em número, possibilitando acesso massivo da sociedade a bens e serviços, mas em tipos de contrato, como os de leasing, franchising, factoring etc., o que, como observa Cláudia Lima Marques, demonstra “a maleabilidade e a fecundidade deste instrumento jurídico”¹⁵⁴.

Embora tenha ocorrido a decadência da vontade no direito privado, o direito aperfeiçoou outros princípios e instrumentos para garantir a isonomia e justiça nas relações, como os princípios da boa-fé objetiva, da função social e um arcabouço legal dirigido a esses contratos, tais como 423 do CC e tantas outras normas do CDC, como o art. 54 e, em especial, o art. 51, que faz o controle da previsão de cláusulas abusivas.

O que se quer dizer é que o combate a ilícitos e inequidade decorrentes da evolução do contrato, que hoje tem o princípio da autonomia da vontade mitigada, não pode se concentrar apenas na punição e na prevenção, sem antes considerar que essas formas contratuais promovem maior acesso a bens e serviços à sociedade – ou seja, a mudança não

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 160

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

¹⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

foi apenas nociva – e que há outros meios de controle e fomento de justiça e equidade nas relações contratuais, que envolvem um grau de intervencionismo estatal na esfera privada contratual tão grande e eficaz como uma punição civil.

Diga-se: a preocupação deve estar voltada ao desenvolvimento de normas e instrumentos específicos para o combate de inequidades nas relações contratuais, o olhar deve se refratar apenas da punição, uma bala de prata capaz de corrigir e prevenir todos os ilícitos. Há que se considerar também a concentração do apontamento de responsabilidade e, conseqüentemente, de expectativa sobre o poder judiciário (o aplicador da pena civil). O poder legislativo deveria ser igualmente estimulado e incitado a desenvolver normas mais eficazes não só para o cuidado dessas relações privadas, mas também para promover o crescimento, fiscalização e responsabilidade dos órgãos regulatórios, do Poder Executivo e outros instrumentos disponíveis da sociedade.

Isto tudo considerado, podemos vislumbrar o quão foi oportuno o movimento chamado “constitucionalização do direito civil”, que desenvolveu, no direito privado, os princípios da solidariedade, da boa-fé objetiva, bem como a substituição, por evolução, do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada.

4.8 A LIBERDADE CONTRATUAL EM SITUAÇÕES DE DISPARIDADE DE FORÇAS

O contrato que mais se encaixa no ideário é o que Santiago Dantas conceituou como aquele que tem “um período preliminar, durante o qual, as duas partes se consultam, se ajustam, a respeito das minúcias da operação”¹⁵⁵.

Nesse enfoque, desenvolve Sílvio Venosa sobre o contrato comutativo:

A ideia de um contrato absolutamente paritário é aquela ínsita ao direito privado. Duas pessoas, ao tratarem de um objeto a ser contratado, discutem todas as cláusulas minudentemente, propõem e contrapropõem a respeito de preço, prazo, condições, formas de pagamento etc., até chegarem ao momento culminante, que é a conclusão do contrato. Nesse tipo de contrato, sobreleva-se a autonomia da vontade: quem vende ou compra; aluga ou toma alugado; empresta ou toma emprestado está em igualdade de

¹⁵⁵ DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 168.

condições para impor sua vontade nesta ou naquela cláusula, transigindo num ou noutro ponto da relação contratual para atingir o fim desejado.¹⁵⁶

Prossegue Venosa aferindo que esse tipo de contrato não desapareceu, mas que subsiste em apenas “parcela muito pequena do mundo negocial”, como, por exemplo, no contrato de quem adquire o cavalo do vizinho; o automóvel usado anunciado pelo atual proprietário no jornal; uma peça de antiguidade exposta por um colecionador; ou quem contrata os serviços de alimentação de uma quituteira que trabalha autonomamente; do mágico que anima festas infantis etc¹⁵⁷.

De fato, muito raramente, na atualidade, há paridade de forças que possibilita a liberdade contratual, que, por sua vez, permite o contrato comutativo. Não se contrata mais com pessoa física, mas, na sua esmagadora maioria, com empresas ou com o próprio Estado. Os contratos mais essenciais da vida contemporânea são feitos por meio do contrato de adesão.

Entretanto, é verdade também que o ideal da igualdade de forças em toda a sociedade nunca foi atingido, tampouco no passado¹⁵⁸.

Claudia Lima Marques¹⁵⁹ nos lembra que a sociedade liberal e industrial necessitou de um instrumento mais rápido e que possibilitasse as negociações com a facilidade e descomplicação que o modelo consumerista trouxe para a aquisição de bens e serviços. O contrato bilateral comutativo tem uma fase pré-negocial *muito estendida*, daí a adoção do contrato de adesão pela sociedade, que possibilitasse maior *dinamicidade* dos negócios que a sociedade clamava.

No entanto, há quem defenda que haja permanente coação no contrato de adesão e não vontade, principalmente quando há monopólio¹⁶⁰.

Com efeito, a disparidade de forças fica evidenciada quando há monopólio e nem todo monopólio é o ilícito combatido pelo direito econômico (cartelização, concorrência

¹⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 582-583.

¹⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 582-583.

¹⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 384.

¹⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

¹⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

desleal, v.g.). O Estado bem percebeu que a prestação de alguns de seus serviços (até mesmos os essenciais) seriam mais bem produzidos pelas empresas privadas, permitindo-se a prestação dos serviços por meio de contratos de adesão, com elaboração puramente unilateral. Silvio Venosa bem aponta a transformação da sociedade:

A sociedade contemporânea, doutro lado, é imediatista e consumista. Os bens e serviços são adquiridos para serem prontamente utilizados e consumidos. Rareiam os bens duráveis. As coisas tornam-se descartáveis. A economia de massa é levada pela mídia dos meios de comunicação. O que tem valor hoje não terá amanhã e vice-versa. ... O Estado, não sem custo em nosso País, percebe que bens e serviços devem ser atribuídos a empresa. O Estado-empresário sempre se mostrou um péssimo gerenciador¹⁶¹.

Quem tem mais acesso, quem consegue contratar melhor (em quantidade e qualidade) tem maior possibilidade de negociar do que aquele que contrata pouco ou os produtos mais básicos, sem especialização ou custo. A superioridade econômica dá maior liberdade contratual. Interessante apontamento de Claudia Lima Marques sobre a desigualdade de poder de contratação entre quem tem potencial econômico e quem não tem:

Alguns comparam essa predisposição de texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados ('lawmaking power') – pode este que legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da "lex privada" e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir à vontade manifestada pelo outro contratante de poder paralelo para fazer leis e regulamentos privados". Assim, na mesma sociedade, frente a um prestador de serviços, no "primeiro mundo" as pessoas têm margem de alterar a "lei privada" (contrato) que lhes é imposta, negociando melhores condições, mas pagando o mesmo. Enquanto que para o "segundo mundo" cabe-lhes apenas aceitar a "lei privada" imposta pelo prestador de serviços¹⁶².

Podemos observar a falta da liberdade contratual também em situações em que o bem ou o serviço é essencial e urgente, ou quando todos os prestadores de determinado serviço dispõem de contratos de adesão semelhantes, não sendo possível falar, portanto, em viabilidade de escolha entre eles para o aderente. Melhor que qualquer paráfrase, leia-se o texto de Marques:

¹⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 384.

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 73

(...) ou porque o consumidor necessita do bem ou serviço oferecido. Esta última hipótese pode acontecer quando o serviço oferecido é daqueles, imprescindíveis à vida moderna (fornecimento de água, luz etc.), quando o fornecedor se encontra em posição de monopólio, ou quando todos os fornecedores oferecem praticamente as mesmas condições contratuais (por exemplo, transporte aéreo), quando o serviço ou produto desejado, no momento só é prestado por aquele fornecedor (por exemplo, determinado espetáculo, filme ou produto em determinada faixa de preço). Note-se que mesmo se o consumidor, um jovem advogado, por exemplo, tiver plena consciência do abuso de determinadas cláusulas do contrato de locação residencial, referentes ao pagamento da taxa de cadastro no valor de um aluguel, ao pagamento das reformas e reparações no apartamento, o que poderá ele fazer? Raramente a administradora modificará as cláusulas do ajuste, preferindo então locar para outro dos muitos candidatos perdendo o consumidor a chance de viver naquele agradável bairro da cidade, em apartamento do tamanho e do preço que desejava. Assim, ponderando bem os interesses envolvidos e não querendo ficar privado do bem, o consumidor se submete e adere à vontade poderosa do fornecedor de bens. A desigualdade entre os contratantes é flagrante¹⁶³.

4.9 A LIBERDADE CONTRATUAL NA “PÓS-MODERNIDADE” E NOS CONTRATOS “CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO”

A doutrina tem conceituado a “pós-modernidade” como um conjunto de características que podem ser observadas em nossa sociedade atual¹⁶⁴: globalização, facilidade de conhecimento de outras culturas, legislações e princípios possibilitada pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, de locomoção e, sobretudo, pela internet. Possibilidade de se identificar com essas culturas e normas, ainda que não se tenha convivido diretamente com elas; desconfiança ou oposição quanto às técnicas consagradas e ciências positivadas; aceitação de multiplicidade de culturas; a volta ao tribal¹⁶⁵; duplo sentido das

¹⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 162.

¹⁶⁴ Mais sobre as características da pós-modernidade conferir em: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, jan./dez. 2013, p. 221-242; O'MALLEY, Pat. Policing, Politics and Postmodernity. **Social & Legal Studies**, London, v. 6, n. 3, p. 363-382, 1997; BALLESTEROS, Jesus. Postmodernity and Third Millennium. **Revista Persona y Derecho**, Navarra, v. 43, p. 15-32, 2000.

¹⁶⁵ Volta ao tribal no sentido de que apesar do fenômeno da globalização e de a internet possibilitar o conhecimento de outras culturas de modo facilitado, o respeito às diferenças e a valorização do “nosso” em relação ao “deles” cria uma cultura de enaltecimento dos próprios valores, como a música, maneira de se vestir etc.

coisas¹⁶⁶; abundância de proteção legislativa e, principalmente, conforme identifica Claudia Lima Marques a “*substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo*”¹⁶⁷.

A doutrinadora reconhece que, para essa acumulação de serviços, a sociedade se utiliza de um novo instrumento contratual, o qual denomina “contratos cativos de longa duração”. São contratos com muitas páginas, as quais, muitas vezes, o consumidor sequer lê¹⁶⁸, formatado para serem desumanizados:

Um contrato “desumanizado”, e que beira a autossuficiência do declarado e é “construído” de forma unilateral e prévia no site eletrônico ou na máquina colocada em um corredor de escola, autossuficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo. Daí a importância de estudarmos os contratos do comércio eletrônico e a desmaterialização dos contratos. Na atual sociedade de consumo, todos esses fenômenos devem ser levados conta.” (...) com “o uso de máquinas, da televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos em silêncio ou sem diálogo, por coisa, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não perenes e virtuais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atas, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques¹⁶⁹.

Neles, há autorização Estatal, que os controla “por conselhos profissionais” sendo, porém, todos “prestados por um grupo reduzido de fornecedores, únicos que possuem o poder econômico, o know-how, a autorização ou a concessão estatal para oferecê-los no mercado”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Com a facilitação do conhecimento de novas culturas e a valorização dos mesmos princípios para diversas situações, a pulverização da aplicação de normas culturais a diversas condutas traz uma conclusão sobre o que é certo errado, feio ou belo. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 20-26; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

¹⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

¹⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.

¹⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 74-75.

¹⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108-109.

São contratos cujos objetos prestacionais são envolvidos por publicidade massiva e agressiva¹⁷¹, tão fortemente veiculada que traz o chamado “poder da necessidade” e a “sedução das novas necessidades” e que “vinculam o consumidor de tal forma que ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este *cliente cativo daquele fornecedor*”, “tomando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual”¹⁷².

Essa *dependência* criada pelo marketing e pela falta de prestadores que proporcionam os serviços de outra forma (para não se dizer que os prestadores fornecem os serviços com as mesmas vicissitudes), criam verdadeiros “*relacionamentos duradouros*”, com relação contratual que se renova constantemente.

Os exemplos principais desses contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartões de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados (como os exercidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias), os serviços de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão e computador, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone por entres públicos ou privados¹⁷³.

Nesse sentido: “Hoje o contrato é o instrumento de circulação das riquezas da sociedade, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”¹⁷⁴.

A riqueza passou a ser a acumulação de serviços.

A autonomia da vontade do mais forte passou a limitar a autonomia privada do mais fraco.

¹⁷¹ Observamos na televisão, nos computadores, em folhetos esses serviços sendo mostrados como “estilo de vida”, como “premium”, como sinônimo de felicidade familiar e individual, como aquisição de um status mais elevado.

¹⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

¹⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

¹⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

4.10 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Foi depois da Segunda Guerra Mundial, quando foram escancarados os massacres e atos hediondos cometidos baseados e justificados pela própria lei positivada, as teorias de aplicação dos princípios como forma de limitação da criação e da interpretação de normas contrárias a eles foram mais potentemente desenvolvidas, o que culminou na promulgação mundial da Declaração dos Direitos Humanos. Sobre a influência da Segunda Guerra Mundial no direito:

Com o término da Segunda Guerra, a sociedade mundial como um todo se tornou insegura a respeito da norma positivista a regular as suas relações em sociedade, pois, como falado nos capítulos anteriores, em nome da lei, o direito foi utilizado para a realização de inúmeras barbáries e atrocidades¹⁷⁵.

Esse desenvolvimento de princípios, notadamente dos direitos humanos, desencadeou os movimentos constitucionalistas, como o nosso, que deu origem à atual Constituição Federal de 1988, os quais privilegiaram os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, entre outros, como fundamentos primordiais da sociedade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁷⁵ PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p. 264-291, nov. 2016, p. 279.

Muito se discutiu acerca da natureza jurídica e aplicabilidade desse texto que positivou esses poderosos princípios abstratos, contudo é o próprio art. 5º da Constituição Federal que diz: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (grifamos).

Essas positivações de garantias fundamentais não poderiam deixar de influenciar também as relações civis e o Código Civil.

Nesse sentido, o magistério de Carlos Alberto Bittar:

Era necessário que o nosso legislador retomasse e definitivamente a ideia da edificação de nova codificação civil, fazendo-o à luz das diretrizes expostas na Carta de 1988, adequando-se, assim, toda a ordenação jurídica da vida privada a seus cânones (Código e leis especiais). Nessa tarefa, inúmeros reflexos estão se fazendo sentir no Código Civil, desde a inclusão dos direitos da personalidade em seu frontispício (arts. 11 a 21) à redução do limite da menoridade (art. 5.9); à reforma do Direito de Família (arts. 1.511 e ss.); à inserção de elementos morais no âmbito das relações obrigacionais (art. 186); à previsão de mecanismos de intervenção estatal em contratos privados (arts. 157 e 478 a 480); à consagração legislativa do princípio da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), com a teoria da responsabilidade nas atividades perigosas e outras tantas orientações de vulto, modificando, sensivelmente, o alcance dos institutos do direito privado, como adiante definiremos.¹⁷⁶

4.11 DA DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A percepção da evolução e progresso da incidência e efetividade dos princípios positivados consagrados na Constituição Federal pode ser complementada pelo movimento que a doutrina denomina de descodificação, a qual foi a compreensão do legislador da impossibilidade de se prever, nos textos normativos, todas as situações que tivessem importância social suficiente para serem legisladas, o que, inevitavelmente, faria transbordar de artigos os códigos ou provocar um sem número de legislações extravagantes:

Procedia-se à votação de leis mais curtas, mais especializadas, de mais fácil manuseio. Começava a ocorrer, também no Brasil, o que Antunes Varela proclamava como a “fuga dos Códigos”, tendendo a afirmar-se o direito

¹⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

civil em uma “legislação avulsa”. O eminente civilista sustentava, em 1984, a tese de se “descodificar o direito civil”. Com efeito, parecia mais racional, mais lógico e mais prático fragmentar o direito civil em atenção à maior proximidade das matérias: Código de Família e Sucessões; Código de Obrigações e Contratos; Código das Sociedades; Código da Propriedade e dos Direitos Reais; Código de Condomínio e das Incorporações; Código de Proteção e Defesa ao Consumidor; Código Aeronáutico; Código das Minas; Código das Águas; Código da Propriedade Industrial. Com estes exemplos e mais outras técnicas legislativas, com o nome de “código” ou simplesmente de “leis especiais”, marchava-se no rumo de dinamizar a aplicação legislativa e, sobretudo, realizar a sua atualização, pois que é muito mais fácil reformar uma “lei avulsa” do que promover a elaboração de um novo Código Civil. Não foi esta, porém, a opção do legislador brasileiro.¹⁷⁷

Com efeito, se, no passado, a sociedade movia-se em ritmo cujas relações jurídicas podiam ser previstas individualmente, em razão da velocidade que as relações foram tomando na modernidade, fez-se necessária a adoção de um processo legislativo mais rápido, com dispositivos legais que pudessem abranger amplos fenômenos sociais¹⁷⁸.

Foi nesse panorama que foram inseridas as cláusulas abertas na nossa atual codificação civil, cujo protagonismo, hoje, é desempenhado pelo princípio da boa-fé objetiva, como observa Miguel Reale:

Daí a orientação assumida pelos autores do Anteprojeto do Código Civil, sistematizado e publicado em 1972, o qual, devidamente revisto culminou no Projeto de 1975, enviado ao Congresso Nacional, nele já apresentada a eticidade, cuja raiz é a boa-fé, como um dos princípios diretores que o distinguem do individualismo do Código revogado de 1916.

O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes¹⁷⁹.

¹⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 90.

¹⁷⁸ MORATO, A. C. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 98, p. 95-120, 2003, p. 108-109.

¹⁷⁹ REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil: história do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. I. p. 241. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

4.12 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE PELO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A liberdade não pode ser absoluta. Nunca o foi. Ainda quando imperava o princípio da autonomia da vontade na sociedade, já havia o limite da lei e da supremacia da ordem pública, como ensina Washington de Barros Monteiro:

A regra nos contratos, insista-se, é a autonomia da vontade dos estipulantes e que deve ser sempre respeitada, não obstante as restrições que lhes foram impostas. Essa autonomia, efetivamente, não é absoluta; no direito público, ela já foi proscrita, sendo substituída pela lei, como fonte de direito. Os próprios civilistas, como adverte Waline, estão com a sua fé muito abalada na autonomia da vontade e, descontentes, não sabem o que introduzir no seu lugar. O natural limite, que fixa o campo da atividade individual, é estabelecido pelo segundo princípio, da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derogados pelas partes ¹⁸⁰.

A crescente disparidade de forças entre as partes na contratação gerou uma reação no sistema do direito, que desenvolveu instrumentos para que o império da autonomia da vontade fosse rivalizado, a fim de trazer maior equidade e *equilíbrio contratual*.

A “mão invisível” não autorregulou o mercado completamente. Ao revés, mãos invisíveis manipularam a economia para que forças maiores que o interesse da sociedade fossem assentadas. Se, antes, contratar era fazer leis entre particulares, agora, sabidamente, essas mesmas mãos influem no processo tanto das contratações como também da positivação de normas. O que ocorre, então, quando a própria lei é contrária aos princípios mais caros à sociedade¹⁸¹?

¹⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

¹⁸¹ Sobre essa hipótese de leis irem contra os princípios basilares dos seres humanos, já no século XIII pensava São Tomás de Aquino: “Ora, as leis se consideram justas: pelo fim, i. é, quando se ordenam para o bem comum; pelo autor, i. é, quando a lei feita não excede o poder do seu autor; e pela forma, i. é, quando, por igualdade proporcional, impõe ônus aos governados, em ordem ao bem comum. Ora, como cada homem e parte da multidão, cada um é da multidão por aquilo mesmo que é e que tem; assim como qualquer parte, por aquilo mesmo que a constitui, pertence ao todo; por isso, se a natureza faz sofrer à parte algum detrimento, é para salvar o todo. E assim sendo, as leis, que impõem tais ônus proporcionais, são justas, obrigam no foro da consciência e são leis legais. Por outro lado, as leis injustas podem sê-lo de dois modos. — Por contrariedade com o bem humano, de modo oposto às razões que as tornam justas, antes enumeradas. Pelo fim, como quando um chefe impõe leis onerosas aos súbditos, não pertinentes à utilidade pública, mas antes, à cobiça ou à glória

O desenvolvimento dos princípios constitucionais e sua incidência em todo o conjunto normativo implicou a positivação deles no próprio Código Civil, escancarando a necessidade de se *limitar* o princípio da liberdade de contratar. Agora, taxativamente, incidem-se outros princípios de igual ou maior importância nas relações contratuais. Segundo o próprio texto do CC de 2002, a “liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (art. 421) e “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422), não podendo, outrossim, “nenhuma convenção prevalecer[á] se contrariar preceitos de ordem pública” (art. 2.035, parágrafo único).

Outro princípio que foi sobrelevado pela codificação de 2002 foi o da *solidariedade*, numa clara demonstração do legislador da subversão da lógica *individual patrimonialista* do pretérito código de 1916, colocando como princípio maior a *dignidade da pessoa humana*. Nas palavras de Miguel Reale:

Daí a orientação assumida pelos autores do Anteprojeto do Código Civil, sistematizado e publicado em 1972, o qual, devidamente revisto culminou no Projeto de 1975, enviado ao Congresso Nacional, nele já apresentada a eticidade, cuja raiz é a boa-fé, como um dos princípios diretores que o distinguem do individualismo do Código revogado de 1916¹⁸².

Como consequência da evolução dessa mitigação do princípio da autonomia da vontade, por outros princípios, alguns autores sequer enumeram a “autonomia da vontade” como princípio civil, substituindo-o pelo termo “autonomia privada”. Vejamos a lição de Flávio Tartuce:

Importante reconhecer que, na prática, predominam os contratos de adesão, ou contratos standard, padronizados, como prefere o doutrinador italiano (Império dos Contratos-Modelo ou Estandarização Contratual). Do ponto de vista prático e da realidade, essa é a principal razão pela qual se pode

próprias deles; ou também pelo autor, quando impõe leis que ultrapassam o poder que lhe foi cometido; ou ainda pela forma, p. ex., quando impõe desigualmente ônus à multidão, mesmo que se ordenem para o bem comum. E estas são, antes, violências, que leis, pois, como diz Agostinho, não se considera lei o que não for justo. Por onde, tais leis não obrigam no foro da consciência, salvo talvez para evitar escândalo ou perturbações, por causa do que o homem deve ceder mesmo do seu direito, segundo a Escritura: E se qualquer te obrigar a ir carregando mil passos, vai com ele ainda mais outros. AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**, parte II, questão 96, art. 4, solução.

¹⁸² REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil: história do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. I. p. 241. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 23 nov. 2022. Conferir: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (org.). **Direito Civil Constitucional**. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2016, p. 2.

afirmar que a autonomia da vontade não é mais princípio contratual. Ora, a vontade tem agora um papel secundário, resumindo-se, muitas vezes, a um sim ou não, como resposta a uma proposta de contratação (*take it or leave it*, segundo afirmam os americanos, ou seja, é pegar ou largar). Em reforço, diante dessa realidade negocial, não se pode dizer, às cegas, que os contratos fazem lei entre as partes, como era comum outrora¹⁸³.

O vocábulo “privada” deriva de “direito privado”, que se refere ao *conjunto* de normas que regulam a vida privada em sociedade. Trata-se de opção política desses doutrinadores¹⁸⁴, tomada para ressaltar a *mitigação* do termo “vontade”, palavra símbolo do sistema liberal (desenvolvidos pelos ideais do *laissez faire*, *laissez passaire*, *laissez contracter*), substituindo-o para “privado”.

Assim é conceituado o princípio da autonomia privada:

Conceitua-se o princípio da autonomia privada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autor regulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais (grifamos).¹⁸⁵

4.13 DAS CLÁUSULAS GERAIS

Seguindo-se a influência da Declaração dos Direitos Humanos e da descodificação, a doutrina desenvolveu as chamadas “cláusulas abertas” ou “cláusulas gerais”, que, segundo Judith Martins-Costa:

Estas janelas, bem denominadas por Irti de 'concetti di collegamento', com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de 'standards', arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos

¹⁸³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 614.

¹⁸⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 614.

e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados'. Por vezes - e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas -, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas¹⁸⁶.

Em outras palavras, tratam-se as cláusulas gerais de tecnologia jurídica que permite ao intérprete a produção de normas por meio de dispositivos jurídicos mais abrangentes e adaptativos à generalidade de casos que a sociedade contemporânea, cada vez mais dinâmica, requer. Generalidade esta não fixa em um exame casuístico, embora deva a valoração ser dirigida a um caso concreto, o é a uma gama mais extensa, dada à intrínseca elasticidade dos institutos que visam abarcar novas realidades e circunstâncias.

Permite Kelsen¹⁸⁷ (1998, p. 388), ao analisar a interpretação da norma, vislumbrar uma espécie de “moldura de quadro”, que seria a lei, a qual se constituiria como limite da autonomia da privada nos negócios jurídicos. Nesse sentido: “Desta válvula transparece um quadro bem delineado, no qual os indivíduos podem criar como melhor lhes aprouverem, mas sempre dentro de seus limites. O que estiver fora do quadro é inválido, ineficaz ou mesmo inexistente.”¹⁸⁸

Não à toa, o art. 421, que pela primeira vez previu a função social do contrato expressamente, veio com o código chamado “Realeano”. Miguel Reale concordava com Kelsen, mas ia adiante, pois enxergava, além dessa moldura da norma kelseniana, a

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro**: em busca da ‘ética da situação’. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118, citada por TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 51.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388

¹⁸⁸ SALVATORI, Carlos Eduardo D’Elia. **Incidência dos princípios da boa-fé e da função social conforme os planos do negócio jurídico**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 29.

valoração. As palavras de Miguel Reale:

Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, Kelsen responderia: ‘Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma’. Muito bem, eu preferi dizer: ‘não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, eu devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor’, Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque o Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. E, pela primeira vez, na introdução do livro Teoria do Direito e do Estado, disse aquilo que generosamente um dos maior¹⁸⁹.

É necessário, ao intérprete do texto da lei, normatizar e valorar o escrito positivado com os fatos e com o conhecimento jurídico desenvolvido pelo direito, pela sociologia, pela filosofia, ou qualquer outra ciência, como pressupostos lógicos, conforme prediz Miguel Reale:

O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente, ou por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. É o que com acume Aristóteles chamava de ‘diferença específica’, de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato, e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito¹⁹⁰.

Assim, os arts. 421 e 422 trazem em uma “janela aberta” na moldura da lei positivada. Um convite para o preenchimento, que deve se dar com os elementos apontados por Reale. Nas palavras de Anderson Schreiber:

Sob o ponto de vista de seu funcionamento, a noção de boa-fé objetiva esconde, sob a consagrada fórmula de sua tríplice função, 125 um necessário estímulo construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros

¹⁸⁹ REALE, Miguel. Linha evolutiva da teoria tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 301-312, 1993, p. 303.

¹⁹⁰ REALE, Miguel. Linha evolutiva da teoria tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 301-312, 1993, p. 305.

ou standards de comportamento que possam ser considerados exigíveis no tráfego social¹⁹¹.

4.13.1 Da função social

É nesse ambiente profícuo que floresce o princípio da função social, cláusula aberta, que impõe ao intérprete do contrato não somente o texto nele impresso, mas também a realidade social em que foi inserido. Forte na lição de Cláudio Godoy, Carlos Eduardo Salvatori resume a diferença entre princípios e cláusulas gerais:

A diferença entre as cláusulas gerais e os princípios, conforme a lição de C. GODOY, reside no fato de que aquelas são um mecanismo conferido ao juiz para que ele procure “a norma de decisão do caso concreto”, ao passo que os princípios, tendo força normativa autônoma, podem ou não estar insertos nas cláusulas gerais. Cf. *Função Social do Contrato – os Novos Princípios Contratuais*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 124-125. Assim, as cláusulas gerais são um modo de o legislador aumentar o elastério da norma, permitindo ao julgador uma maior liberdade na avaliação do caso concreto. Essa abertura da norma pode ou não estar associada a um princípio que, se estiver contido, como no caso dos arts. 421 (função social) e 422 (boa-fé), ambos do Código Civil de 2002, guiará o caminho a ser perseguido pelo intérprete¹⁹².

O fim do contrato deixa de ser o patrimônio e o interesse das partes isoladas e torna-se o homem e sua dignidade, como ser social. O princípio da função social é então uma janela aberta à incidência da solidariedade nos contratos¹⁹³.

Eduardo Tomasevicius Filho sugere que a dicotomia proposta por Antônio Junqueira de Azevedo¹⁹⁴ entre contrato existencial e contrato empresarial pôde ser identificada pela

¹⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

¹⁹² SALVATORI, Carlos Eduardo D’Elia. **Incidência dos princípios da boa-fé e da função social conforme os planos do negócio jurídico**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹⁹³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014, p. 57.

¹⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 123-124, citado por TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação

visível maior incidência dos princípios da boa-fé e da função social no primeiro tipo de contrato, que o destacaram do segundo e que, dentre outras aplicações, busca contestar e equilibrar as desigualdades contratuais que levantamos acima, notadamente nos existenciais, por exuberarem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pesem as dificuldades interpretativas que esse princípio vem enfrentando para consolidar-se e adquirir formas mais distinguíveis para sua melhor utilização¹⁹⁵, é possível observar o estabelecimento dos seguintes deveres que são gerados pelo princípio:

- (1) dever de respeitar a sua finalidade como meio de satisfação das necessidades das partes;
- (2) dever de não prejudicar terceiros com os efeitos produzidos pelo contrato;
- (3) dever de produzir vantagens à sociedade;
- (4) dever de terceiros respeitarem o contrato como instituição, abstendo-se de interferir em seus efeitos ou de concorrer para o seu inadimplemento.¹⁹⁶

4.13.2 Da boa-fé objetiva

E assim chegamos ao princípio da boa-fé objetiva, que aproveita tudo o quanto desenvolvido neste capítulo.

A boa-fé objetiva nos é importante principalmente em razão da virada de jurisprudência ocasionada pela fixação das teses no julgamento do EARESP 676.608, as quais, como dito no capítulo respectivo, pese versar sobre o art. 42 do CDC, podem vir a ser aproveitadas para a aplicação do art. 940 do CC, já que ambos os dispositivos tratam de cobranças indevidas. Delas, a que nos aproveita, prediz que a “restituição em dobro” é “cabível quando” a cobrança for “conduta contrária à boa-fé objetiva”.

da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014, p. 57.

¹⁹⁵ Sobre esse tema, conferir: KOSIOP, Roberto José Covaia; LIMA, José Edmilson de Souza. A compreensão autopoietica das limitações interpretativas da função social do contrato. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Curitiba, v. 2, p. 973-989, jul./dez. 2016, p. 973; KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016.

¹⁹⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014, p. 57.

Nesse passo, podemos pontuar adiantadamente que, no desenvolvimento deste trabalho, nos convencemos de que, embora o princípio da boa-fé objetiva incida nas relações que envolvem a cobrança indevida, haja vista ser princípio correlato a toda relação obrigacional, o raciocínio jurídico para a aplicação da pena do art. 940 prescinde de preenchimento ou raciocínio que o envolva, porquanto os efeitos desse artigo fogem do sistema da responsabilidade civil. Em nosso sentir, os efeitos que o ataque ao princípio da boa-fé objetiva pode trazer numa situação que envolva a cobrança indevida são paralelos aos daqueles previstos no art. 940, podem ocorrer concomitantemente, mas não enxergamos interdependência entre eles.

Cumpre-nos, portanto, traçar as linhas básicas da boa-fé objetiva, a fim de nos servir como pressuposto para nossas conclusões, não tendo este trabalho pretensão de esgotar o tema, seguindo-se, portanto, o recorte antes proposto.

É nesse mesmo aspecto que devemos salientar que daremos ênfase maior ao que normalmente é dado para a boa-fé subjetiva, quando fala-se de boa-fé objetiva no âmbito obrigacional (vez que esse instituto é mais estudado no direito das coisas¹⁹⁷ e que no direito das obrigações a vertente objetiva brilha com mais intensidade, chegando a ofuscar aquela), pois a Súmula 159 do STF, conforme acima estudado, apesar de falar em “Cobrança excessiva, mas de *boa-fé*, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”, tem sido interpretada pela necessidade de prova da má-fé.

Portanto, doravante, pontuaremos as observações da doutrina que dialogam com a Súmula 159 do STF e com a nova interpretação do STJ no julgamento do EARESP 676.808, tanto sobre a boa-fé objetiva, quanto à subjetiva.

Vejamos, primeiramente a definição do vocábulo “boa-fé”, que segundo o dicionário Michaelis:

1 Sinceridade ou pureza de intenções: “Não serei eu que chame a isto verdade ou mentira. Podem ser as duas cousas, uma vez que a verdade confine na ilusão, e a mentira na boa-fé” (JAI2).

2 Convicção de agir com justiça e lealdade.

¹⁹⁷ GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo; DE BRITO, Reginalda Paranhos. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 35.

3 JUR Estado de consciência de quem acredita que age com lisura e de acordo com a lei¹⁹⁸.

Chamou-nos a atenção a definição de número 3, dada por esse dicionário, que reduz o significado jurídico da boa-fé a sua acepção subjetiva, relacionada à consciência.

Com efeito, para o escopo, essa é a principal distinção que se deve fazer no estudo da boa-fé, qual seja, a diferença entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

4.13.2.1 Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

A boa-fé subjetiva é, segundo Judith Martins-Costa¹⁹⁹, “um estado de fato”, o “contrário de má-fé”. É “subjetiva”, porque compreendida como um “estado psicológico”, um “estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios; ou a convicção de estar agindo em bom direito”, ou “uma convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o direito, pois crê na legalidade da situação”, ou “uma condição psicológica” de “ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável”, ou uma “crença escusável na juridicidade ou na aparência de certa situação”.

Podemos ver a boa-fé subjetiva positivada no CC no art. 242, que trata de benfeitorias, no art. 286, que dispõe sobre a boa-fé subjetiva do cessionário na cessão de crédito, nos arts. 1.201, 1.202, 1.214, 1.217, 1.219, que tratam da posse de boa-fé, nos arts. 1.238, 1.242, que falam de usucapião, no art. 1255 e 1257, que regulamentam a acessão, dentre outros.

Trata-se, portanto, da boa-fé que a Súmula 159 do STF, acima estudada, se referia e, mais precisamente, à má-fé que os tribunais tem enxergado haver a necessidade de prova, ao interpretar a súmula.

¹⁹⁸ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/boa-fé/>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

Já a boa-fé objetiva “trata-se de cláusula geral de observância obrigatória, veiculadora de conceito jurídico indeterminado, a ser concretizada segundo as peculiaridades de cada caso”, “ela não se qualifica por um estado de consciência”, “não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas lhe impõe comportamentos objetivamente conforme aos parâmetros de cooperação, honestidade e lealdade dirigidos à promoção dos fins perseguidos na concreta relação obrigacional. O seu conteúdo consiste, portanto, em padrões de conduta...”²⁰⁰.

Seu formato de cláusula geral, “Permite vencer o formalismo inicial através da valoração. À sua luz se irá descobrir o critério de comportamento que a lei, dada a sua generalidade, não pôde materializar”²⁰¹, “um necessário estímulo à construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros ou *standards* de comportamentos que possam ser considerados exigíveis no tráfego social”²⁰².

Nos interessou inserir aqui as definições de “standard”, segundo o dicionário online de Cambridge²⁰³: “um nível de qualidade”; “Uma regra moral que deve ser obedecida”; “Um padrão ou um modelo que é usualmente aceito”; “o que é usual em vez de especial, especialmente quando considerado correto ou aceitável”; “o que é usual ou esperado, não envolvendo algo especial ou extra”; “algo que outros de um tipo similar são comparados para serem qualificados como, ou um nível de qualidade esperado”; “uma unidade *standard* de medida é um método aceito de medir coisas de tipo similar”; “uma bandeira usada como símbolo de uma pessoa, grupo, ou organização”; “um nível de qualidade que as pessoas esperam e geralmente aceitam como normal”; “uma regra oficial, unidade de medida, ou modo de operar que foi usado em uma área particular de manufatura ou serviços”; “o que é normal, ou comum”. Tradução livre, respectivamente de: “a level of quality”; “a moral rule that should be obeyed”; “a pattern or model that is generally accepted”; “usual rather than special, especially when thought of as being correct or acceptable”; “usual or expected; not involving something special or extra”; “something that others of a similar type are compared to or measured by, or the expected level of quality”; “A standard unit of measurement is an

²⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva; MULHOLLAND, Caitlin. **Instituições de direito civil: contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

²⁰¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 148-149.

²⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

²⁰³ CAMBRIDGE DICTIONARY. **Dictionary**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/standard>>. Acesso em: 29 out. 2022.

accepted method of measuring things of a similar type”; “a flag used as the symbol of a person, group, or organization”; “a level of quality that people expect and generally accept as normal”; “an official rule, unit of measurement, or way of operating that is used in a particular area of manufacturing or services”; “normal or average”

O princípio da boa-fé objetiva foi positivado no CC nos seguintes artigos:

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

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

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

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

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Desses, interessa-nos o aprofundamento do estudo dos arts. 113, 187 e 422, porquanto têm incidência mais abrangente, haja vista que os demais estão adstritos às especificidades a que os respectivos artigos se dirigem (seguro e condição resolutiva em negócios de execução continuada ou periódica).

O princípio assume uma tripla função, conforme anota Anderson Schreiber, forte na lição de Franz Wieacker:

(i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e, por fim, (iii) a função restritiva do exercício de direitos. A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, apud Franz Wieacker, *El principio general de la buena fe*, Madri: Civitas, 1982, p. 50²⁰⁴.

²⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

A primeira função, interpretativa, pode ser vista no art. 113 acima. A terceira, restritiva de direitos, pode ser observada no art. 187 e com as máximas *venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque* etc.²⁰⁵

Já em relação à segunda função, criadora de deveres anexos e de proteção, é melhor entendida se vislumbrada em dois grupos, conforme pudemos compreender da lição de Judith Martins-Costa²⁰⁶.

Os dois grupos se distinguem quando confrontados com a *prestação* do negócio jurídico. Com efeito, todo negócio jurídico envolve uma prestação e uma contraprestação. Por exemplo, num contrato de aluguel, o locador tem a *prestação* de ceder a posse do imóvel ao locatário, o qual deve efetuar a contraprestação que consiste no pagamento dos aluguéis.

Ainda quanto à *prestação*, é necessário segmentá-la em dois grupos, os deveres principais e os secundários. Os *principais* são os núcleos do negócio jurídico, que normalmente são um dar, fazer ou não-fazer. Assim, no caso da compra e venda, a prestação principal é a entrega do objeto; no aluguel, a entrega da posse do bem; na prestação de serviços, os serviços em si. Os *secundários*, por sua vez, são os deveres acessórios ligados à prestação principal, que têm o intuito de assegurar a perfeita realização. Por exemplo, na compra e venda de coisa móvel, o dever de acondicionar a coisa bem embalada para o transporte.

Já os *deveres anexos* ou *deveres instrumentais*, ou, ainda, deveres de colaboração são os deveres ligados à otimização da prestação principal. Têm a característica de qualidade da prestação, ou seja, não o “que” prestar, mas o “como” prestar. Nos deveres anexos a boa-fé objetiva é patente, pois esses deveres surgem diretamente dela, não dependem da vontade dos contratantes para que sejam exigidas na contratação. São os deveres de informação, de transparência e de lealdade.

Por fim, temos os *deveres de proteção*, também chamados de *deveres laterais*. Esses deveres não se voltam à prestação, como os deveres primários, secundários e os anexos, mas

²⁰⁵ LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p. 248–286, 2017, p. 264-266.

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

têm somente relação com a *proteção* das partes envolvidas. Ou seja, independentemente da realização ou não da prestação principal, as partes devem guardar o *dever de poupar a parte contrária da ocorrência de danos*. São os deveres ligados à preservação da integridade da esfera jurídica, dos bens pessoais ou patrimoniais da outra parte e não da integridade da prestação em si. A doutrinadora expõe o exemplo da pessoa que ingressa em supermercado para compra de mercadorias, mas escorrega em piso molhado que não tinha devida sinalização e quebra uma perna. Nesse caso, não houve inadimplemento de qualquer prestação, mas a parte responde pelos danos mesmo assim por não ter observado o dever de proteção. O dano não advém da mora, nem das consequências do acidente, mas da *falta da realização do dever de proteção*. No mesmo passo, haveria dano caso se contratasse um pintor para uma das paredes da sala e este invadisse a privacidade do cliente. O dano indenizável não viria da qualidade do serviço, mas da violação do dever de proteção da esfera jurídica (intimidade) da parte contrária.

Os demais exemplos por ela elencados são igualmente úteis, como o da contratação de serviço de consultoria financeira, em que falta informação relevante da situação registral de um imóvel. Trata-se de quebra do dever principal, porquanto essa informação faz parte do núcleo do serviço contratado, ainda que a informação normalmente seja ligada aos deveres anexos ou que a falta da informação tenha afetado o patrimônio do cliente. Outro bom exemplo é o da falta de informação na compra de substância medicamentosa que não poderia ser ingerida em jejum. Trata-se de falha no dever de proteção e não de dever anexo, pois a conduta não está ligada à qualidade da prestação, mas à evitação do dano da outra parte. A violação do dever anexo viria, v.g., quando da compra de um computador faltando o manual cuja leitura traria uma otimização na sua utilização, ou de um serviço médico em que o profissional poderia informar sobre o custo-benefício de alguns tratamentos.

4.13.2.2. Da interpretação e da superutilização e descaracterização sistêmica de palavras com teor abstrato

Como dito, não são apenas as cláusulas gerais que sofrem do preenchimento contrário à boa técnica jurídica, mas também toda palavra presente em texto normativo que tenha

algum caráter abstrato.

A abertura causada pela constitucionalização do direito civil e pela descodificação provocou uma superutilização de conceitos que, por sua vez, trouxe problemas de aplicação e consolidação de alguns institutos de maneira contrária às diversas sistematizações que se deram na evolução do direito.

É que a linguagem, para o direito, deve adquirir contextos mais técnicos, mais específicos, justamente para se evitar essa descaracterização de termos e de suas aplicações. Sobre esse assunto, discorre Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux:

A condição de cientificidade para o discurso jurídico exigiu maior formalização da linguagem para evitar a má compreensão e os equívocos na interpretação da lei. Não se trata de criar por capricho uma técnica ininteligível para o leigo, mas de permitir que o Direito cumpra a sua missão sem confundir-se com os problemas da linguagem ordinária.²⁰⁷

A fim de entendermos melhor os conceitos de interpretação e a polissemia, vejamos o seguinte excerto:

Podemos começar, parece-me, com uma característica bastante notável das línguas naturais, uma característica que exige um trabalho de interpretação no nível mais elementar e banal da conversação. Essa característica é a polissemia, ou seja, a característica pela qual nossas palavras têm mais de um significado quando consideradas fora de seu uso em um determinado contexto. [...] a polissemia das palavras evoca como contrapartida o papel seletivo dos contextos para que se determine o valor atual que as palavras assumem em uma mensagem determinada, endereçada por um falante definido para um ouvinte definido, em uma situação particular. A sensibilidade ao contexto é o complemento necessário e a contrapartida inelutável da polissemia. Mas o uso de contextos envolve, por sua vez, uma atividade de discernimento que é exercida na troca concreta de mensagens entre interlocutores, e que é modelada na interação entre pergunta e resposta. Essa atividade de discernimento é apropriadamente chamada de interpretação; consiste em reconhecer qual mensagem relativamente unívoca o falante construiu sobre a base polissêmica do léxico comum. Produzir um discurso relativamente unívoco com palavras polissêmicas e identificar essa intenção de univocidade na recepção de mensagens; tal é o primeiro e mais elementar trabalho de interpretação (grifamos)²⁰⁸.

²⁰⁷ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 11.

²⁰⁸ "It is therefore important to be precise about why hermeneutics legged relation to questions of language. We can begin, it seems to me, with a quite remarkable characteristic of natural languages, a characteristic which calls for a work of interpretation at the most elementary and banal level of conversation. This characteristic is polysemy, that is, the feature by which our words have more than one meaning when considered outside of their use in a determinate context. [...] What is important for the present discussion is that the polysemy of words

No direito, “as regras de interpretação jurídica procuram diminuir a ambiguidade, a vagueza, a carga emocional e subjetiva das palavras em busca de maior rigor da comunicação jurídica”²⁰⁹.

A hermenêutica jurídica especializa-se, com técnicas próprias, a fim de melhor interpretar os textos normativos e chegar-se o mais próximo possível da verdade material. O intérprete pode adotar a técnica literal, gramatical, lógica (*mens legis* ou razão da disposição), sistemática (exame do conjunto ordenado em que se insere), teleológica (finalidade da lei), de interpretação de momento histórico, dentre outras²¹⁰.

Destarte, as regras de interpretação jurídica procuram diminuir a ambiguidade, a vagueza, a carga emocional e subjetiva das palavras em busca de maior precisão da comunicação jurídica.²¹¹

Na evolução do direito, muitas foram as teorias que tentaram extrair uma interpretação *única* do texto normativo. Contudo, não há como escapar do afirmado por Kelsen, de que, de um texto legal, é possível retirar-se *diversas* interpretações: “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução sendo a única correta, mas possivelmente, várias soluções” (grifamos).

Ou seja, de um texto legal, é possível fazer a leitura de muitas interpretações, entretanto, dentre todas essas interpretações, *apenas uma prevalecerá*, porquanto, depois de identificar todas as possibilidades interpretativas, *uma* deverá inevitavelmente, pela sua razão, parecer ao intérprete a mais correta. Nas palavras de Hans Kelsen, “Quando o Direito

calls forth as its counterpart the selective role of contexts for determining the current value which words assume in a determinate message, addressed by a definite speaker to a hearer placed in a particular situation. Sensitivity to context is the necessary complement and ineluctable counterpart of polysemy. But the use of contexts involves, in turn, an activity of discernment which is exercised in the concrete exchange of messages between interlocutors, and which is modelled on the interplay of question and answer. This activity of discernment is properly called interpretation; it consists in recognizing which relatively univocal message the speaker has constructed on the polysemic basis of the common lexicon. To produce a relatively univocal discourse with polysemic words, and to identify this intention of univocity in the reception of messages: such is the first and most elementary work of interpretation”. RICOEUR, Paul; THOMPSON, John B. **Hermeneutics and the human sciences: essays on language, action and interpretation**. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 4.

²⁰⁹ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 5.

²¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34-42.

²¹¹ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 5

é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito (...)"²¹². Em outro trecho:

Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral²¹³".

O intérprete deve se utilizar de todo o arcabouço de conhecimento que lhe for possível para retirar a melhor interpretação do texto normativo que está a analisar.

Assim, se a interpretação está sendo feita, por exemplo, em meio a um processo judicial, o intérprete, que no caso pode ser um juiz, deve se utilizar de todos os argumentos que lhe foram apresentados. Esses argumentos podem ser em relação aos *fatos* que se está a julgar, sobre a *norma* que cabe aos fatos e sobre as *valorações* que lhe são sugeridas, tais como princípios, argumentos sociológicos, históricos, filosóficos etc. A tudo isso deve o intérprete, *utilizando-se de sua razão* , extrair a melhor das interpretações. Nesse sentido, Miguel Reale:

Em suma, o termo "tridimensional" só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera o correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana,

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 245.

²¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “praxis social”, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente²¹⁴.

Há limites bem definidos para que o hermenauta realize a normatização que se dá pela interpretação do texto legal tendo por base a hipótese fática, como pontua Karl Larenz:

O sistema de princípios que a ciência do Direito há de desenvolver não é, portanto, um sistema «móvel» no sentido de WILBURG, mas está «fixado», pelo menos numa extensa margem, pela regulação legal. Evidentemente que a extensão desta fixação é distinta; os princípios regulam, em qualquer caso, a interpretação e, sobretudo, a integração de lacunas.²¹⁵.

Observamos também que o espaço de interpretação não é infinito, porque, para o julgamento de um processo, por exemplo, ou para a elaboração de um artigo científico, de um livro de doutrina, um parecer jurídico etc., há um tempo razoável de duração para a oferta dos argumentos acerca de um tema, bem como um tempo razoável para o juiz, ou outro para leitor, lê-los e sopesá-los, utilizando-se também do conhecimento de fatos, valores e normas, que ele próprio carrega em si.

Ao final, a interpretação encontrará o limite no próprio direito, principalmente se o entendermos como um sistema autopoietico. O direito como sistema autopoietico, em curtíssimo resumo, é sistema formado por uma linguagem que processa mensagens de um ambiente (o exemplo mais palpável de ambiente do direito, é a sociedade). Para o processamento dessa mensagem que vem do ambiente, o sistema utiliza sua própria linguagem, decodificando a linguagem do ambiente para a linguagem do sistema. O sistema autopoietico se retroalimenta dessa linguagem decodificada que, dependendo de sua qualidade, pode ser absorvida ou não, aceita ou não, pelo sistema, recodificando-o. Algumas mensagens podem provocar mudanças na linguagem do sistema e o próprio sistema pode emanar uma mensagem que será retroalimentada por si mesmo. Por exemplo, a “jurisprudência” é um sistema autopoietico (“espécie”) contido pelo sistema “direito” (gênero-ambiente), um acórdão é uma mensagem que emana do sistema “jurisprudência” e, como informação, será aceita ou não pelo sistema “direito” (gênero-ambiente). A depender

²¹⁴ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

²¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 681-682.

de sua qualidade, essa decisão, retroalimentada pelo sistema “direito”, pode fazer com que a linguagem base desse sistema se modifique. Como exemplo, podemos vislumbrar a decisão da ADI 4.277, em que o STF reconheceu a união estável homoafetiva, o que trouxe modificações substanciais para o direito de família, para todo o Judiciário, atingindo até mesmo o sistema de cartórios extrajudiciais. São também sistemas autopoieticos que emitem mensagens captadas pelo sistema “direito” os sistemas “doutrina”, “política”, “universidade”, “mídia”, a própria “sociedade” seria um sistema autopoietico²¹⁶. Nesse sentido:

O sistema jurídico, enquanto autopoietico, é fechado, logo, demarca seu próprio limite, autor referencialmente, na complexidade própria do meio ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhes qualidade normativa (= validade), e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre esses elementos, acontecem. No processo evolucionário de diferenciação e reprodução do Direito a teorização sobre o sistema, isto é, sua estrutura cognitiva, é introduzida no sistema, conferindo-lhe a capacidade de auto-observar-se e, com isso, seu caráter autopoietico, pois é pela auto-observação que controla operações de autoprodução (...) O sistema jurídico como um todo, para a teoria de sistemas autopoieticos, é uma criação dos membros da sociedade em interação comunicativa. Os modelos jurídicos que permitem definir o que é um contrato ou uma sociedade comercial para o Direito se enraízam em uma percepção jurídica peculiar da realidade social, moldada, basicamente, pelos que se dedicam à produção de conhecimento sobre o Direito. A autonomia do Direito, portanto, resulta não apenas da auto-produção de suas normas, mas também da auto-constituição de figuras jurídico-dogmáticas, que permitam reformular, em termos especificamente jurídicos, a percepção de uma problemática extrajurídica (econômica, política, moral etc.)²¹⁷.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior melhor explica um outro viés dos limites da interpretação, com lúdica analogia de um jogo de futebol:

O direito é um jogo de igualdades e desigualdades. No correr do jogo, porém, as “jogadas” ou “atos de jogar” são decodificações, fortes ou fracas, que admitem variedades e composições nem sempre universalizáveis no tempo e no espaço. Por isso, se a justiça, em seu aspecto formal, exige igualdade proporcional e exclui a desigualdade desproporcional como

²¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Jurisprudência como fonte de direito na teoria de sistemas sociais autopoieticos. **Revista Brasileira De Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 20-30, jul./dez., 2014, p. 24-25.

²¹⁷ Veja-se, v.g., o item 42-A.1, das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais: “Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna”.

princípio estrutural sem o qual não há sentido no jogo jurídico, em seu aspecto material denuncia-se um campo de probabilidades e possibilidades que tomam a justiça o problema que dá também sentido ao jogo. Em suma, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente. Ao criar normas, interpretá-las, fazê-las cumprir, a justiça (em seu aspecto material) é o problema que deve ser enfrentado, como num jogo de futebol, em que o objetivo é atingir o gol. Como, porém, no futebol só há jogo se houver onze jogadores de cada lado, um campo conforme certas medidas, de certo tamanho, assim também a produção, a aplicação e a observância do direito estão delimitadas pelo princípio formal da igualdade proporcional a partir do qual o jogo se identifica como jurídico: a justiça formal não pertence ao jogo, mas é o limite do jogo. Se dentro desses limites, porém, o jogo é justo ou injusto, isto é problema da justiça material, de seus princípios éticos e de sua moralidade (material)²¹⁸.

É claro que o julgamento entre uma ou outra interpretação não será perfeito, mas pode apenas se aproximar mais ou menos da verdade material, porque os argumentos para a interpretação do texto normativo são finitos, tanto aqueles oferecidos por uma das partes, quanto os que podem ser recordados pelo intérprete (julgador); todos são limitados.

Cabe ao intérprete, no limite de sua razão, como também no limite das regras acadêmicas, ou no limite das regras editoriais ou do público leitor, ou, notadamente, no limite das regras do processo – que são justas, porque, embora limitem a instrução do intérprete, são comuns e, portanto, equânimes – realizar a melhor das valorações dos argumentos e extrair daí *norma*.

No caso do direito, a interpretação tende sempre a uma congruência, porquanto é inerente à ciência do direito a *calibração* e reajustamento dos termos, das técnicas e do sistema jurídico para que os textos legais se dirijam a uma *interpretação confluyente*. Por óbvio, nem sempre essa melhor interpretação pode ocorrer, mas o próprio sistema do direito em sua metalinguagem, releituras e retroalimentação²¹⁹, identificará que houve erro técnico na decisão, que será objeto de uma recalibração do sistema.

Nesse sentido o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

²¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 356.

²¹⁹ Sobre a recalibração ou retroalimentação do direito como um sistema. LIMA, Fernando Rister de Sousa; BÔAS FILHO, Orlando Villas. Por uma descrição da justiça em Luhmann. **Revista Direitos Culturais**, Santo Angelo, v. 14, n. 33, p. 251-275, mai./ago. 2019. p. 261-267.

Nesses termos, quando dizemos que o saber jurídico trabalha com normas jurídicas, é preciso reconhecer nelas um fenômeno complexo que a ciência dogmática do direito, num primeiro momento, recorta, reduz e simplifica, para poder dominá-las como objeto de conhecimento (dogmática analítica), para depois interpretá-las (dogmática hermenêutica) e aplicá-las (dogmática da decisão). Por essa razão, ao reduzir e simplificar o fenômeno normativo, a dogmática analítica, visando à congruência dos mecanismos estabilizadores nele contidos, cria uma espécie de ilusão funcional sobre a realidade fenomênica, imunizando seu próprio saber contra os fatos, em termos de, até certo ponto, poder atuar de modo indiferente em relação a eles: indiferença controlada. Daí a impressão - correta - de que o conhecimento dogmático-analítico distancia-se, por abstração, da realidade, passando a ver o direito - fenômeno social - como conjunto de normas, elas próprias concebidas como prescrições gerais e abstratas que, em seu conjunto, devem manifestar um sistema congruente e racional. A norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente. É isso que lhe permite fazer suas classificações, suas distinções, suas sistematizações. Contudo, para isso, ele precisa de uma linguagem própria, com conceitos operacionais que lhe dêem condições de realizar o recorte teórico da realidade²²⁰.

A “superutilização *técnica*” (diga-se: e não a “superutilização *atécnica*”) do termo *dano* fez com que se abrisse o desenvolvimento das “várias figuras do dano”²²¹ e também abriu espaço para a erosão dos filtros da responsabilidade civil, para a maior catalização dos atos civis. Em relação à erosão dos filtros, segundo a visão de Anderson Schreiber, para que se identificasse, se delineasse a responsabilidade civil, o direito criou filtros, que selecionassem os atos jurídicos a fim de que apenas aqueles atos que passassem nos filtros, se constituíssem atos ilícitos reparáveis. Assim, os elementos culpa, nexo de causalidade e dano seriam os filtros consagrados. Nesse pensamento, apenas os atos jurídicos que se caracterizassem como culposos e que causassem um dano, havendo nexo de causalidade poderiam ser abarcados pela responsabilidade civil. A demonstração da culpa (muito dificultosa) e do nexo de causalidade funcionavam mais ainda como filtros, “óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional”. Na visão dele, na evolução da responsabilidade civil, esses filtros foram

²²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 114.

²²¹ OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas de; TOLEDO, Renata Maria Silveira. Novos danos da responsabilidade civil no direito brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 90, n. 1, p. 199-216, jun. 2018.

erodindo-se, ou seja, com o desenvolvimento da reponsabilidade objetiva, mitigar-se-ia a utilização dos filtros culpa e nexos de causalidade para a caracterização do ato indenizável pela responsabilidade civil²²².

²²² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

5. A “DESSISTEMATIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL

Como dito, a função social e a boa-fé objetiva, positivadas nos arts. 421 e 422, são janelas abertas, constituem-se como uma porosidade na moldura da lei, que permite um alargamento para que outras normas, valores e fatos sejam ainda mais incluídos na interpretação. Trazem mais poros na moldura, antes rígida, mas agora, pela positivação das cláusulas abertas, mais maleável e absorvente, para facilitar o influxo de “preenchimentos normativos”. São um convite, um abrir de portas para o exercício de enriquecimento da hermenêutica jurídica, para a axiomatização, por meio de preenchimento, da norma com os fatos e com construtos de ciências que podem complementar o direito. Nesse sentido Otávio Rodrigues Júnior.

Mais que isso, há margem de discricionariedade para o aplicador do direito no positivismo. Trata-se da famosa “moldura”, dentro da qual o aplicador do direito dispõe de margens de escolha para exercer sua atividade. A “moldura” decorre da aceitação de que existem “casos de indeterminação”, intencionais ou não, no escalão normativo inferior: ‘sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente’. Se o positivismo corresponderia a uma amarra ao juiz, a leitura dessa passagem desmente os críticos de Hans Kelsen. Não há maiores contradições entre as posições de Hans Kelsen. Não há maiores contradições entre as posições de Hans Kelsen. e os vários dos argumentos utilizados para criticar o Direito Civil, suas leis e o modo clássico de sua aplicação. Em certa medida, tudo se resolveria de acordo com os esquemas da indeterminação e da moldura, presentes na Teoria Pura do Direito. O problema, como se percebe, não está em se imputar ao Direito Civil e à tradição de civil law o caráter positivista de seus fundamentos²²³.

Malgrado se constitua, deveras, um avanço inegável na tecnologia jurídica, percebe-se que essa inovação (já vinte anos positivada) está longe de se ver aperfeiçoada, ao contrário, o que nos causa preocupação é que vem causando uma quebra na sistematização do direito.

Vimos que o princípio da dignidade da pessoa humana deve, com efeito, ser

²²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 18-19.

valorizado, não só no plano do “dever ser”, mas também no plano ontológico, o que vale outrossim para os princípios da função social e da boa-fé objetiva. “Construir soluções justas sem descuidar da boa técnica não é tarefa simples ... A dificuldade da tarefa é proporcional à sua importância”²²⁴. No entanto, o afã de vê-los utilizados, não pode distorcer a lógica jurídica.

Ver-se-á, adiante, que a confusão na aplicação do art. 940 está completamente envolvida nesse processo de “dessistematização”.

5.1 DO PREENCHIMENTO ATÉCNICO

Não faz sentido o intérprete utilizar-se da função social, da boa-fé objetiva ou de outra cláusula aberta, justificando-a com a utilização apenas e tão somente do vocábulo função social, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, ou qualquer outro princípio ou cláusula aberta. É necessário *concretizar* o princípio que, por definição é abstrato, e seria ilógico trazer concretude utilizando-se apenas dos mesmos princípios, sem delineá-los. Agir assim, seria como abrir uma janela em meio a uma janela já existente. A concretização, o preenchimento deve ser dar com a tríade realiana “fato, valor e norma”.

É nesse sentido a crítica de Otávio Luiz Rodrigues Junior:

Experimentam-se, nesse cenário, situações de desagradável sincretismo metodológico, importação e apropriação inadequadas de conceitos e de categorias, tudo em nome de argumentações grandiloquentes, que, muitas vezes, escondem falácias, jogos de palavras ou vazios de fundamentação.²²⁵

Ainda, acrescenta que:

Existem também tentativas de superar o modelo civilista clássico pela captura do conteúdo axiológico, em geral, do valor Justiça, por predefinições do que seja adequado socialmente ou conforme ao interesse coletivo, ao bem-comum ou à dignidade da pessoa humana. Há uma

²²⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A função social do contrato no Superior Tribunal de Justiça 10 anos depois. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS Res Severa Verum Gaudium**, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 1, p. 4-29, 2019, p. 23.

²²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 45

miríade de expressões que cabem nessa ideia, sujeita a variantes, mas que encerra, na prática, três objetivos (não necessariamente concomitantes): a) a justiça distributiva; b) a proteção das minorias; c) a quebra de tradições religiosas ou morais no campo dos costumes e da organização das famílias ou da autodeterminação. Os argumentos seguem quase sempre a lógica de buscar em elementos extra normativos o fator de correção de opções legislativas ou de reformar o modo como a magistratura interpreta determinados dispositivos legais. (...) O direito posto, na espécie, o Direito Civil, seria retrógrado, ultrapassado, desconforme aos valores constitucionais, à dignidade humana e, por via de consequência, não ampararia os direitos dos hipossuficientes, de gênero ou das minorias²²⁶.

Nessa senda leia-se o art. 489 do CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

Em outras palavras, a sentença deve realizar a “integração normativa de fatos, segundo valores”²²⁷, para que seja válida, mesmo porque é por meio desse “preenchimento” que eventual defesa contra decisões judiciais ilógicas ou injustas serão feitas, não realizar o “preenchimento” é retirar o direito de examiná-las, porquanto, sem ele, o que temos são argumentos tautológicos.

De tudo quanto visto neste capítulo, o que podemos esperar é que toda a comunidade jurídica, legislativo, judiciário, advogados, partes do processo, doutrina, jurisprudência etc., frutifique de argumentos, axiomas, teorias, questionamentos o solo fértil que constituem as cláusulas abertas. Nesse sentido a doutrina de Anderson Schreiber:

Sob o ponto de vista de seu funcionamento, a noção de boa-fé objetiva esconde, sob a consagrada fórmula de sua tríplice função, um necessário estímulo à construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros ou standards de comportamento que possam ser considerados exigíveis no tráfego social. A copiosa referência a deveres anexos, expressão cuja riqueza de conteúdo abrange, por exemplo, deveres de informação, de sigilo, de colaboração, toma-se ineficaz, na prática, se desprovida de parâmetros razoavelmente aceitos que permitam estabelecer a extensão destes deveres. Em outras palavras, a grande dificuldade não está em

²²⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 51.

²²⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 304.

reconhecer que há dever de informação por força da boa-fé objetiva, mas em especificar o seu conteúdo em relações concretas, tarefa a que a jurisprudência de todo o mundo se entregou com afinco, e para a qual a doutrina melhor contribuiu na análise de determinados “tipos” de conflito que propriamente na defesa apaixonada da necessidade de informar²²⁸.

Entrementes, em nossa pesquisa o que verificamos é que esse preenchimento atécnico não está adstrito às cláusulas abertas, mas percebemos isso em todo texto normativo ou termo presente em normas, que carreguem qualquer abstração, como por exemplo os institutos do “dano moral”, “pena”, “responsabilidade civil”, “precaução” etc.

5.2 O DIREITO CIVIL COMO SISTEMA

É por isso que a comunicação entre os sistemas autopoieticos deve ser sempre estimulada. Voltando à teoria sistêmica do direito de Luhmann, um diálogo efetivo e cada vez mais constante entre os sistemas do direito, qual sejam, os sistemas “doutrina”, “jurisprudência” e “tribunais” trabalham as ideias polissêmicas e refinam as informações, especializando-as conforme os seus próprios códigos informativos. Nesse passo, é necessário que palavras polissêmicas sejam mais e mais retroalimentadas por esses sistemas autopoieticos para maior eficiência. Isso porque a superutilização de termos chave sem a devida apuração técnica, quando retroalimentadas pode causar uma mudança no sistema prejudicial a ele próprio. Em nosso sentir, palavras como “pena”, “sanção”, “boa-fe”²²⁹, “dignidade” e “dano” são “informações” que necessitam ser apuradas pela retroalimentação e que, conforme nossa exposição, estão causando mudanças em sentido diverso da evolução da técnica desses conceitos jurídicos. Nesse sentido, um exemplo:

Outra questão relevante é a existência de conceitos próximos que não se enquadram no conceito de “sanção”. Tais formulações criam uma confusão terminológica e acabam transpondo da linguagem ordinária uma carga valorativa negativa. Por exemplo: o pagamento de tributo não é uma

²²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

²²⁹ Em que pese sua grandiosa importância vê-se hoje um uso exacerbado, um uso despido de fundamentos e metodologia. Arrisca-se a dizer que a boa-fé se tornou parte, quase que obrigatória, de discursos retóricos e vazios. MAIA, Livia Barboza. Boa-fé objetiva e abuso do direito nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2015. In: VALVERDE, Aline de Miranda (org.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

sanção, porque não resulta de uma infração, ainda que na linguagem ordinária muitos identifiquem o tributo com a punição (a multa tem caráter punitivo, o tributo não²³⁰).

Sobre a superutilização da boa-fé objetiva, muitas vezes desprovida de conteúdo jurídico concreto:

Tal superutilização deriva, em grande medida, do fato de a boa-fé objetiva ter sido incorporada ao direito brasileiro em sede consumerista, onde a multiplicidade de instrumentos dirigidos à proteção da parte mais vulnerável na relação de consumo explica o uso meramente simbólico do instituto pelos tribunais, sem necessidade de especificação técnica do seu conteúdo²³¹.

Judith Martins-Costa também discorre sobre a utilização da boa-fé:

Presentemente o risco está na diluição de significados decorrente da hiperinvocação da boa-fé como espécie de princípio *passé-partout* que a tudo embala na mesma genérica etiqueta, trazendo-o, no mais das vezes, de cambulhada com outros conceitos vagos, como «função social do contrato», «dignidade da pessoa humana», «razoabilidade», «equidade», «equilíbrio contratual», «socialidade». Cabe, portanto, distinguir funcionalmente entre as espécies componentes (suas «figuras parcelares»), e, bem assim, entre esse instituto e outros princípios e institutos que povoam o Ordenamento, sendo a técnica das *distinctiones* (análise, comparação, estabelecimento de relações, separação, agrupamento, classificação) tão antiga quanto inafastável instrumento para o pensamento jurídico²³².

Escudado em Antonio Junqueira, Bruno L. C. Carrá expõe o cerne de nossa pesquisa:

Com argumentos semelhantes ou algumas vezes idênticos aos aqui alinhavados, Junqueira aclara a impossibilidade de se confundirem as sanções da Responsabilidade Civil com as sanções de índole penal, sejam elas criminais propriamente ditas, sejam de índole administrativa, como ocorre na Lei nº 8.429/92. Por tratarem de âmbitos distintos, embora empregando as mesmas expressões idiomáticas, gera-se o tumulto interpretativo. A coerência sistemática, passível de ser obtida pela análise das diferentes funções dos direitos de cunho punitivo e da Responsabilidade

²³⁰ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 74.

²³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124.

²³² MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. In: Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

Civil é, nesse contexto, a única ferramenta hermenêutica capaz de revelar a natureza das coisas. (A separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal²³³).

Outro viés que devemos tratar quanto às relações jurídicas que envolvem o art. 940 do CC, também tem cunho obrigacional, no entanto está no âmbito extracontratual. Segundo Álvaro Villaça Azevedo a responsabilidade civil é “a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo” de obrigação de norma pública ou norma particular (o contrato faz lei entre as partes), “ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem²³⁴”.

Embora se possa falar em responsabilidade por não observância de norma pública (o próprio art. 940 do CC) como de norma particular (relação contratual entre as partes), ao longo de nossa pesquisa dos institutos ligados a esse texto legal, sua característica de pena foi tomando maior forma, o que fazia com que sua colocação junto ao sistema da responsabilidade civil fosse se tornando cada vez mais fora de lugar.

Malgrado as condutas ligadas ao suporte fático do artigo cumpram com muitos dos requisitos que a atual teoria da responsabilização civil exige (tais como haver a presença do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade, que aliás, muitas das penas carregam), principalmente a questão ligada aos valores *excedentes* ao eventual dano, cujos efeitos desse dispositivo podem ocasionar (isso sem sequer considerar que nem o dano ao patrimônio é necessário para que a conduta se encaixe no suporte fático, vez que, como vimos anteriormente, a mera cobrança indevida sem qualquer pagamento indevido basta para desencadear os efeitos da norma) fez com que fosse necessário nos debruçarmos sobre o estudo da separação entre responsabilização civil e da responsabilização penal, em busca de melhor entender a natureza do art. 940.

²³³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 193-194.

²³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista: Antônio Junqueira de Azevedo. RTDC: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, 2008, p. 243-244.

Foi na análise da pena privada e do histórico evolutivo da responsabilidade civil, que envolve sua separação da responsabilidade penal, que encontramos uma resposta minimamente idônea.

De fato, o caráter penal do art. 940 deveria destoar ainda mais da consolidada sistemática estabelecida para a teoria da responsabilidade civil, no entanto, atribuímos essa aparente normalidade à recente onda, seja na jurisprudência, seja na doutrina, de empenho em sobrelevar o *caráter punitivo dos efeitos da responsabilidade civil*. Não nos parece que o dispositivo tenha mesmo lugar junto ao “título IX” do CC, que recebe a denominação “Da Responsabilidade Civil”, muito menos deveria ser junto ao “capítulo I” do título mencionado, porquanto intitulado “da obrigação de indenizar”, haja vista seu caráter penal produzir inexoravelmente efeitos que suplantam qualquer indenização²³⁵.

Em um ponto, a palavra responsabilidade é plurívoca, aquele que age conforme descreve o artigo, deve ser responsabilizado pelo ordenamento e, como o artigo está no Código Civil, poderia mesmo ser o caso de chamar essa responsabilização de “responsabilidade civil”, mas, como vimos acima, a “responsabilidade civil” é termo técnico que foi especificado pela ciência do direito e, aplicá-lo sem respeitar a sistematização apurada ao longo da sua evolução histórica seria retirar a lógica e a técnica de seus institutos.

Ainda sobre a localização desse dispositivo, discorreu acima, que provavelmente sua localização é um resquício dos códigos anteriores, haja vista que esse dispositivo é presente desde as Ordenações Filipinas, conjunto de normas que não separavam sistematicamente o ilícito civil do penal ou do processual.

É dificultoso o delineamento da separação da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, principalmente porque o atual CC, mesmo após toda evolução do direito civil dispõe ainda, em nossa humilde opinião, de textos normativos penais. Sobre essa dificuldade, expõe Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux que:

Inexiste um conceito específico de pena privada na teoria geral do direito civil, pois as referências a ela são tão divergentes e contraditórias, que, na maioria das vezes, ela é apresentada como uma função da responsabilidade civil. De outro lado, a tradição jurídica consagra o predomínio da função repressiva do direito e a história do pensamento jurídico mostra que a

²³⁵ Pois, se não fossem maiores que o dano, seriam apenas indenização e não punição.

sanção se identifica quase que exclusivamente com a sua dimensão negativa, isto é a pena.²³⁶

Esse gradiente enevoadado, que é a separação das duas responsabilidades, é, ao nosso ver, uma das explicações da dificuldade da valoração do dano moral pelos julgadores. O reconhecimento do dano moral, muitas vezes, é confundido como uma punição a atos ilícitos contra direitos da personalidade, quem assim pensa utiliza a condenação à indenização como punição, a qual poderia prevenir outros atos ilícitos e, a fim de limitar o alcance dessa pena, utiliza o princípio do enriquecimento sem causa como estrema. Uma singela pesquisa no sistema de busca de jurisprudência do TJSP informou a ocorrência de 17.792 ementas com os parâmetros “danos morais” e “enriquecimento sem causa”. Por todos, a seguinte ementa:

INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. DEVOLUÇÃO DE VALORES E DANOS MORAIS – pretensão fundada na efetivação de empréstimo consignado no benefício previdenciário do autor que ele não reconhece – ação procedente em parte para declarar a inexigibilidade do empréstimo e condenar o requerido a restituir de forma simples os valores cobrados – apelo do autor insistindo na restituição em dobro e nos danos morais, insurgindo-se ainda contra o abatimento do valor creditado em sua conta pelo requerido - inconformismo justificado em parte – dano moral caracterizado pela contratação em nome do autor mediante fraude, diminuição do seu já reduzido benefício previdenciário e necessidade de ajuizamento da ação para resolver o problema – ressarcitório fixado em R\$10.000,00 – impossibilidade de restituição em dobro das parcelas cobradas ante a ausência de má-fé na cobrança – mantida a determinação do abatimento do valor creditado pelo requerido sob pena de enriquecimento sem causa do autor - sentença reformada – ação procedente em parte – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO²³⁷.

²³⁶ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 77.

²³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1003749-51.2019.8.26.0322, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelante: João Cavassani. Apelado: Banco Bradesco S.A. Relator des. Jovino de Sylos. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 22 dez. 2022. Disponível em: <

O que nos parece, todavia, é que o obstáculo para a fixação dos danos morais não está ligado ao enriquecimento sem causa, porquanto o julgador, quando reconhecido o dano moral, deve fixá-lo, na medida em que o enxerga (art. 944, CC) para o indenizar e, assim fazendo, não haveria enriquecimento sem causa, apenas indenização do quanto a outra parte danificou. O que se quer dizer é que, quem assim procede, tem o foco não na indenização, não na vítima, mas no ofensor, na sua conduta, no seu ato ilícito, quando deveria ser no dano. Examina-se a capacidade econômica da vítima para a fixação do *quantum* indenizatório e não o quanto houve de dano. A vítima é só levada em conta, para que não ocorra o enriquecimento sem causa. Em suma, somente se justificaria falar em enriquecimento sem causa, quando o julgador pensa que o dano moral tem caráter punitivo, ou preventivo, porquanto, a *punição deve sempre ser maior que o dano* e, normalmente, deveria ir aos cofres públicos e não a quem sofreu o dano. Se o julgador pensa em reparar (ou compensar) o dano, não haveria que se cogitar de enriquecimento sem causa da vítima. O que queremos ressaltar é que a dificuldade de quantificar o dano moral não está no enriquecimento sem causa, mas na própria pretensa natureza punitiva da responsabilidade civil, vez que, a nosso ver e como ficará mais claro em nosso subsequente desenvolvimento, a punição não faz parte da sistemática da responsabilidade civil. O que o intérprete que utiliza o dano moral como punição estranha ao quantificá-lo não é o enriquecimento sem causa da vítima, mas sua pretensa natureza de punição.

A separação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal é tema tão intrincado que, sobre a função punitiva da responsabilidade civil, Flávia Portella Püschel faz um relevante levantamento acerca de seus importantes defensores em nossa doutrina:

Entre os autores que manifestam opinião favorável ao reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil por danos morais citem-se, entre outros: J. Martins-Costa. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação, in J. Martins-Costa (org.). A reconstrução do Direito privado, São Paulo: RT, 2002, p. 408-446; C. A. Bittar. Reparação civil por danos morais, São Paulo: RT, 1999, p. 233; A. Jeová Santos. Dano moral indenizável, 4^a. ed., São Paulo: RT, p. 157; T. Ancona Lopez. O dano estético, 3^a. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 139. Entre as opiniões contrárias,

destaca-se a crítica veemente de H. Theodoro Jr. Dano moral, 4ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 64-65²³⁸.

Ainda, acrescenta que:

Autores que admitem expressamente uma função punitiva geral ao lado da função indenizatória da responsabilidade civil são exceção absoluta na doutrina brasileira. C. M. da SILVA PEREIRA (Responsabilidade civil, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 10-11), talvez possa ser citado como exemplo dessa posição, ao afirmar que, ao lado do objetivo de reparação do dano: “Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar”, mas, ao fazer essa afirmação, tampouco ele justifica a assunção da punição pelo Direito Civil ou aborda qualquer das questões daí derivadas. Resta também a possibilidade de C. M. da SILVA PEREIRA referir-se a um efeito punitivo em sentido genérico e secundário, decorrente da simples imputação de responsabilidade, independentemente do valor da condenação. J. de AGUIAR DIAS, por exemplo, reconhece um efeito punitivo na obrigação de indenizar, sem, no entanto, reconhecer na punição uma função da responsabilidade civil capaz de justificar a majoração do valor a ser pago pelo responsável: “Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem²³⁹”

Além desses apontados, lembra o professor José Luiz Gavião de Almeida que Fernando Noronha reconhece também a função punitiva²⁴⁰. A professora Maria Celina Bodin de Moraes aponta outrossim como partidários dessa natureza penal, além de Caio Mario da Silva Pereira, José de Aguiar Dias, Sergio Cavalieri e Carlos Alberto Bittar, já arrolados acima, Maria Helena Diniz, Menezes Cordeiro, Teresa Ancona Lopez e C. Reis²⁴¹.

²³⁸ PÜSCHEL, Flavia Portella; ASSIS, Marta Rodriguez de. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu; MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

²³⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella; ASSIS, Marta Rodriguez de. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu; MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 735.

²⁴⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 37.

²⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221-224.

O que nos traz curioso estranhamento é que os tribunais que entendem pela natureza punitiva da responsabilidade civil tenham resistência na aplicação do art. 940 do CC, conforme vimos acima, porquanto ele tem todas as características e segue todos os princípios que regem uma verdadeira pena, o que o avalizaria, taxativamente, não só a como punir, mas também a *quanto punir*.

Dito isso, sem a pretensão de esgotarmos o tema, que por si só é mister para uma própria pesquisa, analisa-se algumas considerações sobre esse histórico, focando-nos principalmente em como o *dano* foi tratado ao longo da progressão temporal da responsabilidade civil.

A seguir, estuda-se sobre a separação da responsabilidade civil com a penal, com o escopo do dano.

5.3 DA SEPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM A PENAL, SOB ESCOPO DO DANO

A seguir, ver-se-á o estudo da separação da responsabilidade civil com a penal, com o escopo no dano, assunto que, conforme repetiu-se diversas vezes no presente trabalho, tem grande importância, porquanto descortina o entendimento da natureza jurídica do art. 940 do CC, vez que trata da evolução de conceitos-chaves tais como punição, pena, responsabilidade, culpa e dano.

Verifica-se que a responsabilidade civil e a penal sempre tiveram uma ligação intrínseca. A natureza punitiva da responsabilidade civil, presente nos inícios das civilizações, foi sendo substituída repetidas vezes nas suas histórias pela especialização da técnica, direcionando o direito civil para a indenização e para a vítima, focando-se mais no dano e, o direito penal, para o ato ilícito e para o agente, focando-se mais na pena.

A análise da história desse desenvolvimento técnico aponta para a agilidade que as sociedades, na medida em que vão se desenvolvendo, exigem quando adquirem maior celeridade nos negócios, vez que a técnica penal é mais morosa que a civil, requer maior análise probatória e maior incidência de princípios e garantias, ao contrário da civil, que se

especializou em cláusulas gerais e em teorias que prescindem da análise da culpa, sempre difícil (prova diabólica), da conduta e da volição do agente, como a teoria do risco, que possibilitou a objetivação da análise da responsabilidade civil.

5.3.1 A ligação intrínseca entre responsabilidade civil e responsabilidade penal

Como afirma o professor José Luiz Gavião de Almeida, sempre houve uma ligação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal:

A responsabilidade experimentou, durante a sua evolução histórica, várias fases distintas. Numa primeira etapa tinha ela conotação punitiva e um caráter coletivo. Não se penalizava apenas o autor do ilícito, mas poderiam também sofrer sanção terceiros, como os integrantes de sua família²⁴².

Conforme o escólio do professor, a natureza sancionatória da responsabilidade civil existia nas mais primitivas aldeias e a execução da pena se estendia a todos os familiares. Após, como vemos no período do aparecimento da Bíblia, a responsabilidade civil evoluiu de modo que não mais se justificasse punir quem não fosse o autor do ilícito, no entanto a pena seguia sem ter limites no próprio responsável. Esse limite surgiu com a Lei de Talião (XII Tábuas), como vemos com o adágio “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a punição não poderia ser maior que a lesão causada, se olho, olho; se dente, dente. Observa o professor que foi “também nessa fase que a responsabilidade passa da fase privada para a pública”²⁴³.

Relembra ele que, mais adiante, com a Lex Aquila, “A responsabilidade passa, então, a ter um caráter patrimonial (...) acontece a substituição da pena corporal, ou da lesão a um bem do ofensor, pela reparação. Não se busca, pela responsabilidade civil, nova lesão, mas uma recuperação do direito lesado”²⁴⁴.

²⁴² ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 59.

²⁴³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 60.

²⁴⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 60.

Foi na modernidade, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes²⁴⁵, que a separação entre o direito público e direito privado reforçou-se, principalmente quanto a sua cientificidade e sistematização, com o código civil dos franceses, com uma “separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, distinção que começara já pela opção de criar documentos legislativos para cada uma dessas disciplinas”, o que se deveu à proeminência do princípio da liberdade, a fim de privilegiar a circulação dos bens e sua posição frente ao poder estatal, “separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia da sociedade burguesa”, de modo que era, então, “imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva; a pena dirá respeito ao Estado e a reparação, mediante indenização, exclusivamente ao cidadão”.

Nesse mesmo sentido aponta Bruno Leonardo Câmara Carrá, com supedâneo em Jean-Phillippe Lévy e André Castaldo²⁴⁶, que:

a palavra *responsabilidade* somente surge no final do século XVIII, sendo admitida no vernáculo pela Academia Francesa no ano de 1789 ... Só com o código de Napoleão é que iria ser difundida, para designar o que hoje em dia chamamos de responsabilidade extracontratual ou delitiva²⁴⁷.

5.3.2 A especialização do direito civil na reparação do dano, ante a difícil comprovação da culpa e a objetificação da imputação da responsabilidade, conforme a necessidade de velocidade econômica das sociedades

A obra de Bruno Leonardo Câmara Carrá, mais centrada no estudo do dano, como núcleo dessa especialização do direito civil em face do direito penal, indica que o direito civil se centrar no dano traria maior agilidade aos negócios jurídicos, visto que a preocupação com as condutas (ato ilícito) e com o paradigma de prevenção delas, pelas normas civis, traria uma morosidade intrínseca, o que prejudicaria demasiadamente o desenvolvimento do

²⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 201-202.

²⁴⁶ LÉVY, Jean-Philippe; CASTALDO, André. **Histoire du droit civil**. Paris: Dalloz, 2002, p. 916

²⁴⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

mercado e da economia²⁴⁸. A reparação do dano urge mais à sociedade, que precisava de uma resposta mais flexível que a prevenção – sempre específica e tipificada e, portanto, mais morosa – de um dano que ainda não chegou a acontecer. Havemos de nos lembrar que as características da sociedade liberal burguesa necessitavam de um tratamento do direito mais rápido aos danos aos seus bens jurídicos, que ensejasse uma resposta de *interferência estatal* na liberdade (*laissez faire, laissez passer*) de menor monta que o direito público criminal.

Após o estudo de sua vasta e profunda exposição da evolução da responsabilização civil e penal, concordamos com Bruno L. C. Carrá, que o Direito se preocupa mais ou menos com a prevenção dos danos, por meio da repressão às condutas ilícitas, de maneira proporcional à pujança das relações econômicas, principalmente considerando-se que o mercado necessita de agilidade, cuja marcha invariavelmente é mais lenta quando o paradigma preventivo é mais adotado em relação ao paradigma reparador.

Esse fenômeno de deslocamento de interesse nos paradigmas preventivo e reparador fica claro ao longo da história das sociedades, repetindo-se quando surgem novos núcleos econômicos quando se desenvolvem ou quando são reconstituídos. Nesse mesmo sentido, as palavras do Professor José Luis Gavião de Almeida:

As modificações neste ramo do direito, entretanto, têm uma peculiaridade. Parece ocorrer aqui um a evolução cíclica, em que se avança e depois se retorna para ao passado. Situação anteriormente vivida. É um progresso voltando para o passado. Ou, com o sugestivo nome sugeriu um antigo Filme, uma volta para o futuro²⁴⁹.

No direito romano, a *lex poetelia papira* aboliu a imposição de penas corporais em virtude de inadimplemento contratual no período formulário²⁵⁰, mas a separação entre as ações penais e reipersecutórias ocorreu apenas no Direito Justiniano²⁵¹. Citando Michel Villey, o autor narra que no Direito Romano, não houve um conceito abstrato de dano,

²⁴⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, 143.

²⁴⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 64.

²⁵⁰ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 120.

²⁵¹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

porque, sendo uma sociedade agrária não se via muitos delitos e “diante da inexpressividade das relações econômicas, pelo menos nesse estágio inicial, a ilicitude” era concebida “como algo excepcional, o que impediu uma mais clara teorização, algo somente ocorrido muito tempo depois”²⁵². Como dito, foi apenas no direito justiniano que “houve uma superação do arcaico sistema de tipicidade delitiva” e “as demandas baseadas na *actio legis aquilae* (...) foram perdendo sua característica penal e começaram a incorporar, para fins de condenação, elementos de natureza unicamente reipersecutória”²⁵³. Foi, então, apenas com a verificação prática que os jurisconsultos na “cotidianidade da ilicitude civil comparada à excepcionalidade da criminal” conduziram o direito para “o dano se transformar em pressuposto geral da ilicitude civil”²⁵⁴, ou seja, numa “procláusula geral de dano”²⁵⁵.

Com o advento da idade média e a conseqüente regressão das relações econômicas das sociedades, que voltaram a ser agrárias, a especialização na descrição dos delitos e seu tratamento específico pelos ordenamentos voltou a ter maior proeminência. Entrementes, quanto mais economicamente pujantes se tornavam, mais necessidade se percebe de se especializar e distinguir as ideias de dano e ilicitude, cabendo ao direito privado o tratamento do dano e ao direito público, da ilicitude. Foi o que ocorreu, v.g. com o reflorescimento do comércio que se passou no período dos glosadores. O tratamento civil do dano mostra-se, mais uma vez, “mais maleável e, desse modo, capaz de gerir os problemas do dia a dia”. Foi, após, com o racionalismo, que a noção de dano é definitivamente separada da ilicitude²⁵⁶.

Em toda essa análise, que passa também pelo direito saxão, onde também esse movimento ocorre²⁵⁷, Bruno L. C. Carrá identifica que, ao longo da evolução do direito nas diversas sociedades estudadas, os atos ilícitos (condutas), combatidos pela especialidade

²⁵² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, 124.

²⁵³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134.

²⁵⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 138.

²⁵⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

²⁵⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 146-148.

²⁵⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 143-152.

penal, tendem a se especificar taxativa e tipificadamente, ao passo que, em movimento contrário, o dano tende a adquirir feições de conceito geral e abstrato, constituindo-se uma verdadeira cláusula geral, a fim de abarcar todas as feições que as relações da modernização da sociedade vão exigindo.

Esse movimento de especialização mostra a mudança de foco: do ofensor, para a vítima. O dano está mais para a vítima, como a culpa está mais para o ato, a conduta ilícita. Do mesmo modo, a normatividade subjetiva se mostra mais próxima ao exame do ato ilícito (ofensor) e a normatização objetiva, ao dano (vítima). É nesse sentido que Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho afirmam que a superação da culpa como fator de imputabilidade foi desenvolvida, principalmente após a revolução industrial e o advento do “maquinismo”, que ocasionou o incremento de atividades perigosas²⁵⁸. A exigência da comprovação da culpa, por ser dificultosa, impedia o acesso ao poder judiciário e, com o paroxismo que a sociedade sofria com danos que transbordavam, a fim de facilitar a indenização, mormente considerando-se a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, foi possível a construção da teoria da socialização dos riscos, que tem caráter eminentemente objetivo. E assim a repetição do ciclo novamente se fecha, conforme disserta o professor José Luis Gavião de Almeida: “a responsabilidade, que nasceu objetiva, e decorria da simples ocorrência do dano, progrediu para uma fase subjetiva com a comprovação da culpa, e retornou a caráter objetivo, agora entendido mais moderno e protetor.”²⁵⁹. Destarte, a necessidade de se combater o dano trouxe a relativização da culpa, com fulcro no risco ínsito das atividades perigosas, com vistas, na figura do dano, à imputação da responsabilidade objetivamente e prescindindo do ato ilícito para a condenação de indenização²⁶⁰.

Complementar a esse pensamento é o viés sopesado por Anderson Schreiber, que vislumbra, sob um interessante ângulo, que a acepção de responsabilidade civil incide tão

²⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 167-168.

²⁵⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 56.

²⁶⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 167.

amplamente na sociedade, que se pode compreender a sua história como a criação e a relativização de *filtros* para o acesso à reparação. Filtros, justamente “por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção de demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional” (sublinhamos). Esses filtros se consolidaram como os três pilares: culpa, dano e nexa causal²⁶¹.

A culpa, construída na ideologia liberal e individualista dominante na modernidade, constituía-se como o mau uso da liberdade individual e valia-se de elementos psicológicos e anímicos, típicos de avaliações morais e subjetivas da conduta individual²⁶².

Remetendo-se novamente às transformações da era industrial e à proliferação dos acidentes causados pelas novas tecnologias, a *dificuldade da comprovação do estado anímico da conduta culposa* (prova diabólica) intensificou-se de tal maneira, “atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio poder judiciário”²⁶³, que aventou a investigação de critérios objetivos de imputação de responsabilidade. Com base nas lições de Saleilles²⁶⁴ e Josserrand²⁶⁵ houve o desenvolvimento da ideia de responsabilidade objetiva a qual culminou com a teoria do risco, positivado no Brasil²⁶⁶, hoje, no parágrafo único do art. 927 do CC, que prediz: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

É essa mesma preocupação com danos não reparados, todavia, que impulsiona doutrina e jurisprudência a achar (e implementar) mecanismos de maior abertura de incidência da reponsabilidade civil, a fim de deixar indenados o quanto de danos possíveis, muitos foram os alargamentos e as erosões de filtros, nessa árdua tentativa, conforme narra José Luiz Gavião de Almeida:

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

²⁶² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12-16.

²⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

²⁶⁴ SALEILLES, Raymond. **Les accidents de travail et la responsabilité civile: Essai d'une Théorie Objective de la Responsabilité Délictuelle**. Paris: Arthur Rousseau, 1897.

²⁶⁵ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, n. 86, 1941.

²⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19-20.

Inverteu-se o ônus da prova em benefício da vítima; criou-se a responsabilidade que independia de ofensa ao direito; aumentou-se o rol daqueles que poderiam vir a responder; abandonou-se a ideia de culpa em muitos casos e, em outros, até o nexo de causalidade entre o ato do responsável e o dano que a vítima sofreu.

Na nossa realidade, incontáveis são ainda as medidas adotadas para garantia do ressarcimento. O estabelecimento de Assistência Judiciária Gratuita, os Juizados Especiais Cíveis, os convênios para fornecer Advogado a quem não pode contratá-los, os Departamentos Jurídicos universitários e municipais, tudo a permitir o fácil acesso aos lesados²⁶⁷.

O ciclo novamente se abre, com o retorno da culpa, hoje como fator de quantificação do dano, quando da aplicação do paradigma preventivo, que tenciona reprimir comportamentos de grau de culpa maiores pela punição. Mais uma vez, remetemo-nos à lição do professor José Luis Gavião de Almeida:

Da mesma forma, a teoria da culpa, tão criticada ganhou nova e grande importância na atualidade, tudo porque a preocupação com o lesado, fundamento primeiro da responsabilidade civil como vinha sendo defendido, passou a conviver com a conduta do lesante outras situações que já haviam sido deixadas para trás. A culpa, então, serve inclusive para a fixação do montante indenizatório, permitindo a lei que a reparação seja reduzida em caso de culpa diminuta, ou buscando a doutrina que ela seja majorada, quando há necessidade de coibir nova conduta ilícita do lesador²⁶⁸.

Desfocar a responsabilidade civil do dano para mirar no ato ilícito (a fim de reprimi-lo, conforme propugnam as teorias preventivas), pode inclinar a incidência da dignidade da pessoa humana a limitar ingerências punitivas do Estado desproporcionais e desarrazoadas, como ocorreu e vem ocorrendo no direito penal, o que retirará, novamente, a agilidade e flexibilidade que a cláusula geral do dano adquiriu como tecnologia para o seu combate no direito civil.

Havemos de considerar também que a criminologia tem constatado que os efeitos preventivos das sanções não são comprovados:

²⁶⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 103.

²⁶⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 57.

Em todo caso, para a ciência é imprescindível realizar estudos empíricos para comprovar se as penas previnem ou não o delito – independentemente de que isso seja de senso comum. Como era de esperar, os estudos empíricos criminológicos realizados para testar essa hipótese têm uma longa tradição. Os primeiros mais importantes datam de finais dos anos 1970. São muitas as possíveis razões pelas quais o eventual efeito preventivo das penas chamou a atenção dos pesquisadores, entre as quais podemos destacar a influência dos enfoques econômicos e, sobretudo, das teorias do controle social, assim como a desconfiança que começou a aparecer na primeira metade dos anos 1970 na ressocialização dos delinquentes²⁶⁹.

Ao contrário, a pesquisa científica empírica da delinquência, que ora constatamos carecer de ser estudada por nós mais a fundo, tem demonstrado crescentemente que a proliferação de atos ilícitos está mais ligada ao desenvolvimento de sistemas de valores, bem como ao nível de participação cidadã e pertencimento social dos indivíduos:

É imprescindível tecer alguns esclarecimentos sobre a eficácia preventiva das penas. A maioria das pessoas não delinque, não pelo temor às possíveis sanções penais que receberá em caso de ser descoberto, mas porque seu sistema de valores as impede de fazê-lo: trata-se, de acordo com a classificação de Serrano Gómez, de indivíduos “para os quais não seria necessária nenhuma ameaça, pois sua moral choca-se com toda possibilidade de poder violar a norma”. Ademais, existe uma série de sanções sociais informais que também possuem um sólido efeito preventivo: a maioria das pessoas não delinque, pois, caso forem descobertas, teriam de enfrentar a desaprovação de sua família e de seus amigos, colocando em perigo seu trabalho e muitas outras coisas, tendo, assim, um custo elevadíssimo para o sujeito. Tais sanções não são formais, já que, ao contrário das leis penais, não encontram sua origem em uma disposição legal, nem são impostas por autoridades públicas competentes, seguindo um procedimento previamente estabelecido pela lei. Fala-se, nesses casos, de sanções informais ou de controle social informal.

(...)

Daqui decorrem três conclusões:

a) Em primeiro lugar, se aceita que o efeito das sanções jurídico-penais se inclina, na melhor das hipóteses, a ser moderado ou menor. As sanções informais e os valores podem ter um efeito preventivo maior. Porquanto, não se pode esperar efeitos excepcionais das sanções jurídico-penais. O efeito desses fatores morais e informais pode ser mais poderoso que o das sanções jurídico-penais, isto é, previnem o delito mais eficazmente que o Direito Penal²⁷⁰ (sublinhamos).

²⁶⁹ PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²⁷⁰ PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Não é demais salientar a reflexão que se infere de Beccaria de que os esforços da comunidade jurídica poderiam se dirigir a outros meios de estímulo à cidadania: “fim, o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação” e “É somente por uma boa educação que se aprende a desenvolver e a dirigir os sentimentos do próprio coração.”²⁷¹.

Ante toda essa análise histórica da evolução da responsabilidade civil, que se delimitou no dano, postular uma outra, por reputá-la insuficiente, que *ultrapasse o dano*, não seria um desatino sugerir que se propõe um retrocesso à Lei de Talião, que propunha efeitos *proporcionais* ao dano (olho por olho, dente por dente). Quer se dizer, se a tomada do olho não é suficiente para prevenir o seu dano, então, conclui-se que a responsabilidade civil deve ser “olho por olho e dente”, para que se preserve mais olhos? E, se não for, seria lógico, então, se propor ao retorno à desindividualidade da pena? Esses absurdos sofisticos nos servem para propor que o direito civil evoluiu em sua história e não o contrário.

Enfim, é de se ressaltar que o afã de deixar indene a sociedade, por mais prodigioso que possa parecer não pode erodir a “perfeição lógica do sistema jurídico, deixar de destruir e reconstruir o sistema em nome de qualquer valor”²⁷², que, em nossa opinião, tem ocorrido com a implementação do paradigma preventivo (repressivo) da responsabilidade civil.

5.4 DESENVOLVIMENTO CONGLOBANTE DO TRATAMENTO DOS DANOS E DOS ATOS ILÍCITOS PELO DIREITO E PELA SOCIEDADE

Como visto, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana de maneira inefavelmente positiva influenciou o direito civil, modificando-o profundamente. Todavia, trata-se de princípio de alta abstração e que exige maior apuração seja pela doutrina, seja pela

²⁷¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁷² BARBOSA, Samuel Rodrigues (Coord.) Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-307, citado por ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002.** 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 105.

jurisprudência, seja pela legislação e por toda a sociedade. O direito, no entanto, deve manter a lógica e a sistemática inerentes à sua técnica, preservando a sua cara segurança jurídica.

O ativismo judiciário preenchendo lacunas legais muito diligentemente junto à responsabilidade civil, mas sem o devido cuidado, acaba por funcionar como *válvula de escape*, por onde se evapora a pressão necessária para o incremento do ordenamento jurídico como um todo, esvaziando a competência de outras áreas, bem como arrefecendo impulsos sociais que podem efetivamente levar o Poder Legislativo à positivação de meios mais coerentes e efetivos para tratar dos mais diversos temas, notadamente os ligados à repressão de atos ilícitos, conforme discorre o Otávio Luiz Rodrigues Júnior:

Antes que se tente confundir as teses aqui defendidas com um ‘canto do cisne’ do Direito Civil Oitocentista ou com um apelo no estilo de Juliano, o Apóstata, de retomada da religião pagã, é preciso registrar que não se desconhece a incompetência do Direito Privado (e de seus estudiosos) em compreender as transformações sociais e não oferecer mecanismos de adaptação aos novos tempos, por meio de novos institutos jurídico-privados. Foi essa miopia que permitiu o surgimento do Direito do Trabalho (com base nos contratos de locação de mão de obra), do Direito do Consumidor (sob a base contratual civilística) e das leis de locação predial urbana” (grifamos)²⁷³.

Ou seja, tentar-se resolver todos os problemas utilizando-se apenas da responsabilidade civil, sobrecarregando-a e desvirtuando-a, impede que outras esferas do direito se desenvolvam. O direito civil antes, como se sabe, tratava de questões do direito do trabalho e do direito do consumidor. Foi necessário que o direito civil se afasta-se dessas questões, especializando-se no dano, para que os demais diplomas surgissem.

Com efeito, excessos têm sido cometidos, talvez por demais boa-fé, talvez por falta de técnica, entretanto o que queremos destacar é que há instrumentos outros que a responsabilidade civil e que carecem de maior ativismo:

O judiciário, atualmente, tem exercido papel de aparente usurpador de Poderes. Numa faina interpretativa que desborda das regras hermenêuticas, tem, não em raras ocasiões, decidido, inclusive, de forma contrária à letra da lei. Já lhe foi, é verdade, conferida a possibilidade de criação de súmulas vinculantes; mas, em todo o escalão do Judiciário, é fácil perceber situações

²⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 45.

em que o juiz julga como ele gostaria que a lei fosse e não como realmente ela é²⁷⁴.

Nesse prisma, enxergamos a pena civil, considerando tudo o que foi desenvolvido até o momento no presente trabalho, também como uma tentativa de se proteger e preencher o princípio da dignidade humana, contudo, por mais que se louve o dedicado empenho, é necessário voltarmos os olhos e apoiar o desenvolvimento de esferas e mecanismos que também se dediquem ao tema do dano e do ato ilícito e que, quiçá, estejam em igual nível ou mais preparados para o viés punitivo e repressivo, principalmente considerando que o direito civil se especializou e cumpre dever mais que fundamental na sociedade.

Estamos nos remetendo ao Poder Legislativo, a quem cumpre a positivação de mais leis penais, de princípios como a inamovibilidade de delegados de polícia, leis que possibilitem maiores verbas para a educação, para a segurança pública, participação cidadã, políticas públicas de inclusão etc. Mas não só, o Poder Executivo também deve ser estimulado, a ele estão ligadas instituições e autarquias profundamente voltadas para atos ilícitos e danos, como o Procon, e órgãos reguladores como a Anatel, Aneel, ANA, ANS e tantas outras agências reguladoras, as quais tem poder e legitimidade de aplicação de multas exemplares e penas muito mais efetivas que essas as quais temos observado com as penas civis e o dano moral punitivo. Há um grande descrédito da população quanto a essas instituições que deve ser revertido, pois, somente com a fiscalização da cidadania ativa podemos prosperar socialmente.

É nesse sentido que Bruno Leonardo Câmara Carrá advoga²⁷⁵ “uma gestão ‘global’ dos riscos por meio de um diálogo interdisciplinar entre os vários ramos do direito”. Citando Eugenio Raúl Zaffaroni²⁷⁶, “afirma que a tipicidade penal não deve ser considerada isoladamente, e sim conglobada em toda a ordem jurídica”. No mesmo sentido, a sua citação de Guido Alpa e Mario Bessone, para complementar que “as regras de responsabilidade civil

²⁷⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 105-106.

²⁷⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104-105.

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 459.

são consideradas um sistema de ressarcimento do dano que convive com outros sistemas: não exclusivo, logo, não tal, mas simplesmente setorial”²⁷⁷.

²⁷⁷ BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**. 3. ed. Milan: Giuffrè, 2001, p. 578.

6. O ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL COMO PENA CIVIL

O espírito inicial desse trabalho estava inclinado ao desejo de se investigar modos de implementar o paradigma preventivo na responsabilidade civil. Na busca de entender melhor a relação entre a punição e a indenização, escolhemos um dispositivo que de todo demonstrava ser uma sanção por meio da responsabilidade civil.

Entrementes, nossa investigação nos levou inexoravelmente à conclusão implacável da relação intrínseca entre a responsabilidade civil e o dano, este, como já concluímos anteriormente, prescindível à aplicação do art. 940, CC, por ser este dispositivo, verdadeira pena privada.

Com efeito, embora o direito civil tenha se especializado na reparação, José de Oliveira Ascensão²⁷⁸, com alicerce na lição de Menezes Cordeiro, afirma que “não podemos supor que a repressão de comportamentos reprováveis é uma anomalia no Direito Civil”.

Nesse ponto, é preciso fazermos nossas as palavras de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, ao se pronunciarem acerca da pena privada:

As chamadas penas privadas não encontram tratamento sistemático no ordenamento jurídico brasileiro. O próprio termo pena privada é estranho à legislação, e mesmo seu emprego pela doutrina e pela jurisprudência vem, em geral, acompanhado de algum desconforto. De penas privadas se costuma falar "com pudor, a baixa voz, na ponta dos pés". A terminologia, de fato, remete à vetusta *actio penalis*, e a um caráter punitivo há muito abandonado pelo direito civil em prol do remédio exclusivamente ressarcitório. Longo, neste particular, o percurso histórico, iniciado já com a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.) (grifamos)²⁷⁹.

Deveras, o estudo da pena civil se mostrou ser tema árido e, como dissemos acima, ao nosso humilde pensar, *anacrônico*, seja pelo estudo da evolução da teoria da responsabilidade civil que já repisou esses temas, superando-os, por diversas vezes, seja porque há sinais nos diplomas legais pretéritos de que se trata a pena privada de resquício

²⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 148-149, p. 148.

²⁷⁹ TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **As obrigações no novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 500.

legislativo. Convencemo-nos de que estimular o desenvolvimento de penas privadas iria em sentido contrário ao que ora acreditamos como contribuição ao estudo da responsabilidade civil. Como já dito, concluímos que a análise da aplicação do paradigma preventivo, de modo a ultrapassar o paradigma indenizatório, deve ser fomentado em *outros ramos do direito* que não o direito civil. Pensamos que o caminhar na esfera civil é em direção à imputação objetiva, que deve ter foco na vítima, e de caráter geral, abstrato, ao passo que o da punição está em estrada oposta²⁸⁰, subjetiva e específica, taxativa. Uma vez que incidem princípios, dogmáticas, axiomas, enfim, uma vez que o sistema é diferente, transitar nessas duas vias ao mesmo tempo²⁸¹ nos parece antitético e perigoso, principalmente considerando os dias atuais em que há um esforço intenso, constante e até mundial de ataque às instituições e o conhecimento científico²⁸², de modo que, em nosso pensamento, devemos reforçar as bases que dão segurança ao ordenamento jurídico, reafirmando a lógica, técnica e sistemática construída.

Uma vez justificada essa dificuldade e, não nos esquivando do recorte proposto ao nosso trabalho, podemos nos posicionar a favor da conclusão de que o art. 940 do CC é uma pena civil, *resquício* de corpos legislativos pretéritos.

É esse também o entendimento de Pontes de Miranda, que afirma que se trata de pena privada e não indenização²⁸³, bem como Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber²⁸⁴ e Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux²⁸⁵.

Não se posicionando expressamente acerca de ser apenas pena civil ou apenas

²⁸⁰ “pena privada” encerraria uma aparente contradição entre o substantivo e o adjetivo. TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 501.

²⁸¹ Nesse sentido: “Mesmo quando se renuncia a uma teoria geral das penas privadas, e se passa a examinar cada figura em sua individualidade, revelam-se contradições e divergências que refletem a dificuldade de se lidar com o aspecto punitivo no âmbito do direito privado.” TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 523.

²⁸² SILVA, Vinícius Carvalho da; VEIDEIRA, Antônio Augusto Passos. Como as ciências morrem? Os ataques ao conhecimento na era da pós-verdade. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 37, n. 3, p. 1041-1073, dez. 2020.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984, Tomo LIV, p. 47.

²⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 504

²⁸⁵ “O fato da norma estar inserida no sistema de responsabilidade civil (artigo 940) não a transforma numa categoria da responsabilidade civil”. BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 121.

responsabilidade civil ou ora afirmando ser parte da responsabilidade civil, ora ser pena, temos Maria Helena Diniz²⁸⁶, Washington de Barros Monteiro²⁸⁷, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁸⁸, Paulo Nader²⁸⁹, Alexandre Dartanham²⁹⁰, Regina Beatriz²⁹¹, Carvalho Santos²⁹², Clovis Bevilacqua²⁹³, João Luiz Alves²⁹⁴, Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho²⁹⁵, Giovanni Ettore Nanni²⁹⁶, Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf, Regina Beatriz Tavares da Silva²⁹⁷, Claudio Luiz Bueno de Godoy²⁹⁸, Caio Mário da Silva Pereira²⁹⁹ e Carlos Roberto Gonçalves³⁰⁰.

Em sentido contrário, por sua vez, José Luiz Gavião de Almeida entende ser o art. 940 hipótese abarcada pela responsabilidade civil, porquanto se assim não fosse, a pena não poderia passar da pessoa que agiu, por força da regra do art. Art. 3º, XLV da CF, fazendo interessante observação acerca de tratar-se de técnica legislativa já utilizada pelo legislador de estabelecimento do montante indenizatório, o que indica que se trata de pré-disposição de valor para indenização por danos morais pela cobrança. Também entendem ser parte da responsabilidade civil, sem mencionar o caráter penal Flávio Tartuce³⁰¹.

²⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 552.

²⁸⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5, p. 420.

²⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 1493-1494.

²⁸⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p. 288.

²⁹⁰ DARTANHAM, Alexandre; NANNI, Giovanni Ettore (org). **Comentários ao Código civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 626.

²⁹¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 576.

²⁹² SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 343.

²⁹⁴ ALVES, João Luiz; CHAMOUN, Ebert. **Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgado pela Lei n. 3071, de 1 de janeiro de 1916**. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 211.

²⁹⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 295.

²⁹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1294.

²⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁹⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; ANTONINI, Mauro; CARVALHO FILHO, Milton Paulo; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. Barueri: Manole, 2022.

²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

³⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

³⁰¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 673-678.

José de Aguiar Dias pensa conforme José Luiz Gavião de Almeida e suas observações merecem ser mais bem explicitadas. Para o grande civilista “os arts. 1530 a 1532 do Código Civil estabelecem, embora colocados em título relativo às obrigações por atos ilícitos, simples formas de liquidação do dano causado pela cobrança indébita, que, evidentemente não precisava ser definida como ato ilícito”³⁰².

Concordamos com a estranheza do título ter sido colocado no relativo a obrigações por atos ilícitos, mas entendemos, conforme capítulo acima, que se deu pela sequência original que se seguiu desde as Ordenações Filipinas, que não dispunham da tecnologia da cláusula geral e necessitavam estipular os atos ilícitos combatidos casuisticamente e prevendo a liquidação como o faz o direito penal. Dum outro lado, não entendemos o significado de “não precisava ser definida como ato ilícito”.

Já em relação à afirmação de ser “simples formas de liquidação do dano causado pela cobrança indébita”, mais adiante, complementado: “preferimos considerar a indenização prefixada”³⁰³, nos ensina José Luiz Gavião de Almeida que “O código de 1916 previa mais técnicas de liquidação do dano que o atual³⁰⁴”, tal como a “hipótese de tarifação da indenização, como no art. 1.538”³⁰⁵. Essa “técnica de liquidação de dano” se devia, conforme Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, como opção pela não aceitação do dano moral, o qual só veio a ser determinadamente aceito por doutrina e jurisprudência com o advento da CF de 1988³⁰⁶:

Não parece absurdo, contudo, entrever nos artigos 939 e 940 do Código Civil de 2002 uma reafirmação da técnica — hoje francamente desnecessária — que, na codificação de 1916, visava a reparar o prejuízo causado à honra ou à reputação do devedor, diante da irreparabilidade do dano moral. De fato, como não eram consideradas indenizáveis as

³⁰² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 482.

³⁰³ Abaixo tratar-se-á mais detidamente, como esse fator é um indício de que esse dispositivo é um resquício de diplomas legislativos passados, mas já se aproveita aqui nossas observações também para lá.

³⁰⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 31.

³⁰⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 31

³⁰⁶ “A utilização da responsabilidade civil como um instrumento para a proteção dos interesses existenciais foi resultado de uma longa batalha, somente pacificada entre nós com a Constituição de 1988”. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

consequências da lesão à personalidade humana, em seus múltiplos aspectos, o legislador de 1916 estipulava, neste caso, uma pena privada para o infrator.

(...) um meio alternativo para o ressarcimento de prejuízo então juridicamente irreparável, a configurar, de maneira oblíqua, uma espécie de pré-liquidação de danos morais³⁰⁷.

Essa acepção é corroborada por Aguiar Dias, quando afirma que essa prefixação pode “influir para a solução da dificuldade que há e liquidar o dano causado pela cobrança injusta: moral ou material, a prova é difícil, embora seja evidente a sua existência”³⁰⁸.

Discordamos, com todo o respeito, mais que necessário, de Aguiar Dias, quanto à natureza de responsabilidade civil da pena do art. 940, pois se tem natureza de prefixação de dano material, há equívoco, porque com a mera cobrança judicial, ainda não houve prejuízo ao patrimônio da vítima e, se tem natureza de prefixação de dano moral, não seria possível a sua cumulação com o pedido de indenização por dano moral, a qual ele mesmo defende: “aplaudimos, sem reserva, a exatíssima tese de um brilhante acórdão³⁰⁹ do Tribunal de Apelação de São Paulo, ao decidir que não há nenhum impedimento à cumulação do pedido de aplicação da pena do art. 1531 com o de perdas e danos, pois aquela independe da verificação do prejuízo”³¹⁰.

Com efeito, a possibilidade de cumulação da pena do art. 940 do CC com pedido de indenização por dano moral é tema pacificado na doutrina, por todos, a de Washington de Barros Monteiro:

Como ato ilícito praticado, a responsabilidade civil pela cobrança indevida recebe naqueles dispositivos (Código Civil, arts. 939 e 940) uma prefixação do valor da indenização. No entanto, é possível a cumulação da aplicação das penas estabelecidas naqueles dispositivos com a condenação em indenização por perdas e danos, já que aquelas penalidades independem da verificação do prejuízo³¹¹.

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 504-505.

³⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 488.

³⁰⁹ Ac. de 28.10.41, na **Revista dos Tribunais**, vol. 138, pag. 184.

³¹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 488.

³¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 601.

Outro forte argumento de Aguiar Dias é o de que o problema para a aplicação do dispositivo é que “a jurisprudência e os intérpretes da corrente dominante sentiram o excesso do art. 1531”, por acharem o efeito do dobro uma “exorbitância” e isso explicaria tanto a sua não aplicação quanto à exigência da comprovação da má-fé³¹². Entende, no entanto, que houve equívoco dessa interpretação porque o combate deveria ser dirigido ao *quantum* estipulado pela pena e não ao ato ilícito, sobre o qual veio a exigência da comprovação da má-fé³¹³. O problema que envolve a exorbitância, a seu ver, poderia ser suprido pela norma que hoje está no parágrafo único do art. 944, que permite a redução equitativa da indenização pelo juiz, caso haja desproporção entre a gravidade da culpa e o dano³¹⁴.

Com toda a vênia, divergimos novamente desse raciocínio, porque realizar a diminuição equitativa da pena estipulada pelo art. 940 seria o mesmo que reduzi-lo à extensão do dano, o que equivale a revogar o artigo. Aguiar Dias chega a essa mesma conclusão, quando aborda outro viés do dispositivo:

Tivesse o Código, no estabelecer o art. 1.531, especificado apenas um exemplo a arrolar entre os outros atos ilícitos de que trata o Título VII do Livro 3.º da Parte Especial, deixando que a liquidação do dano se fizesse pelo sistema comum, e não haveria parece-nos nenhuma discrepância na interpretação; ninguém exigiria da vítima da cobrança indébita prova da malícia do autor. Bastaria que se caracterizasse a sua leviandade, negligência ou imprudência, para que surgisse a sua responsabilidade, porque não há princípio nem argumento capaz de justificar a opinião de que existe, em favor do que cobra dívida já paga, esse privilégio inexplicável, pelo qual possa agir de certa forma que, demonstrada no procedimento de qualquer outro agente patrão, motorista, pai, médico etc., - dá lugar à obrigação de reparar³¹⁵.

³¹² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 483-484.

³¹³ “A exorbitância só poderia estar na matéria de que cogita, isto é, na fórmula de liquidação que encerra e não no princípio geral da reparação por ato ilícito. De forma que o corretivo a aplicar às possíveis demasias da lei, transcrevendo, literalmente, um dispositivo draconiano das Ordenações, devia visar ao quantum da pena, porque ela é que envolveria descompensação, e não ao critério, que outro não era senão o aplicado a simples imprudência ou negligência, não se compreendendo que um Código que reconhece a responsabilidade em face de culpa leve abrisse, para a cobrança indébita, uma exceção estranha, que forra ao dever de reparação essa mesma culpa, ou até a culpa grave, pois que só se comove em face da malícia ou dolo do autor”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 483-484.

³¹⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 488.

³¹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 485.

De fato, não tivesse o art. 1531 estabelecido o efeito, que justamente é a pena, seria apenas uma descrição de um mero ato ilícito e perfeitamente estaria em consonância com o sistema da responsabilidade civil, que autorizaria a análise objetiva do dano e não da conduta. Em verdade, retirar a parte em que o artigo estabelece a pena, seria o mesmo que revogá-lo, porquanto despiciendo, haja vista a presença do art. 927 e do art. 186 do CC. Uma vez que o dispositivo fixa a pena, exorbitante, com o que concordamos, isso nos leva a reafirmar que se trata de uma *pena*, desvinculada do sistema da responsabilidade civil, por dispensar a valoração do dano.

Cumpre-nos, por fim, observar que como se trata de pena civil, não seria possível a cumulação de indenização por dano moral de caráter punitivo, pelo princípio do *non bis in idem*, possível, no entanto, a nosso ver, a indenização por dano moral que não tem cunho punitivo, mas que se mede pela extensão do dano, o que contribui para nosso esposamento à impossibilidade da indenização ter características de punição.

6.1 CONCEITO DE PENA CIVIL

A pena é a aplicação de um mal, como afirma Kelsen “o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal”³¹⁶.

Em relação ao termo “sanção” e “pena”, Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux, distingue a sanção positiva e a sanção negativa, citando Miguel Reale³¹⁷:

Para as teorias positivistas, anteriormente examinadas, sanção é uma reação por parte da sociedade ou de um número considerável dos seus membros a um modo de comportamento que é aprovado (sanções positivas) ou reprovado (sanções negativas). As sanções negativas constituem um juízo de reprovação e possuem diferentes graus de espécie. Miguel Reale afirma que: ‘A rigor, a pena e forma própria da sanção corresponde à violação de um preceito penal entendendo-se por sanção a consequência jurídica de que é munida toda regra de direito para salvaguarda de seu adimplemento; seja no sentido da outorga de um benefício ou vantagem aptos a influir sobre a vontade do destinatário (sanção premial) seja como privação de um bem

³¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

³¹⁷ REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 279.

material ou pessoal capaz de prevenir ou de reprimir estes ao direito (sanção penal no sentido lato do termo)³¹⁸.

Em relação ao caráter repressivo das punições, devemos concordar com José de Aguiar Dias, que assevera que toda indenização tem caráter de repressão:

Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem³¹⁹.

Em complemento, não é somente que a aplicação dos efeitos das normas da responsabilidade civil já constitui de fato uma sanção, o que é verdade, mas não podemos olvidar que já dizia Kelsen que *toda norma* tem um caráter sancionatório:

Inteiramente contraposto a um ordenamento social que estatui sanções (no sentido lato) é aquele que prescreve uma determinada conduta sem que ligue um prêmio ou um castigo à conduta oposta, ou seja, uma ordem social em que não tem aplicação o princípio retributivo (*Vergeltung*)³²⁰. (...) Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito - quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção³²¹.

Ainda que o texto normativo não traga uma sanção explícita, Kelsen observa que a sanção estaria na natureza coercitiva que a norma de comando tem. Por exemplo, quem não devolve um empréstimo no prazo, “deve, como sanção, fazer-se execução do seu patrimônio³²²”.

Nessa toada, duas formas diferentes, vislumbra Kelsen, para a aceção de sanção no sentido específico:

³¹⁸ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 76.

³¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. I, p. 735, citado por PÜSCHEL, Flavia Portella; ASSIS, Marta Rodriguez de. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu (Org.); MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

³²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 22.

³²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 24.

³²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 65.

As sanções no sentido específico desta palavra aparecem - no domínio das ordens jurídicas estaduais - sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada). Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um mal ou - para exprimir o mesmo sob a forma negativa na privação compulsória de um bem: no caso da pena capital, a privação da vida, no caso das penas corporais, outrora usadas (como a privação da vista, a amputação de uma mão ou da língua), a privação do uso de um membro do corpo, ou o castigo corretivo: a provocação de dores; no caso da pena de prisão, a privação da liberdade; no caso das penas patrimoniais, a privação de valores patrimoniais, especialmente da propriedade. Mas também a privação de outros direitos pode ser cominada como pena: tal a demissão ou a perda dos direitos políticos. Também a execução é a produção compulsória de um mal³²³.

Em relação ao quanto afirmado por Aguiar Dias, mais especificamente, já dizia Kelsen que “no fato de se causar a outrem um prejuízo, a sanção da execução é a indenização do prejuízo ilicitamente causado³²⁴”.

Nessa perspectiva, relembra Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux que a sanção clássica do direito civil é a nulidade, visto que, quando há desrespeito de um ato jurídico a alguma norma civil, a consequência é a nulidade desse ato³²⁵.

Por esse ângulo, entendemos que a responsabilidade civil teria sim um caráter sancionatório e punitivo, e até mesmo repressivo, *contanto que o valor das indenizações não ultrapasse o dano*. Isso porque esse caráter sancionatório é inato à responsabilidade civil, com vimos acima, mas deve, como a depuração desse instituto provocou, ser de caráter incidental, secundário, conforme toda a linha evolutiva que vimos anteriormente.

É por isso, bem como por todo o histórico acima exposto, que esposamos o entendimento de que a pena civil *não pode fazer parte do sistema da responsabilidade civil*, devendo pertencer a uma outra sistemática, outro conjunto lógico, principalmente considerando-se a possibilidade de incidência dos princípios que restringem a aplicação de penas, mais próximos da esfera do direito penal.

Num outro prisma, e é com a dificuldade de se quantificar o dano moral que vislumbramos que a confusão entre a sanção penal e a civil se intrincam. Como, de fato, ao

³²³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 76.

³²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 88.

³²⁵ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 75.

contrário do dano material, o dano moral não pode ser indenizado, mas apenas compensado, aliviado, pode se entender não haver então função ressarcitória e sim punitiva. Nesse sentido, Bruno L. C. Carrá, traz importantes citações de autores que assim pensam, posicionando-se com rigor contrariamente, com o qual concordamos:

Na evolução do dano moral, informa Giovanna Visitini, sempre se vislumbrou não propriamente uma função ressarcitória, mas sim, uma punitiva, suposto não haver existido uma diminuição patrimonial propriamente dita. Almejava-se, através de referidos danos, apenas aliviar a ofensa cometida contra a vítima, através do pagamento de uma compensação a título pecuniário. Daí por que a correlação feita pelo Código Civil Italiano entre dano moral e crime, admitindo o ressarcimento moral apenas quando houvesse crime definido pela Lei Penal ou em face de um ilícito processual.

Do mesmo modo, Guillermo Borda, aludindo à construção levada a efeito pela doutrina argentina em matéria de dano moral, afirma que, no seu início, a reparação a título de desagravo moral era vista não como uma forma de ressarcimento civil, mas uma pena civil imposta contra quem cometia um delito de natureza penal."

Somos obrigados aqui a manifestar nosso posicionamento, que vê nessas afirmações um atávico sentimento de preconceito contra o dano moral. A referência histórica, que por certo não vem a ser definitiva, mas pode auxiliar nas escolhas futuras, demonstrou que a noção do *damno iniuria datum* foi sendo progressivamente ampliada. Esse processo ainda está *in fieri* e o dano moral, assim como a admissão de novas formas de danos a cada novo dia, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, constituiu a mais clara das evidências nesse sentido. Nesse ponto se justifica a evolução, porque ela se faz contínua³²⁶.

O que nos aparenta é que se enxerga que o direito civil, antes focado apenas no patrimônio material, pelo influxo do princípio da dignidade da pessoa humana e ante a impossibilidade de se negar a tratar de danos morais pela sua real existência e concretude cada vez mais delineada pelo preenchimento dos axiomas desse que ora é o princípio mais caro do ordenamento, não é mais suficiente para tratar de bens jurídicos, ditos, “de maior importância”³²⁷, como os direitos da personalidade, que, violados, exigem um complemento punitivo que ultrapasse a indenização. Como redigem Gustavo Tepedino e Anderson

³²⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244-245.

³²⁷ “O ilícito penal, a seu giro, distingue-se do civil, primeiramente, do ponto de vista ontológico, pois somente se reputará como tal aquele capaz de lesar ou pôr em risco, de modo mais intenso, bens jurídicos considerados fundamentais para a paz e o convívio social”. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

Schreiber, há “uma certa ineficácia do instrumento ressarcitório, sobretudo no campo de lesões a interesses coletivos e extrapatrimoniais, no eco de um ‘sentimento de insatisfação com os institutos tradicionais’” (...) “Com a primordial finalidade de restituir credibilidade ao sistema jurídico, em uma área que já foi definida como aquela existente entre ‘Intransigência penal e tolerância civil’”³²⁸.

Em suma, devemos concordar com Damásio de Jesus, que, forte no magistério de Nelson Hungria afirma sobre a diferença entre o ilícito penal e o civil:

Não há diferença substancial ou ontológica entre o ilícito penal e o civil. Em sua essência, não há diferença entre eles. A diferença é de natureza legal e extrínseca: o ilícito penal é um injusto sancionado com a pena; o civil é o injusto que produz sanções civis. Somente atendendo à natureza da sanção é que podemos determinar se nos encontramos em face de um ou de outro. Cabe ao legislador, tendo em vista a valoração jurídica dos interesses da comunidade, estabelecer se a sanção civil se apresenta eficaz para a proteção da ordem legal, aparecendo a necessidade de determinação da penal. A adoção de tal critério não significa que a distinção depende exclusivamente do alvedrio do legislador. A sanção penal não pode ser criada por mero capricho. O legislador, considerando as circunstâncias do momento, analisando o dano objetivo, o alarma social, a forma de lesão, a reiteração, a reparabilidade ou irreparabilidade da lesão, a insuficiência da sanção civil, deve estabelecer se um fato determinado precisa ou não ser erigido à categoria de crime (Nelson Hungria).

Em suma, seguindo a lição de Hungria, podemos dizer que ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada, da restituição *in specie*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc³²⁹.

Dum outro lado, a experiência da punição no direito civil está longe de nos mostrar o quanto se deve punir, principalmente por meio da responsabilidade civil, para que haja de fato a pretensa repressão almejada. Vale dizer, não há, ainda, como se asseverar que a indenização do dano por si só sirva ou não como desestímulo suficiente para o implemento de que as teorias retributivistas denominaram, conforme a pesquisa de Flávia Portella

³²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-4.

³²⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Püschel³³⁰, de prevenção geral negativa (“atemorizar o público e evitar, por meio do exemplo da punição, que as pessoas venham a delinquir no futuro”), prevenção geral positiva (confirmar expectativas por meio da pena, daqueles que confiam na norma), prevenção especial negativa (impressionar o delinquente negativamente para que, se tiver nova oportunidade, não cometa novamente o ato ilícito) e a prevenção especial positiva (“fomentar o arrependimento do delinquente, de modo a corrigi-lo e levá-lo a seguir o caminho da legalidade”).

Ao revés, buscar esse caráter repressivo, que sequer o direito penal atingiu, no âmbito civil seria causar um desequilíbrio tanto na expectativa do jurisdicionado, que acaba com meias punições, ou punições que não seguem qualquer congruência, racionalidade ou fundamentos objetivos, quanto com um desvirtuamento do sistema e seu refinamento ao longo de sua evolução.

Isso tudo considerado, podemos, então, afirmar que a pena civil (como a do art. 940) é um *resquício* de legislações pretéritas de diplomas civis que ainda não gozavam da evolução de institutos como o dano moral, das cláusulas gerais e da boa-fé objetiva e que, taxativamente e expressamente, tratam de condutas as quais querem ver reprimidas com tamanha veemência que atribuem uma multa, um *plus*, que *ultrapassa o dano*, a ser direcionado à vítima da conduta, como efeito e que, por isso, não fazem parte do sistema da responsabilidade civil desenvolvida.

6.2 DOS INDÍCIOS DO CARÁTER RESQUICIAL DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL

José Luiz Gavião de Almeida identificou o caráter resquicial do art. 940 do CC:

J. M. de Carvalho Santos lembra que a regra existe desde o antigo Direito, e versa caso de *re plus petitur*. A hipótese, tratada anteriormente como ilícito, em época que se confundia o civil e o penal, não causou espanto ao ganhar solução punitiva mesmo em momento em que a responsabilidade civil já induzia reparação. A tradição fez manter o mesmo sistema, com

³³⁰ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 24-25.

aplicação de pena pecuniária independentemente de estar demonstrado que aquele que foi cobrado sofreu qualquer prejuízo³³¹

Como vimos em capítulo anterior, o primeiro traço da feição de reminiscência do art. 940 está na sua presença em todos os diplomas civis brasileiros, desde as Ordenações Filipinas.

Também anteriormente vimos que a própria característica de pena civil desse dispositivo remonta o passado, no qual o dano moral não era aceito e que se utilizava de tipos específicos, casuísticos e taxativos para proteger bens jurídicos hoje abarcados pela cláusula geral do dano e do princípio da reparação integral do art. 944 do CC.

Outra característica próxima a essa ideia de pena civil, ligada ao dano moral, outrossim já mencionada em capítulo anterior, é ligada à dificuldade de se quantificar o dano³³², que, por muitas vezes ao longo da história, quando acompanhado por essa acepção de punição, o vinha com o efeito de indenização por meio de múltiplos do dano, como o é o *dobro* do art. 940 do CC. Bruno Leonardo Câmara Carrá identificou essa ocorrência no direito romano, quando ainda se separava lá a função punitiva da indenizatória:

O fato de serem dadas em dinheiro, diversamente do que ocorre nos dias atuais, não retirava a natureza penal das sanções praticadas no âmbito privado. Esta decorria do caráter sacrílego dos *delicti*, sendo, por séculos, reproduzida a ideia de expiação própria da punição, do sofrimento e castigo que o transgressor deveria sofrer. Desse modo, os atos ilícitos, “conquanto de natureza privada, tinham qualificação penal e o responsável sofria uma pena proporcional à lesão patrimonial causada ou um seu múltiplo”, explica Guido Alpa³³³. É o que se passou a denominar de caráter dúplice dos delitos no Direito Romano.

(...)

³³¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 141.

³³² Quanto a essa dificuldade de quantificar o dano moral: Se a indicação de um valor certo não parece a melhor solução para a reparação do dano moral, e se o montante previsto no parágrafo único do artigo 952 do Código Civil de 2002 mostra-se acanhado, a absoluta falta de parâmetros para a liquidação desses prejuízos também não parece ser adequada. Tanto isso é verdade que Francisco Amaral, analisando diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, considerou os valores arbitrados como paradigmáticos. Mostrou que para uma mesma espécie de lesão, por exemplo a morte de um pai de família, há decisões que estabelecem indenização de 600 salários mínimos e outras de 100 salários mínimos; para o caso de morte de filho, há acórdãos que fixam indenização de 300 salários mínimos, outros de 250, outros de 200 e outros de R\$ 65.000,00. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 32.

³³³ ALPA, Guido. **La responsabilità civile: principi**. Turim: UTET Giuridica, 2010, p. 37.

A composição entre ofensor e vítima consistia inicialmente na entrega de gado, tida à época como moeda de troca, com o tempo convertida em metal. Sendo da essência da punição, por força dessa tradição histórica, a condenação em dinheiro, o caráter repressor ficava por conta das tantas vezes em que ela iria repercutir sobre o patrimônio do agressor. Por isso o caráter plúrimo das condenações, que na origem eram definidas pelas partes, mas posteriormente passaram a ser pautadas pelo Estado para padronizar o preço da expiação³³⁴ (grifamos).

Também presente já na Lei das XII tábuas:

No primeiro caso, é referida a sanção decorrente d'os fractum de um escravo, no segundo as diversas situações de dano previstas na Lei das XII Tábuas, como a do corte de árvores, ou dos danos ao pasto ou às áreas de cultivo, quando o prejuízo era indenizado com base na regra do dobro do valor do prejuízo³³⁵ (grifamos).

Bem como na Lex Aquilla:

Ao redimensionar o conceito de dano, ampliando-o para situações não previstas na Lei Aquilia, a prática romana o convertia em regra geral e, de consequência, ia a passos largos abandonando suas características penais, decorrentes da sobreposição das formas reipersecutórias sobre a condenação plúrima prevista no Plebiscito. A sanção, de fato, adquiria cada vez mais uma função econômica e a expiação pelo plúrimo cedia a critérios mais objetivos e concretos, o que foi obtido através da ideia de *id quod interest*³³⁶ (grifamos).

Na idade média, na Lei Sállica:

Assim foi introduzida na Lei Sállica a obrigatoriedade do *wergeld* (...) ‘multas de composição’. De fato, embora o étimo da palavra *wergeld* signifique literalmente ‘o preço do homem’, a indenização pecuniária por ela entabulada possuía uma nítida finalidade penal, como demonstram os já citados Jean-Philippe Levy e André Castaldo:

‘Uma parte do *wergeld*, um terço ou mais raramente a metade, é percebida pelo rei sob o nome de *fredus*, palavra que recorda o alemão *Frieden*, paz. Trata-se da multa por ter quebrado a paz [...] Já Tácito (Germania, XII) assinala essa utilização. O resto do *wergeld* é destinado à vítima, ou sua família.’

³³⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121-122.

³³⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

³³⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 137.

Por tal razão, o *wergeld* era estabelecido sob a forma de múltiplos, do mesmo modo como eram sancionadas as infrações no Direito Arcaico Romano. Além do retorno à ambiguidade da compensação pecuniária, que, como acima demonstrado, tinha função dúplice, o sistema contido na monolítica Lei dos francos sálíos também representou a volta ao sistema tipológico e fragmentário de enunciação dos delitos³³⁷ (grifamos).

Essa utilização de *múltiplos* para apenar condutas no CC também está presente nos art.1336 e 1337, que falam em múltiplos de “cinco para” e de “dez para” descumprimento de deveres condominiais; no art. 1.259, que trata de pagamento em dobro dos danos quando presente a má-fé quando na construção em solo alheio; no art. 773, que apena em dobro do prêmio estipulado o “segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice”.

6.3 PRINCÍPIOS PENAIS

Munimo-nos novamente do recorte limitante proposto para este trabalho e reconhecemos a necessidade de nos debruçarmos com maior foco a esse tema da possível incidência dos princípios penais nas penas civis, que reputamos de demasiada importância, embora reconheçamos que se trate de matéria por demais densa e que merece uma atenção idônea, notadamente ao se considerar que outras esferas do conhecimento jurídico mais próximas da pena que o direito civil, como é o caso do direito administrativo, reconhecem ser tema de grande controvérsia³³⁸.

Não obstante, oferecemos alguns pontos colhidos pela pesquisa acerca dos princípios penais que podem incidir nas situações reguladas pelo art. 940, por se tratar de pena, observando, com reticências, desde já, a aventada possibilidade de se usar o sistema de cláusulas abertas construído pela evolução da responsabilidade civil, o qual permite maior

³³⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144-145.

³³⁸ Nesse sentido, em trabalho dedicado exatamente a esse desiderato de Nobre Júnior: “Antes de enumerarmos tais balizamentos, faz-se imprescindível indagar se os cânones, de aplicação incontestes no Direito Penal, também encontram guarida para modular a postura sancionatória da Administração”. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, n. 219, p.127-151, jan./mar. 2000.

flexibilidade para tratar seu objeto, os danos, tecnologia esta desenvolvida de modo a não se ater a tipicidades estanques e dispositivos casuísticos taxativos, próprios do direito penal, para a repressão de atos, com limite na extensão do dano, os quais, se devem ser apenados, questionamos, deveriam ou não ser descritos pelo Poder Legislativo, passando por todos os filtros e contensões criados para frear a gana repressiva do Estado como os princípios e garantias de defesa penais?

Com efeito, como vimos, a pena privada no direito romano estava restrita a um rol taxativo de condutas, ao contrário, essa pena privada, que se defende modernamente limita-se apenas ao alvedrio do julgador, não necessitando de tipificação anterior. Esse imbróglio é, o que na esfera penal, Damásio de Jesus chama de princípio da fragmentariedade:

É consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária (mínima). O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário³³⁹.

Alerta José Luiz Gavião de Almeida, citando Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins³⁴⁰:

A aplicação de pena, independentemente de estar ela prevista nas leis criminais ou não, tem limites estabelecidos na Constituição Federal, os quais não podem ser desprezados ou afrontados. Inicia a regulamentação da pena o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, o qual diz não haver crime sem anterior lei que o defina, “nem pena sem prévia cominação legal”. Regra inspirada na liberdade e que visa a garantir a segurança da sociedade, não pode ser afrontada, mesmo que indiretamente ou sob a simulação de dar à pena nome diverso.

“O direito é um instrumento que visa à segurança das relações jurídicas e não haveria, por certo, elemento de mais instabilidade dessas relações que o admitir-se que o Estado pudesse a todo momento revolver o passado para pinçar situações que, praticadas com toda licitude a seu tempo, considerasse hoje como incrimináveis. É óbvio que procedimentos desta sorte só são adotados por Estados que se desgarram dos princípios do Estado de Direito e enveredam pelo campo do arbítrio e do autoritarismo.

³³⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020,

³⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 211.

Na Alemanha nazista, por exemplo, o Código Penal de 1935 chegou a permitir a punição de comportamentos com fundamento nos princípios do direito penal e no ‘são sentimento do povo’”.³⁴¹

Dentre essas dificuldades Flávia Portella Püschel identifica:

O risco à violação do “princípio da legalidade, ao risco de dupla punição (em sede civil e penal), à diferença das garantias dadas ao ofensor nos juízos civil e criminal, ao problema do enriquecimento sem causa da vítima, à questão da possibilidade de responsabilidade civil sem culpa, bem como ao fato de que, em caso de responsabilidade civil, nem sempre o responsável é quem de fato paga o valor da condenação (relação entre responsabilidade civil e seguros)”³⁴².

(...)

O princípio da proporcionalidade, segundo o qual a pena deve ser adequada à medida da culpabilidade, é um princípio que se liga às teorias retributivistas da pena³⁴³

Por primeiro, portanto, temos o princípio da legalidade, positivado na CF, no art. XXXIX, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, repetido no art. 1º do CP.

Corolário do princípio da legalidade, é o princípio da proibição da analogia *in malam partem* que “Corolário da legalidade, proíbe a adequação típica ‘por semelhança’ entre fatos”³⁴⁴, técnica de interpretação e integração civil muito usada e que pode ocorrer, como dissemos, com as teses fixadas no julgamento do EARESP 676.608/RS, que realizou a virada jurisprudencial que deslanchou a permissão da pena do art. 42 do CDC, antes limitada pela interpretação analógica da Súmula 159 do STF, dirigida especificamente ao art. 1531 do CC/16.

Do princípio da legalidade, outrossim, decorre o princípio da anterioridade da lei, que estipula que para que haja pena, deve haver cominação legal, ou seja, descrição específica do ato ilícito em legislação.

³⁴¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 174-175.

³⁴² PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 23.

³⁴³ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 27.

³⁴⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 51.

Ainda sobre o princípio da legalidade, José Luiz Gavião de Almeida faz importante observação de que “O princípio da anterioridade e da tipicidade não prescinde da determinação precisa da pena”³⁴⁵(grifamos). Em relação ao art. 940 do CC, a pena já estaria determinada, no entanto, para outras penas que advogam os defensores do paradigma preventivo, o raciocínio se aplicaria.

Já o princípio da intervenção mínima:

Trata-se de reconhecer que o Direito Penal, por ter como característica a imposição das mais graves penas previstas no ordenamento jurídico, só deve ser utilizado quando absolutamente necessário, intervindo o mínimo possível. Esse princípio encontra origem no pensamento iluminista clássico, a partir do qual se desenvolveu a ideia de que o Estado deve interferir na esfera individual somente o mínimo necessário. Daí decorre que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, o último recurso a ser utilizado pelo Estado para proteger algum bem jurídico³⁴⁶.

Conquanto sirva como argumento para que não sejam tantas as condutas que podem sofrer pena, pode-se alegar que é justamente por esse princípio que a pena civil poderia ser de proveito, haja vista ter menor repercussão na esfera individual do apenado, o qual responderia por pena meramente pecuniária e que não geraria maiores gravames, consectários das sanções do direito penal, tais quais a reincidência (art. 44 do CP) e os maus antecedentes (art. 59 do CP).

Do princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), por sua vez, se entende que

A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade)³⁴⁷.

Este princípio, na esfera civil, impediria a utilização da objetividade que a responsabilidade civil desenvolveu, notadamente em relação à teoria do risco.

³⁴⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p.175.

³⁴⁶ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 53.

³⁴⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 54.

Em relação ao princípio da culpabilidade, seria necessário estudar-se o alcance do parágrafo único do inciso II do art. 18 do CP, que prediz que “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”, que nos faz questionar se não é esse o raciocínio da interpretação da Súmula 159 do STF, que passou a exigir a prova do dolo e não da culpa para a aplicação do art. 1531 do CC/16. Nesse sentido:

Fosse simples pena não poderia ela passar da pessoa que agiu, por força de regra constitucional (Art. 5º, XLV da Constituição Federal). A responsabilidade, ao contrário, na sua evolução, garante convivência com a oneração de terceiro. Demais disso, pena em geral reverte para a sociedade e, aqui, busca-se reparação para aquele que foi cobrado³⁴⁸.

Há, também, o princípio da proporcionalidade:

Princípio da proporcionalidade da pena chamado também de “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena³⁴⁹.

Desse princípio, destacamos que foi consagrado que a pena é medida pela culpa, afirmação que vai na *completa contramão* do quanto se cristalizou no art. 944 do CC, que afirma que a indenização se mede pela extensão do dano. A leitura desse princípio destaca o quanto analisamos anteriormente sobre o direito penal ter se vinculado a (conduta da) “pessoa agente” do ato ilícito e o direito civil ao dano, ou seja, à “pessoa vítima” do ato ilícito.

Prosseguindo a listagem, destacamos o princípio da igualdade pelo qual “todos são iguais perante a lei penal (CF, art. 5º, *caput*), não podendo delinquente ser discriminado em razão de cor, sexo, religião, raça, procedência, etnia etc³⁵⁰”.

Este princípio nos provoca a reflexão quanto aos famigerados parâmetros de fixação do dano moral como pena, especificamente o da “capacidade econômica do autor”, segundo observam Maria Celina Bodin de Moraes e Flávia Portella Püschel:

³⁴⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 134.

³⁴⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 55.

³⁵⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 55.

A partir de 1998, seu entendimento mudou, e as ementas dos acórdãos passaram a fazer referência à fixação proporcional ao “grau de culpa” e ao “porte econômico das partes”, critérios de punição em si mesmos, além da indicação expressa à necessidade de “desestimular o ofensor a repetir o ato” – critério este eminentemente previsto³⁵¹.

A consideração da capacidade econômica do autor do ilícito no cálculo do valor da indenização denota igualmente um objetivo punitivo. Com a aplicação desse critério de quantificação, o Tribunal demonstra a preocupação em evitar que, pelo fato de o valor da condenação representar pouco em relação ao montante de seu patrimônio, possa ser vantajoso para o agente voltar ou continuar a praticar o mesmo tipo de ilícito. A aplicação desse critério demonstra uma preocupação com a prevenção especial, isto é, a preocupação em fazer com que a responsabilidade civil funcione como desestímulo ao agente para a prática daquele tipo de ato³⁵².

Quanto ao princípio da pessoalidade ou intranscendência:

A pena não pode passar da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, da Constituição Federal). Em suma, de acordo com este princípio a pena aplicada só pode ser cumprida pelo réu condenado, não podendo ser transferida a um sucessor ou coautor do delito³⁵³.

Veja-se que, segundo esse princípio, como os efeitos do art. 940 muito ultrapassam a indenização, não poderiam ser passados a herdeiros ou objetos de seguro.

Por sua vez, o Princípio do *ne bis in idem* normatiza que “ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1º) penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2º) processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato”³⁵⁴.

Acerca desse princípio, devemos observar, conforme já comentamos acima, que se se considerarmos o art. 940 como pena e a indenização do dano moral com alguma característica de pena, não poderiam, portanto, serem cumulados. O que discordamos, por entendermos que a indenização não pode ter características penais, possibilitando, assim, a cumulação.

³⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 225.

³⁵² PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 27.

³⁵³ GONÇALVES, 2022, Livro eletrônico, cap.: 20.4. Princípios Relacionados às Penas.

³⁵⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 55.

Quanto ao princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual “não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado — *nullum crimen sine injuria*³⁵⁵”, caso se aplique às penas civis, traria a nulidade do art. 940 do CC, porquanto, na grande maioria das vezes, não haverá dano material, podendo haver o dano moral, que deve ser comprovado e que, como visto, é de difícil comprovação.

Como conclusão à essa breve análise dos princípios penais, podemos nos posicionar ainda mais favoravelmente quanto o caráter resquicial das penas civis e seu deslocamento do sistema da responsabilidade civil.

6.4 A AUSÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DAS PENAS PRIVADAS

Do quanto pesquisado até aqui em relação à pena civil, não achando por demais reafirmar que nos limitamos ao recorte do tema proposto por esta pesquisa, pensamos ser suficiente para concordar com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que caso o direito civil tenda efetivamente para o lado punitivo e repressivo será mais que necessária uma construção de uma teoria geral da pena civil a fim de sistematizar sua efetiva aplicação, sobretudo observando a possibilidade de incidência dos princípios e garantias penais:

As chamadas penas privadas não encontram tratamento sistemático no ordenamento jurídico brasileiro³⁵⁶.

(...)

Falta um tratamento sistemático da matéria, uma efetiva teoria geral das penas privadas, que permita avançar no debate ou mesmo justificar a posteriori todos os esforços despendidos por aqueles que sustentam um caráter adicional punitivo para o direito privado. Tal ausência explica-se, em larga medida, pela indefinição do próprio objeto desta teoria. São múltiplas as normas em que se reconhece um caráter adicional ao ressarcitório, mas nem a doutrina se encontra plenamente de acordo que tal caráter seja, em todos estes casos, punitivo, nem parece possível reconduzir todas estas normas, tão diversas entre si, a uma finalidade única ou a condições comuns, sem recair em uma abstração excessiva. De fato, a imensa disparidade de hipóteses consiste em um dos principais fatores que têm impedido ou dificultado a formulação de uma teoria geral das penas

³⁵⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

³⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 500.

privadas. Uma breve excursão pelo ordenamento jurídico brasileiro pode contribuir para a compreensão do problema³⁵⁷.

Como reforço da ausência de um instituto jurídico de pena privada, recorremos novamente à lição de Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux e Flávia Portella Püschel:

A frase mais expressiva utilizada nas discussões sobre a pena privada é: “funcionará como uma espécie de pena privada”. A necessidade de aplicação de uma pena dessa espécie parece estar estabelecida, mas raramente a doutrina e a jurisprudência afirmam a existência de um instituto jurídico que possa ser denominado pena privada, no nosso direito³⁵⁸. A falta de transparência com relação aos fundamentos e fins perseguidos pela sanção aplicada pelo Judiciário pode resultar em efeitos perversos³⁵⁹.

Outra senda que podemos vislumbrar é a extinção das penas civis, conforme já havia sugerido José de Aguiar Dias:

Devemos e podemos concluir, não obstante a magistral defesa de STARCK, que a pena privada, como assegurava SHERING, sofre a sorte fatal da própria pena. Sua história é a história do seu progressivo desaparecimento³⁶⁰.

O caminho intermediário que encontramos na doutrina seria a tipificação casuística das penas privadas, que poderiam cumprir com alguns dos princípios que vimos acima. No entanto, reafirmamos nossa predileção para a extinção das penas civis ou a criação de uma teoria geral da punição civil, haja vista vislumbrarmos uma incongruência sistêmica do direito civil com as penas. Em relação a essa alternativa da tipificação casuística, a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes:

Na verdade, a solução que se apresenta mais condizente com o instituto da pena privada, ou do caráter punitivo, na responsabilidade civil é normatizar as *fattispecie* merecedoras, do ponto de vista do legislador democrático, de aplicação de pena pecuniária. A questão é, evidentemente, de ordem filosófica e de ordem sociológica e, sucessivamente, de política legislativa, hipóteses para as quais serão sempre insuficientes as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência.

³⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 502.

³⁵⁸ BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 114.

³⁵⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 29.

³⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1979, p. 422 apud BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010, p. 91

A solução que se avizinha, no entanto, através da inserção no novo Código Civil, proposta pelo Projeto de Lei nº 6.960/2002, de uma genérica autorização ao juiz para acréscimo de parcela punitiva, determinando-se que a reparação do dano moral deve constituir também "adequado desestímulo ao lesante" (parágrafo 2º do artigo 944 do Código de 2002), não é à evidência, nem razoável, nem suficiente. Não se indicando claramente os critérios a serem levados em conta, a autorização se configura praticamente como um "cheque branco". O magistrado continua liberado, agora expressamente, para punir (*rectius*, quanto) quiser, e o lesante continua passível de sofrer uma penalidade exemplar³⁶¹.

Assim também é o pensamento de Bruno Leonardo Câmara Carrá:

Além disso, deve passar a admitir a possibilidade de uma pena acessória com efeito agravante sobre a reparação, quando necessária para gerar efeito de temor e desestímulo a determinadas condutas lesivas. A pena civil, nesses termos, permite uma eficácia preventiva concreta, pois inibe, pelo receio de um mal maior consistente no agravamento da reparação patrimonial, condutas antijurídicas havidas como sensíveis pela ordem jurídica³⁶².

Conquanto, observa-se que seja necessário um maior esforço para a criação dessa teoria geral da pena civil, não podemos deixar de indicar os requisitos para a existência da pena privada, desenvolvida por Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux:

Os requisitos de existência da pena privada, no meu entender, são: a) haver previsão legal da infração em uma norma proibitiva no âmbito civil; b) o autor da ação (infração) ser culpável; c) estar prevista no ordenamento jurídico como pena autônoma para essa infração.

As consequências da aplicação da pena privada serão as seguintes: a) o descumprimento do dever legal desencadeia a aplicação da sanção; b) a pena concretiza um conteúdo estabelecido pelo legislador; c) a pena não pode ser substituída por modalidades alternativas, d) o juiz não pode graduar a pena (estabelecendo pena mais ou menos grave), como acontece no âmbito penal e da responsabilidade civil.

As principais distinções entre a responsabilidade civil e a pena privada podem ser assim resumidas: a) a primeira visa a reparação do dano, a segunda assegura um conteúdo ético determinado pelo legislador; b) a responsabilidade baseia-se em regras de compensação, a pena privada não admite gradações; c) a responsabilidade se funda no "justo equilíbrio", por aplicação do princípio da "justiça distributiva"; a pena privada funda-se na justiça como retribuição

³⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 227.

³⁶² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015, p. 275.

Isso é fundamental, pois se, por um lado, a introdução da função punitiva da responsabilidade civil feita pela jurisprudência com base na indeterminação dos critérios para o cálculo do valor da reparação por danos morais tem a vantagem de evitar as dificuldades relacionadas à sua aceitação diante do “princípio da restituição”, por outro lado, a falta de transparência com relação aos fundamentos e fins perseguidos pela sanção aplicada pelo Judiciário pode resultar em efeitos perversos, além de dificultar uma decisão política democrática sobre o tema³⁶³.

³⁶³ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007, p. 29.

7. A PENA CIVIL E A PROVA DA MÁ-FÉ

Uma das grandes dificuldades da pesquisa foi o estudo da relação entre a aplicação do art. 940 e a prova da má-fé. A fim de entendermos a presença desse capítulo neste trabalho, pedimos escusas para uma breve lembrança.

Como vimos anteriormente, a Súmula 159 do STF foi, por muito tempo, interpretada de forma a exigir, para a implementação dos efeitos do art. 940, a prova da má-fé, que pela tamanha dificuldade de se obter, importou-se numa verdadeira revogação do art. 940; e não somente, porquanto serviu de analogia para a equivalente revogação do art. 42 do CDC, que também cuidava da cobrança indevida.

Houve, no entanto, recente guinada jurisprudencial, com o julgamento do EARESP 676.608/RS pelo STJ, que entendeu que o exame do elemento psíquico subjetivo estaria dispensado, pela aplicação da teoria da boa-fé objetiva. Esse entendimento pode vir a ser aplicado pelo art. 940, vez que, como dito, a analogia já ocorreu deste para aquele. Nada impede que o venha daquele para este.

Num primeiro momento, quando ocorreu a inversão da jurisprudência, pensa-se em descartar o quanto pesquisado acerca da comprovação da má-fé, por se tratar de tema já superado há muito pela doutrina, que entende, em sua grande maioria, pela objetividade ou culpa, *presumindo* a má-fé³⁶⁴.

No entanto, no decorrer deste trabalho, acredita-se que as hipóteses do art. 940 não estão insertas no sistema da responsabilidade civil, mas se trata de pena civil, resquício de diplomas privados anteriores.

³⁶⁴ Por todos, o comentário de Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “Veja-se, a propósito, a observação de Caio Mário de que já o anterior art. 1.531 parecia haver abraçado a teoria objetiva (Responsabilidade civil, 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 176), na verdade, segundo o mesmo autor, abrandando-se esse rigor na hermenêutica dada à exacerbação da penalidade, mas valendo a advertência de Aguiar Dias de que, no caso concreto, se exagerada a pena, deveria caber ao juiz sua redução por equidade, para a hipótese concreta (Da responsabilidade civil, 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960, v. II, p. 5210)”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; ANTONINI, Mauro; CARVALHO FILHO, Milton Paulo; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. Barueri: Manole, 2022.

Uma vez não inserto o dispositivo no sistema da responsabilidade civil, seria incabível a *responsabilização objetiva* do autor do fato, o que nos fez questionar diversos pontos: (i) conquanto incida o princípio da boa-fé objetiva na aplicação dos efeitos do art. 940, prescinde dele, porquanto o princípio, no máximo, revelaria ser ato ilícito a cobrança, o que levaria ao uso do sistema da responsabilidade civil, que, como dissemos, é inaplicável. (ii) O mesmo raciocínio ocorre se com o emprego da teoria do abuso de direito. (iii) Trata-se de pena privada, como se daria a imputação da conduta para a aplicação da pena? Isso nos fez cogitar se houve acerto por aquela interpretação da Súmula 159 do STF, que sempre exigiu a prova do elemento subjetivo e desde o princípio procuramos contestar.

De toda feita, nossa conclusão permanece aquela que esposamos anteriormente de que é necessária a criação de uma teoria geral das penas privadas a fim de apurar se os princípios penais incidem no artigo e qual a melhor forma de empregá-los na esfera civil, mister que escapa de nosso recorte proposto pelo trabalho e que merece atenção idônea.

Não obstante, feitos esses questionamentos logo acima e considerando-se a forte tendência de se utilizar de penas junto à reponsabilidade civil, como uma pequena contribuição, aproveitaremos para expor algumas observações, utilizando o quanto e até então pesquisado sobre o tema.

Há mínima parcela da doutrina que entende pela necessidade de comprovação da má-fé, também chamada de “malícia” ou “dolo”; uma delas, a de Washington de Barros Monteiro, afirma que: “sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ela ser aplicada” (grifamos). Outrossim, assevera Paulo Nader que:

A interpretação menos atenta dos arts. 939 a 941 pode levar à conclusão de que, a exemplo da generalidade dos atos ilícitos, as práticas irregulares ali definidas se caracterizam tanto por dolo quanto por culpa stricto sensu, quando na realidade a lição da experiência nos revela que a incidência da sanção penal deve incidir apenas nas condutas dolosas. Se assim não fora, ter-se-ia um desestímulo para muitos credores pleitearem em juízo, dado que, especialmente em se tratando de quantias vultosas, a eventual condenação poderia ter efeito desastroso no patrimônio do autor da ação³⁶⁵.

³⁶⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p. 288.

Mesmo com intensa pesquisa e esforço, pouco se encontrou no tocante à como se dá a prova do dolo e da má-fé.

Na esfera penal, na realidade, também na processual penal, apesar de o dolo ser objeto de tratamento constante, muito pouco consegue-se encontrar sobre o tema de maneira desenvolvida. Com efeito, afirma Pedro Jorge Costa que pouco se encontra a respeito da prova dos componentes psicológicos do dolo e que os julgamentos, em verdade, são realizados pela valoração normativa do julgador pela análise de padrões de comportamento e não tanto por indícios ou regras de experiência, o que pode trazer preconceitos e aplicações sem muito fundamento:

A doutrina, inclusive a estrangeira, é extremamente pobre quanto a esse tema. Pouco se encontra a respeito da prova dos componentes psicológicos do dolo. Mesmo os que entendem que a prova se faz por indícios quase não avançam no debate sobre quais seriam eles. Também se deixou assente no capítulo anterior que, ciente ou conscientemente, mas inevitavelmente, julga-se a existência dos elementos psicológicos do dolo por padrões de comportamento. Para os que creem que a prova do que se passou na cabeça do agente se faz mediante indícios, pelas regras de experiência. Na posição ora defendida, faz-se pela comparação entre comportamentos, que constituem os estados mentais. Todavia, não parece ainda possível afirmar, à maneira das ciências exatas, isto é, com certeza, mesmo necessariamente provisória, se alguém praticou alguma conduta com determinada intenção. A solução é, argumentativamente, buscar encontrar o estado mental pela conduta. Obviamente, não há como traçar regras prévias para constatar os estados mentais em todos os casos concretos. Tanto não quer dizer que não se possam discutir padrões gerais de comportamentos, deixando o tema, como hoje, para uma quase insindicável persuasão racional do juiz, a qual pode esconder preconceitos e regras sem qualquer embasamento (grifamos)³⁶⁶.

Em verdade, a doutrina normalmente afirma não só a agrura de comprovação da má-fé, malícia ou dolo, mas também da dificuldade de comprovação até mesmo da *culpa*. Tanto que se prega que houve o “ocaso da culpa”, como filtro da responsabilidade civil, justamente pela intrincada tarefa que é sua comprovação, prova está que Anderson Schreiber qualificou como diabólica:

3. A prova diabólica.

³⁶⁶ COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Coleção ciência criminal contemporânea.** São Paulo, Atlas, 2015, v.3, p. 237.

Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação.

Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina, lembrada na célebre indagação de Philippe le Tournéu: “Quel juge pourrait sonder les reins et les coeurs? Serait-ce vraiment justice?”³⁶⁷.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho aduzem que “de fato devendo ser provada em concreto a culpa (ou o dolo), a concretização da indenização tornava-se difícil nesses acidentes, gerando injustiças em concreto”³⁶⁸.

Na busca de se entender por que pensavam assim esses grandes civilistas, cogitamos investigar a boa-fé subjetiva, a qual por definição cogita de estados internos psicológicos e subjetivos. No entanto, ainda sobre essa matéria, a doutrina prega a dificuldade de comprová-la:

(...) resume estado interno, cuja apuração deverá, então, ser necessariamente escorada em indícios, manifestações externas, que dissequem o comportamento malicioso do agente, ou indiquem ser inequivocamente falso o suposto estado de ignorância presumido em seu favor. Excepcionando-se raros casos de confissão, é improvável que se alcance a genuína posição mental do sujeito. O julgador não tem formas de apurar com precisão a subjetividade do agente, dependendo exclusivamente de elementos externos a este, como já reconhecera Menezes Cordeiro³⁶⁹.

Em relação a esses “elementos externos” Rodrigo Leitão Requena afirma que, como a má-fé “implica em uma abstração (um estado anímico)”, deve ser “apurada contextualmente”³⁷⁰.

³⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

³⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 166.

³⁶⁹ REQUENA, Rodrigo Leitão. Confusão na aplicação da boa-fé: contraposição de conceitos e seus reflexos na recente jurisprudência do TJRJ. In: SALGADO, Bernardo; TERRA, Aline de Miranda Valverde (org.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

³⁷⁰ REQUENA, Rodrigo Leitão. Confusão na aplicação da boa-fé: contraposição de conceitos e seus reflexos na recente jurisprudência do TJRJ. In: SALGADO, Bernardo; TERRA, Aline de Miranda Valverde (org.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

Atentando-nos à presença dos conceitos de “presunção” e “indícios” em relação à prova da boa-fé subjetiva, esse meio de comprovação foi tomando mais importância:

Por essa razão, a incidência das regras legais atinentes à tutela da boa-fé subjetiva implica – por definição – a pesquisa sobre a subjetividade. Com base em dados empíricos se averigua se ali está ou não presente o estado de crença (psicológica) vivenciada pelo sujeito titular do interesse protegido que justificará a proteção outorgada pelo Ordenamento.

A pesquisa da situação de fato ou do estado (o «estar de boa-fé») é realizada no plano do mero conhecimento, ou é apanhada por uma presunção hominis: o sujeito está de boa-fé apenas porque não tem conhecimento de lesar os direitos alheios, acreditando titular, ele mesmo, o direito em causa, ou por confiar na credibilidade de determinada situação que lhe é apresentada.

Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem (grifamos)

³⁷¹.

No mesmo sentido de presunção, detalha José Luiz Gavião de Almeida acerca da culpa:

Por idêntica solução passou a culpa. Quando impossível sua comprovação, embora visível sua ocorrência optou o legislador por presumi-la, garantindo à vítima a restauração do seu direito que havia sido violado³⁷² (grifamos).

Com efeito, a presunção é meio de prova, positivada no art. 212 do CC, que prediz: “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...) IV – presunção”.

Segundo a doutrina de Nestor Duarte Laspro³⁷³:

Presunção, no dizer de Paula Batista³⁷⁴, “é a conseqüência que a lei ou o juiz tira de um facto certo como prova de um outro facto, cuja verdade se quer saber” (Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica, 8. ed. São Paulo, Acadêmica Saraiva, Cia, 1935, p. 107).

³⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁷² ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011, p. 124.

³⁷³ DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (coord.). **Código civil comentado**. 4. ed. Barueri, Manole, 2010, p. 171.

³⁷⁴ BATISTA, Paula. **Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1935, p. 107.

A doutrina processual distingue a prova, a presunção e o indício:

A presunção representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão de que outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido. Há uma relação entre fato indiciário (provado) e fato presumido (não provado), decorrente da constatação lógica de que, se o primeiro ocorreu, muito provavelmente o segundo também terá ocorrido. A melhor doutrina afirma corretamente que a presunção não se confunde com a prova, sendo a primeira um ponto de chegada (correspondente ao conhecimento adquirido pelo juiz) e a segunda, um ponto de partida (algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de algum fato). O indício, por sua vez, é ao mesmo tempo um ponto de partida (algo que permite ao juiz o conhecimento) e um ponto de chegada (fato provado)³⁷⁵.

Em obra específica sobre o tema, Carlos Alberto Dabus Maluf dá sinal de que a palavra “presunção” também é vítima da superutilização a que tratamos no capítulo “Da interpretação, da superutilização e descaracterização sistêmica de palavras com teor abstrato”:

Explica François Gorphe, citado por José Frederico Marques nas Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, Forense, Rio, 1959 — que a prova por indícios, presunções e circunstâncias é de grande extensão e mal definida, consistindo ela em «recolher e interpretar todos os fatos ou circunstâncias que possam levar à descoberta da verdade». Sem embargo disto, não há denominação bem precisa sobre essa prova. «Os civilistas preferem falar de presunções», enquanto que os criminalistas usam da expressão indícios e «les juristes anglais ou américains de circonstances» (L'Appréciation des Preuves en Justice, 1947, p. 246).

(...)

Segundo Pedro Batista Martins em seus Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Rio, Forense, 1960, vol. III, t. 2º, p. 69, as teorias, entretanto, se multiplicam quando se trata de analisar as relações intrínsecas entre a presunção e a prova. Dessas várias teorias emerge, em primeiro plano, a da sub-rogação, segundo a qual a presunção não é uma prova, mas dela apenas faz as vezes, na impossibilidade, ou na extrema dificuldade, de produção da prova direta do fato³⁷⁶ (grifamos).

³⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 732.

³⁷⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Orgs.). **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 203.

Aqui encontramos, portanto, alguma explicação pelo fato de a doutrina, por vezes, mencionar presunção contra o autor da cobrança indevida³⁷⁷, qual seja, a polissemia da palavra presunção. Cumpre-nos, portanto, refiná-la, utilizando-nos de obra específica de Carlos Alberto Dabus Maluf.

Assim, o festejado autor distingue presunção de prova, sendo esta, portanto, certeza e aquela, probabilidade. Outra distinção necessária é a em relação às presunções: “a) legais absolutas, ou *júris et de jure*; b) legais condicionais, ou *júris tantum*; c) comuns ou *hominis*”³⁷⁸.

As primeiras, são os fatos que a lei “expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário”.

Já as condicionais são aquelas que a “lei estabelece expressamente como verdade, enquanto não há prova em contrário. Estas presunções dispensam do ônus da prova aquele que as tem em seu favor” (...). “Em tal caso, o fato se considerará existente até que o interessado, não importe se o autor ou o réu, apresente prova em contrário”, assim depreende-se que “têm como característica principal a inversão do ônus *probandi*”. Em interessante comentário, acrescenta que “o que ocorre é apenas a facilitação da prova, pois que se desobriga a parte de provar diretamente o fato *probandum*, contentando-se a lei com a prova de um outro fato, do qual se possa inferir o primeiro”.

Em relação às últimas, comuns, “não são estabelecidas na lei. Ao contrário, fundam-se naquilo que ordinariamente acontece” (...) “Dá-se-lhes a denominação de presunções *hominis* por serem presunções de que o juiz, como homem, ‘se utiliza no correr da lide para formar sua convicção como faria qualquer raciocinado fora do processo’”, raciocínio esse

³⁷⁷ Dentre eles: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 422 e 101; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5, p. 557; GODOY, Claudio Luiz Bueno de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; ANTONINI, Mauro; CARVALHO FILHO, Milton Paulo; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. Barueri: Manole, 2022; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações, Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécie de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIV, p. 47.

³⁷⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Orgs.). **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 204.

que se dá “Segundo a experiência que temos da ordem normal das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nos é conhecida a existência de um dos dois, presumimos a existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas”³⁷⁹.

Essa presunção “dá margem a que o juiz atue livremente na escolha do ‘fato que há de servir de base para formular a presunção’, e ainda, sob certo aspecto, ‘para deduzir suas consequências’³⁸⁰”.

Com interessantíssima citação a Carvalho Santos³⁸¹, ensina Carlos Alberto Dabus Maluf que:

Continua o saudoso escritor: «O que se exige, também, é que as presunções sejam graves, precisas e concordantes. São graves, quando as relações do fato desconhecido com o fato conhecido são tais, que a existência de um estabelece, por indução necessária, a existência do outro. São precisas, quando as induções, resultando do fato conhecido, tendem a estabelecer direta e particularmente o fato desconhecido e contestado. São concordantes, enfim, quando, tendo todas uma origem comum ou diferente, tendem, pelo conjunto e harmonia, a firmar o fato que se quer provar (Laurent, e Labori, obra cit., vol. Preuve, n° 522).

Ora, é exatamente essa a hipótese da presunção que se deve aplicar à má-fé ou dolo a serem investigadas quando das condutas de cobrança indevida do art. 940. Principalmente ao se considerar o art. 941, porquanto, se a cobrança deve ser judicial, como já concluímos acima, e o autor não desiste da ação até a contestação, ao revés, prossegue após essa, dificilmente se verá, nessa hipótese, presunções que não sejam graves, precisas e concordantes.

Mais especificamente quanto aos atos de má-fé, Carlos Alberto Dabus Maluf, com base no art. 252 do Código de Processo de 1939 que rezava *in verbis*: O dolo, a fraude, a simulação e, em geral os atos de má fé, poderão ser provados por indícios e circunstâncias”, nos ensina que:

³⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. 4. ed., Napoli: N. Jovene, 1928, p. 853.

³⁸⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1959, p. 486.

³⁸¹ SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 403.

“nem a fraude, nem a simulação, nem, em geral, os atos de má fé se presumem. Devem ser provados, para que o juiz admita a existência de tais vícios. Mas, como em geral todo ato que envolve má fé, é praticado secretamente, afastada a possibilidade de qualquer testemunho, admite a lei uma certa liberdade quanto à sua prova, no sentido de facilitá-la, pois, não seria justo que, da dificuldade de prova, deliberadamente procurada, pudesse a parte que agiu de má fé tirar partido (conforme Carvalho Santos, obra cit., p. 405). assentado pelos tratadistas que, em matéria de fraude, e, em geral, quanto à prova de todo ato em que se procura iludir a outrem, admite-se como de grande relevo, não a prova incisiva, mas a certeza inferida de indícios e circunstâncias. Por isso mesmo que o ato é rodeado das máximas cautelas para não ser conhecido ou para ser interpretado sob prisma diverso do verdadeiro, o processo da investigação e julgamento deve ser livre de entraves ou preceitos formais, que só serviriam para que o dolo ficasse encoberto.”

Isso tudo considerado nos faz concluir que essa prova da má-fé pela interpretação que se dá à Súmula 159 do STF, com o devido respeito, é desarrazoada. Afastar-se os efeitos do artigo por entender que não houve comprovação da má-fé, não passa de uma manifesta declaração de *Non liquet*. Deveria, antes de utilizar-se da fórmula mágica enxergada pelo texto da Súmula 159 do STF, como pretexto para *non liquet*, proceder a utilizar presunções, principalmente ante a dificuldade da parte que sofre a cobrança indevida de comprovar o estado psíquico improvável do autor.

É como conclui Carlos Alberto Dabus Maluf, com citação de Jorge Americano³⁸²:

Se da combinação dos elementos em estudo transparece o conluio ou a má fé, dela não se pode exigir prova incisiva. O fato de natureza oculta foge à luz, procurando vestir-se sob formas irreconhecíveis, e a prova direta jamais pode trazer contingente de relevo à elucidação (...).

E, escusando-nos da inevitabilidade de termo-nos utilizado com tanta extensão de seu trabalho, porquanto não pudemos afastar a precisão com que o tema é tratado e que se relaciona com o nosso escopo, encerramos esse capítulo com uma última transcrição:

Como acentua Carvalho Santos, obra cit., p. 406, «não é outra coisa que o Código aqui dispõe, afastando-se daquelas legislações que expressamente dispunham que os indícios, sendo graves e concordantes, fazem prova plena». Prossegue Carvalho Santos esclarecendo que não quer isso dizer que o juiz não deva se orientar, buscando conhecer o ensinamento da doutrina, mas certo de que a este não ficará adstrito, quanto à formação de

³⁸² AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1, p. 395.

sua convicção, na apuração do exato valor probante que deva dar aos indícios provados nos autos.

CONCLUSÃO

Este trabalho se iniciou instigado pela sociedade de risco e seus contratos, que são, em grande maioria classificados hoje como essenciais, de adesão e que têm mínima possibilidade do contratante participar da negociação e cuja execução é completamente despersonalizada, com suporte padronizado impessoal e que, ante a mora ou inadimplemento da parte contratada normalmente deixa sobrar ao contratante apenas a possibilidade de pugnar judicialmente por indenizações, essas, a nosso sentir, normalmente buscadas com certo cunho vingativo e punitivo.

A fim de compreender como se dá essa dinâmica entre as áreas obrigacionais contratuais e extracontratuais escolhemos, como forma de recortar essa pesquisa, um dispositivo legal que taxativamente impunha uma pena à parte contratada, que parecia estar ligada aos institutos dos negócios jurídicos, da boa-fé e dos danos morais e da punição: o art. 940 do CC, que trata da cobrança indevida e seus efeitos.

A presente pesquisa deu o primeiro passo com a análise do histórico legislativo da positivação desse dispositivo. Percebe-se sua presença em todos os diplomas legislativos e o exame da evolução do texto legal ao longo do tempo nos mostrou a opção e a apuração do legislador de seu caráter punitivo, por vezes demasiado e um tanto anacrônico.

O exame dos corpos legais civis nos revelou a evolução do tratamento do direito obrigacional e do surgimento da responsabilidade civil, antes, taxativa, casuística e que descrevia os atos ilícitos e suas consequências privadas legais, com dispositivos que foram sendo substituídos pelo cunho objetivo que a responsabilidade civil desenvolveu, de forma que pudemos constatar que o art. 940 tem características resquiciais, por preservar essa qualidade típica de dispositivos penais.

A fim de levantar os fundamentos da jurisprudência acerca do art. 940 do CC, fez-se um estudo detalhado dos fundamentos apresentados pelos precedentes da Súmula 159 do STF, que era interpretada pelos tribunais como a exigir a prova da má-fé para aplicação do art. 940, requisito esse que nos parecia equivocado, sentimento compartilhado pela grande maioria da doutrina e que praticamente revogava esse dispositivo legal, por impossibilitar a

aplicação de seus efeitos. Posteriormente inventariamos os fundamentos da decisão que representou uma guinada jurisprudencial, o EARESP 676.608/RS de 21/10/2020, que finalmente marcou a interpretação do art. 42, também esvaziado pela mesma interpretação da Súmula 159 do STF, dirigindo-a para a responsabilidade objetiva, pelo influxo da boa-fé objetiva. Apesar de tratarem do art. 42 do CDC e trazerem muitos argumentos que estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, que têm características, garantias e princípios não aplicáveis ao art. 940, alguns poderiam ser importados, principalmente considerando que a Súmula 159 do STF foi utilizada para o art. 42.

Ambos os Tribunais Superiores, em nossa opinião, não trouxeram fundamentação idônea, pela falta de desenvolvimento e preenchimento dos institutos trazidos para a decisão, mas apresentaram argumentação que tangia conceitos importantes para nossa pesquisa, tais como a exigência ou não de elemento psicológico, dolo, culpa, má-fé, prova diabólica, boa-fé objetiva, culpabilidade, causalidade, dentre outros.

O próximo passo lógico, seria debruçarmo-nos nos princípios que incidiam sobre o art. 940 do CC. Fizemos uma exploração dos princípios da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, função social e boa-fé objetiva. Pudemos entender que embora a vontade do contratante seja minorada na maioria das relações contratuais hodiernas, a sociedade de consumo precisou de um instrumento ágil a fim de garantir o maior acesso a toda a população de serviços e produtos e que as vicissitudes e abusos que pudessem ser cometidos nessas relações desbalanceadas podem ser suficientemente enfrentados pelos princípios e normas desenvolvidos pela ciência do direito, notadamente com o advento da tecnologia das cláusulas gerais.

O estudo da interpretação e utilização das cláusulas gerais trouxe-nos a conclusão de que é necessário que sejam preenchidos por fatos, valores e normas para o melhor funcionamento do sistema do direito, que utiliza linguagem especificada, especializada e apurada para realizar suas operações. Pondera-se o direito como um sistema autopoietico para reconhecer que se retroalimenta das informações que capta de seu ambiente, de si e de seus subsistemas, os quais são a doutrina, a jurisprudência, a academia etc. Essa retroalimentação é processada pelo código do sistema do direito que calibra as informações e reajusta os termos para que sejam incorporados em seu próprio código, que pode ou não se

transformar em decorrência. Constatamos que a superutilização de conceitos como pena, dolo, punição, boa-fé objetiva, dignidade etc. de forma atécnica pode trazer uma descaracterização da sistemática refinada ao logo da evolução do direito.

Foi o que se mostrou da análise da separação entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, as quais tiveram, em suas origens, contato intrínseco, mas foram se especializando ao longo da evolução da sociedade. A dinamicidade do mercado e da economia, típica de sociedades mais desenvolvidas, urge a criação de uma teoria da responsabilidade mais rápida e flexível, que acarreta a distanciação do paradigma preventivo repressor de condutas, que é mais casuístico e tipificado, demorado.

Ao longo do tempo, foi possível observar que quando as sociedades se recrudesciam, após guerras ou derrocadas e voltavam a ser eminentemente agrárias, a responsabilidade civil e a penal voltavam a se confundir, mas, ao passo que florescia, a responsabilidade civil se especializava no dano, desfojava da conduta e do ato ilícito do ofensor, para se concentrar na indenização. Com a chegada da indústria e da sociedade de risco, houve o ocaso da culpa e a criação da responsabilidade objetiva, tecnologia que superava a dificuldade de comprovação do elemento anímico das condutas e possibilitava o maior acesso às indenizações.

Daí concluiu-se que o art. 940 do CC é uma pena civil, por trazer um efeito que é muito maior que o dano e, portanto, não pode ser chamado de indenização, bem como por ser uma reminiscência dos diplomas legislativos anteriores. Outra característica sua remonta o período em que o ordenamento jurídico se recusava a reconhecer do dano moral e, portanto, positivava normas de cunho punitivo para tratar de bens da personalidade, hoje superados.

Foi possível identificar, também, que dispositivos que trazem como pena múltiplos, como é o caso do dobro, eram utilizados para trazer penas civis, presente na Lei das XII Tábuas, na Lei Sállica, na Lex Aquilla, dentre outras. Por ser pena civil, em nossa opinião, está separado, o art. 940, do sistema de responsabilidade civil e, por isso, apesar de incidirem sobre as hipóteses por ele abarcadas o princípio da boa-fé objetiva, prescinde dele para a aplicação de seus efeitos.

Da mesma feita, a teoria do abuso de direito não se aproveita nessas hipóteses, salvo para requerer pedido de indenização paralelo, que pode ser concomitante ao requerimento da

incidência da pena civil. Isso porque a boa-fé objetiva e o abuso do direito, no máximo, demonstraria o ato ilícito, a fim de trazer a indenização de eventual dano, utilizando-se da responsabilização objetiva. A pena civil do art. 940 do CC ultrapassa os danos.

A pena civil não tem conceito apurado no direito civil, que, como já dito, se especializou no paradigma reparatório e se distanciou do paradigma punitivo, preventivo e repressivo. O estudo do art. 940 nos trouxe preocupações quanto a incidência de princípios consagrados pela esfera penal do direito, tais como o princípio da legalidade, da pessoalidade ou transcendência, da culpabilidade etc.

Por tudo isso, adere-se do pensamento da criação de uma teoria geral das penas privadas, a fim de desenvolver um tratamento sistemático da matéria, principalmente atentando pela aplicação ou não dos princípios e garantias consagrados no direito penal. Como caminho alternativo, apoiamos a extinção das penas civis, já sugerida há tempos por parte da doutrina. Reconhecemos, entretanto, o caminho intermediário da tipificação casuística das penas privadas e, por isso, oferecemos o quanto pudemos pesquisar sobre a comprovação do dolo e da má-fé.

Por fim, concluiu-se por aderir energicamente à proposta de desenvolvimento conglobante do tratamento do dano e do ato ilícito pelas várias esferas do direito e da sociedade, que dispõem não só da teoria da responsabilidade civil, mas de diversos outros ramos que podem e devem tratar deles, tais como o próprio direito penal, o direito administrativo, o Poder legislativo, e o Poder Executivo, que dispõe de órgãos reguladores, com um apelo ao desenvolvimento maior da participação cívica e cidadã na sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito civil: família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ALMEIDA, Jose Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2007, v. 1.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002**. 2011. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 43/2010, São Paulo, 2011.
- ALPA, Guido. **La responsabilità civile: principi**. Turim: UTET Giuridica, 2010.
- ALVES, João Luiz; CHAMOUN, Ebert. **Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgado pela Lei n. 3071, de 1 de janeiro de 1916. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
- ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código civil anotado**. São Paulo: Método, 2005.
- AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1.
- AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**, parte II, questão 96, art. 4, solução.
- ARAÚJO, Luciana Kuchenbecker. **Na ordem direta, o sujeito é disposto na oração antes do predicado**. Disponível em: <<https://www.portugues.com.br/gramatica/disposicoes-sujeito-na-oracao.html#:~:text=Na%20ordem%20direta%2C%20o%20sujeito,se%20muito%20com%20os%20filhos.&text=Os%20perfumes%20me%20d%C3%A3o%20alergias%20no%20pesco%C3%A7o>> Acesso em: 23 mai. 2023.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Paulo Cachapuz de (org.). **O ensino jurídico no limiar do novo século. Edição comemorativa do cinquentenário (1947-1997)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 18.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista: Antônio Junqueira de Azevedo. RTDC: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato.** São Paulo: Revista dos Tribunais.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 579-590, jan./dez. 2007.

BARBOSA, Samuel Rodrigues (Coord.) Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BATISTA, Paula. **Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica.** 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1935.

BBC News Brasil. **‘Você não presta para nada’**: a rotina de estresse, xingamentos e pressão dos atendentes de telemarketing. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-44325034>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2023.

BESSONE, Mario. **La responsabilità civile.** 3. ed. Milan: Giuffrè, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado.** 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada.** São Paulo, 2010.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Diário**

Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASÍLIA. Recurso Especial 1.404.914 - RS (2013/0301862-4), Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: Claro S.A. Apelada: Iacy Fusco. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 11 jun. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10981067&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.164.061 - PR (2017/0220360-4), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Antônio Paes Neto. Agravado: Condomínio Edifício Santa Catarina. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26 abr. 2018. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81332262&num_registro=201702203604&data=20180426&tipo=5&formato=PD>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 614.057 – MS (2014/0295002-8), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Milton Emílio Schmaedecke e Banco do Brasil S.A. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 18 ago. 2016. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63499111&num_registro=201402950028&data=20160825&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 757.867 – SP (2015/0190460-4), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: LPS Brasil Consultoria de imóveis S.A. Agravado: Valmir Mongiat. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 06 jun. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72181396&num_registro=201501904604&data=20170613&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 972.122 – SP (2016/02236025), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura OAPED. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69329402&num_registro=201602236025&data=20170320&tipo=5&formato=PD>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1250347/RS - RS (2011/0090384-5), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Rio Grande Energia S.A. Agravado: Garradeira Comércio de Pneus Ltda. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 21 ago. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74424342&num_registro=201100903845&data=20170821&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1.488.240 – RJ (2014/0265436-1), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Edison Mileski. Agravado: Empresa Gestora de Ativos - EMGEA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 01 mar. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68851826&num_registro=201402654361&data=20170301&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 192.989 – MS (2012/0127600-0), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Águas Gariroba S.A. Agravado: Luiz Yoshi Kohatsu. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 11 nov. 2012. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24184602&num_registro=201201276000&data=20120911&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 646.419 – MG (2014/0345763), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Benedito Pacífico Neto. Agravado: Rita de Cássia Cordeiro Cerqueira. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 01 fev. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67808315&num_registro=201403457636&data=20170201&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 664.888 – RJ (2015/0035507-2), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: Marli Feiden. Agravado: OI S.A. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 mar. 2016.

Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57710731&num_registro=201500355072&data=20160307&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 723.170 – RS (2015/0133923-0), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Sadi Luiz Lampert e outros. Agravado: OI S.A. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 28 set. 2015. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51300722&num_registro=201501339230&data=20150928&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 756.384 – RS (2015/0191128-8), Órgão Julgador: Quarta Turma. Embargante: Luiz Valmir Bauer. Embargado: OI S.A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 19 fev.

2016. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57165051&num_registro=201501911288&data=20160219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.079.690 - ES (2008/0170899-1), Órgão Julgador: Terceira Turma. Agravante: José Augusto Simão e outro. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro: Sidnei Beneti. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 16 jun. 2011. Disponível em:

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-RESP_1079690_aa1df.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1686497535&Signature=ZPbeb%2FihVixgP4Cm%2FmzFIJrCtso%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.203.426– SP (2010/0126683-9), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Agravado: ISRACO Indústria e Comércio Ltda. Relatora: Ministro Sérgio Kukina. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 28 nov. 2014.

Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42086856&num_registro=201001266839&data=20141128&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.229.773 – SP (2010/0225045-8), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: Vahrcav Participações Ltda. Agravado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 05 fev. 2013.

Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25573665&num_registro=201002250458&data=20130205&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.505.340 – RS (2014/0323525-2), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: TOP 1 Comércio de Alimentos Ltda e outros. Agravado: SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Relatora: Ministro Mauro Campbell Marques. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 28 mai. 2015. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47797642&num_registro=201403235252&data=20150528&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 694.153/SP – SP (2015/0095859-3), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Banco Santander Brasil. Agravado: ACRUX Calçados LTDA. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2016. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47797642&num_registro=201403235252&data=20150528&tipo=91&formato=PDF>

encial=58558969&num_registro=201500958593&data=20160330&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Embargos de Divergência em REsp nº 1.504.572 – PE (2014/0335685-7), Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravante: Cavalcanti Gonçalves e Companhia LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 13 mar. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50239407&num_registro=201403356857&data=20151005&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 431.065 – SC (2013/0376326-8), Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Brasil Telecom S.A. Agravado: SCM Group Tecmatic Máquinas e Equipamentos S.A. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 03 fev. 2014. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32926536&num_registro=201303763268&data=20140203&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 569.890 – RJ (2014/0219127-5), Órgão Julgador: Quarta Turma. Agravante: Bradesco Saúde S.A. Agravado: Júlio Vito Pentagna Guimarães. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 06 jun. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74365101&num_registro=201402191275&data=20170822&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.388.972 – SC (2013/0176026-2), Órgão Julgador: Primeira Turma. Recorrente: HSBC Banck Brasil S.A. Recorrido: USINAGENS CARNEIRO LTDA. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 13 mar. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69184501&num_registro=201301760262&data=20170313&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.663.458 – SC (2017/052247-0), Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Fundação Universidade do Vale do Itajaí. Recorrido: Agda Solange Zimmermann. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 15 mar. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71930278&num_registro=201700522470&data=20170616&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.079.064 – SP (2008/0171607-0). Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Suzano. Recorrido: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP.

Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 abr. 2009. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4800693&num_registro=200801716070&data=20090420&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1537890 – RJ (2013/0065925-5), Órgão Julgador: Terceira Turma. Recorrente: GESTRAVEL Gestão Comercialização e Planejamento de férias Ltda e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 14 mar. 2016. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57905858&num_registro=201300659255&data=20160314&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1539815 – DF (2015/0150071-9), Órgão Julgador: Terceira Turma. Recorrente: Orlando Clapp Filho. Recorrido: AMIL Assistência Médica Internacional S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 14 fev. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67306684&num_registro=201501500719&data=20170214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1659509 – SE (2015/0242029-2). Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: ENERGISA – Empresa Energética de Sergipe S.A. Recorrido: João Pereira de Andrade. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 12 mai. 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71594411&num_registro=201502420292&data=20170512&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 622**: Recurso Especial nº 1.111.270 – PR (2009/0015798-8), Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=622&cod_tema_final=622. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 742**: Reclamação nº 12.062 – GO (2013/0090064-6). Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=742&cod_tema_final=742>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 929**: Recurso Especial nº 1.823.218 – AC (2019/0187097-6). Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=929&cod_tema_final=929>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 939:** Recurso Especial nº 1.551.968/SP (2015/0216201-2). Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=939&cod_tema_final=939>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 953:** Recurso Especial nº 1.388.972 – SC (2013/0176026-2). Disponível em:
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301760262>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 954:** Recurso Especial nº 1.525.174 – RS (2015/0084767-9). Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=954&cod_tema_final=954>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 23.317 / RJ – Rio de Janeiro, Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Graciano Marques de Figueiredo e outro. Agravado: Arthur Figueiredo e outro. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 08 jul. 1961. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur172471/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 26.478 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Egydio Francisco Zanotta. Agravado: Gabriel José de Paiva e outros. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 nov. 1963. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175411/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608 – RS (2015/0049776-9), Órgão Julgador: Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Embargante: Maria Ritta Lemos de Almeida. Embargado: OI S.A. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 mar. 2021. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58120459&num_registro=201500497769&data=20210330&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 461/63 primeira / GB - Guanabara, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Reclamante: Maurice Danon. Reclamado: Juiz de direito da 18ª vara cível do Estado da Guanabara. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 12 set. 1963. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152043/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 46.213/1962 / RS – Rio Grande do Sul, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Hugo Alberto Borja Coimbra. Recorrida: Indústrias Reunidas Orlandini S.A. Relator: Ministro Victor Nunes. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 30 out. 1962. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142307/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.893/1961 / Minas Gerais, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: Lázaro da Costa Galvão. Recorrido: Avelino Aldighieri. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 07 dez. 1961. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175577/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.986/1961 / SP – São Paulo, Órgão Julgador: Segunda Turma. Recorrente: José Juri. Recorrido: Orlando Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 20 nov. 1961. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur142885/false>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CABRAL, Plínio. **Propaganda — técnica da comunicação industrial e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1993, *apud* SATO, Miriam Keiko de Souza. A propaganda e a publicidade de medicamentos e a informação ao consumidor. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 89-115, nov. 2002.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Dictionary**. Disponível em:

<<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/standard>>. Acesso em: 29 out. 2022.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos de uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. 4. ed., Napoli: N. Jovene, 1928.

CORREDOR, Felipe Parrado. J. B. Watson y la publicidad, los inicios de la psicología del consumidor. **Revista Colombiana de Psicología**, Colômbia, v. 22, n. 2, p. 401-406, 2013.

COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Coleção ciência criminal contemporânea**. São Paulo, Atlas, 2015, v.3.

DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DARTANHAM, Alexandre; NANNI, Giovanni Ettore (org). **Comentários ao Código civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2, p. 422 e 101; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5, p. 557; GODOY, Claudio Luiz Bueno de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; ANTONINI, Mauro; CARVALHO FILHO, Milton

Paulo; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. Barueri: Manole, 2022; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações, Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécie de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIV.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. I, p. 735, citado por PÜSCHEL, Flavia Portella; ASSIS, Marta Rodriguez de. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu (Org.); MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1979, p. 422 apud BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **A função ética da pena privada**. São Paulo, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 295.

DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (coord.). **Código civil comentado**. 4. ed. Barueri, Manole, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf; AMORIM, José Roberto Neves; BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; ANTONINI, Mauro; CARVALHO FILHO, Milton Paulo; ROSENVALD, Nelson; DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. Barueri: Manole, 2022.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo; DE BRITO, Reginalda Paranhos. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Jurisprudência como fonte de direito na teoria de sistemas sociais autopoieticos. **Revista Brasileira De Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 20-30, jul./dez., 2014.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás, v. 31, n. 1, p. 33-59, jan./jun. 2007.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, n. 86, 1941.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOSIOP, Roberto José Covaia; LIMA, José Edmilson de Souza. A compreensão autopoietica das limitações interpretativas da função social do contrato. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Curitiba, v. 2, p. 973-989, jul./dez. 2016, p. 973; KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 33-57, jul./dez. 2016.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 3, p. 248–286, 2017.
- LÉVY, Jean-Philippe; CASTALDO, André. **Histoire du droit civil**. Paris: Dalloz, 2002.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa; BÔAS FILHO, Orlando Villas. Por uma descrição da justiça em Luhmann. **Revista Direitos Culturais**, Santo Angelo, v. 14, n. 33, p. 251-275, mai./ago. 2019.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais no direito brasileiro. **Revista USP**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 103-118, 1999.
- MAIA, Livia Barboza. Boa-fé objetiva e abuso do direito nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2015. In: VALVERDE, Aline de Miranda (org.). **Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência**. Indaiatuba: Foco, 2019.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, jan./dez. 2013, p. 221-242; O'MALLEY, Pat. Policing, Politics and Postmodernity. **Social & Legal Studies**, London, v. 6, n. 3, p. 363-382, 1997; BALLESTEROS, Jesus. Postmodernity and Third Millennium. **Revista Persona y Derecho**, Navarra, v. 43, p. 15-32, 2000.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Orgs.). **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, n. 35, p. 62-96, 2000, jul./set. 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1959.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'**. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118, citada por TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 51.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. In: Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/boa-fé/>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. Revista e atualizada até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz da (atual.). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus (atual.); SILVA, Regina Beatriz Tavares da (atual.). **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORATO, A. C. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 98, p. 95-120, 2003.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, n. 219, p.127–151, jan./mar. 2000.
- OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas de; TOLEDO, Renata Maria Silveira. Novos danos da responsabilidade civil no direito brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 90, n. 1, p. 199-216, jun. 2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva; MULHOLLAND, Caitlin. **Instituições de direito civil: contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p. 264-291, nov. 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984, Tomo LIV.

PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PÜSCHEL, Flavia Portella; ASSIS, Marta Rodriguez de. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu; MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 3, p. 17-36, 2007.

REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil**: história do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. I. p. 241. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

REALE, Miguel. Linha evolutiva da teoria tridimensional do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 301-312, 1993.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUENA, Rodrigo Leitão. Confusão na aplicação da boa-fé: contraposição de conceitos e seus reflexos na recente jurisprudência do TJRJ. In: SALGADO, Bernardo; TERRA, Aline de Miranda Valverde (org.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

RICOEUR, Paul; THOMPSON, John B. **Hermeneutics and the human sciences**: essays on language, action and interpretation. New York: Cambridge University Press, 2016.

RODOLPHO, Adriane Luisa. Uma história social do conhecimento: de Gutemberg a Diderot. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v.22, n. 10, p.349-354, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat de Mores, 1762, cap. IV.

RUIZ, Jefferson Lee de Souza. O direito do mais forte. **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 41, p. 313-318, 2018.

SALEILLES, Raymond. **Les accidents de travail et la responsabilité civile**: Essai d'une Théorie Objective de la Responsabilité Délictuelle. Paris: Arthur Rousseau, 1897.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia. **Incidência dos princípios da boa-fé e da função social conforme os planos do negócio jurídico**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1006751-75.2016.8.26.0664, Órgão Julgador: Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: JM Barreto Construtora e Incorporadora Ltda e Indústria e Comércio de Móveis JM Barreto Ltda. Apelado: Rafael Batista de Lima. Relator: Desembargador Rômulo Russo. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10987692&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023. Cobrança de serviços de duas linhas telefônicas, sendo apenas uma contratada, mas nenhuma funcionava. Apelação nº 1029768-50.2015.8.26.0576, Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: Claro S.A. Apelada: Iacy Fusco. Relator: Desembargador Nelson Jorge Júnior. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10981067&cdForo=0>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1017648-78.2014.8.26.0068, Órgão Julgador: Décima oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante Itaú Unibanco S.A. Apelado: Romão Genu Rocha. Relatora: Desembargadora Carmen Lúcia da Silva. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 14 nov. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=1C296875E8A9DAEAEC42EBD9BC0713D5.cjsg1?conversationId=&cdAcordao=10977536&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_db8ce6359c7b4a22b59e8518a7b1ca4e&g-recaptcha-response=03AL8dmw-Gyr4nY5W5PhzxcjxW3o-DpkNKWZHwTHaZd5y89ps5YRF64vySHsobs2_Z0Gw020DR9rYVfWhIf14zYFG90_6aJUyoy-zpEIDoBJI5AcSvpveJg1DiCz40DTeYXWwCNH4qp7JIILM67bPwDTpTafe7_kgWPXIf_XaBqLrEANA2m88u4D2BFkONB_hDkXpM9XtyY77ho0qCutB_gmaev6H2jw66sbpujvyqDlkr5H9JtbMys3HZvFHThzE1PW3pXvnIGz4vJcNE7Kn9_my0pWUQqOv41wnW-1wsb_x1VblX4hfp95GUcwHDLT3LdprYvr__K5kxS-j8uy7hoOsAc9eETRtP_njReB67Z2sS5FW2t5ZlvUL0oNG2GGw_FC4g6w_xVLaQID1cDumRDS4buvVvKZcdkuriz4WheWeczqBDNPYorQGvjyJoyD6hHLzTL9pSf8hfkZDQH_EaSD-M1NEZndaJN6JUK5z7sgd7XOpWuURTdxLtU8G2wY7HLGgJX4KhAv8SLYM055IdaK51p4s_McV13XugHZsK9wgJ33xGXC3N2t86zpm4b_HYbM2aqFN73P2EqYC8I07PKPARqxp_sCpJ5JSknjA11d0etoSCwH3zy5Ncf3eVqDHi7NOBzGY4_hZU>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 4001128-38.2013.8.26.0161, Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Luciano Almeida da Silva. Apelado: Banco do Brasil S.A. Relatora: Ministro Eduardo Siqueira.

Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 mai. 2014. Disponível em:

<[SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1005118-84.2015.8.26.0269, 14ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: Álcool Miranda LTDA. Relator: Melo Colombi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 02 mai. 2017. Disponível em:](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7533313&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_907299e1cbce471fb9f7f300bc2d8198&g-recaptcha-response=03AL8dmw898oUKtaOWp0PD_05V8XCNIKb49_hiQbvCJCqKZpOeMxg6G2UpBViMzO7R1hvPw0DEBzUouHLK7Vw_XD_DOrNd2ZM-qs1LhAMWvjdgIHvSuAIAi6yEKtAmPIpKva8bZso7wLOdKwMfsJTOqP7cMzF7LgZ7dAY7LMstIm179SfdWkivKzGesq1htF8tZdoaAmy7D71pzbFGJZoVbZQN5eUWhV_xWcSCI0t8Med1qm7qRYniAxmpzp1Cu-9sx0_Lo4pW7RZECOQ0GDxiGnaH_uWTAKhKBDc6NTEiCAQeIxN-zmpp7W4ZWpOS30bA4xgQfSUTPFqCMg-T3xQFRpoDz3S7OCaX4ouE2OE3Fxn06Swqt9maAjLeulYrqEooD-ScHoqbyT5vc43DMG9lky4EPxMmHICDZhyIPbpXBHXEJ4dR5SsU_Annr-7EuTHPkwpGG55XXCXuJaitNDtTO5QtRBLudoej4lnTXHaiO5oSWid7cdJHxfQI7GndqFXRKgivNHu0jtLNWeaVN1_ngSI6x1ox26MZ6vsM1JKu6obIaZQ3__djIfEDubrVMT4nZukLXOGf8xvMKSWTcLb3Ohm0reL7UcKs_4Ige5LvV3SKVwv1DLCuqBQ>. Acesso em: 16 abr. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/AG_990093497859_SP_1270969728691.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1683422225&Signature=kUyICLClAQbOhbMCB2K2g9vsljQ%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1003749-51.2019.8.26.0322, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelante: João Cavassani. Apelado: Banco Bradesco S.A. Relator des. Jovino de Sylos. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 22 dez. 2022. Disponível em:

<

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0024534-78.2012.8.26.0554, 27ª Câmara de Direito Privado. Apelante: NET Serviços de Comunicação S/A. Apelado: Walter Paulon Junior. Relator des. Sergio Alfieri. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 08 mar. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00245347820128260554_43a39.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681699668&Signature=sIOLVopntaCrELWxNb1oQ4gRMRc%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1009719-06.2017.8.26.0127, 14ª Câmara de Direito Privado. Apelante: SKY Serviços de Banda Larga LTDA. Apelado: Natan Ferreira de Oliveira. Relator des. Melo Colombi. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP__10097190620178260127_154b4.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681700093&Signature=mgIy8ESDRNBjdxJ%2FpU2YI1FWuL0%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1013668-02.2016.8.26.0506, 20ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Josy Rosa Gomes Botta. Apelada: Claro S/A. Relator des. Rebello Pinho. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AC_10136680220168260506_9ae09.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681699969&Signature=eK0dneUk0kIpFR9omscQSuv35Cw%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1023338-61.2015.8.26.0001, 36ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Decolar.com Ltda. Apelada: Marisa Jesus da Silva. Relator des. Milton Carvalho. **Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos**, 05 jul. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP__10233386120158260001_b4119.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1681700204&Signature=dcektW9zNRrRg3z%2BhjW2FJqU%2FTA%3D>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (org.). **Direito Civil Constitucional**. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Vinícius Carvalho da; VIDEIRA, Antônio Augusto Passos. Como as ciências morrem? Os ataques ao conhecimento na era da pós-verdade. **Caderno Brasileiro de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 37, n. 3, p. 1041-1073, dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **As obrigações no novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013b.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A função social do contrato no Superior Tribunal de Justiça 10 anos depois. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS Res Severa Verum Gaudium**, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 1, p. 4-29, 2019.